

# La paradoja punitiva

Las medidas alternativas al  
encarcelamiento y la política  
criminal inflacionaria en Colombia



Juan Sebastián Hernández Moreno

Colectión  
Dejusticia



**LA PARADOJA PUNITIVA:**  
LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS AL ENCARCELAMIENTO  
Y LA POLÍTICA CRIMINAL INFLACIONARIA EN COLOMBIA



# La paradoja punitiva:

las medidas alternativas  
al encarcelamiento y la política  
criminal inflacionaria en Colombia

Juan Sebastián Hernández Moreno

Colección  
**Dejusticia**

---

Hernández Moreno, Juan Sebastián

La paradoja punitiva: las medidas alternativas al encarcelamiento y la política criminal inflacionaria en Colombia / Hernández Moreno, Juan Sebastián-- Bogotá : Editorial Dejusticia, 2020.

240 páginas : gráficas ; Tablas; 24 cm. -- (Dejusticia)

ISBN 978-958-5597-40-2 Edición digital  
978-958-5597-39-6 Edición impresa

1. Crisis carcelaria - Colombia 2. política criminal 3. sistema penal 4. alternativas al encarcelamiento - sistema penitenciario y carcelario. I. Tít. II. Serie.

---

ISBN 978-958-5597-40-2 Edición digital  
978-958-5597-39-6 Edición impresa

Revisión de textos  
Alejandra Torrijos Martín

Diagramación  
Precolombi EU, David Reyes

Cubierta  
Alejandro Ospina

Impreso por  
Ediciones Antropos Ltda.

Primera edición  
Editorial Dejusticia

Bogotá, Colombia, agosto 2020

Este texto puede ser descargado gratuitamente en  
<https://www.dejusticia.org>



Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike  
4.0 International License

Dejusticia, 2020  
Calle 35 No. 24-31, Bogotá D.C.  
Teléfono: (+57 1) 608 3605  
[info@dejusticia.org](mailto:info@dejusticia.org)  
<https://www.dejusticia.org>



# Contenido

	Agradecimientos	8
	Introducción	
	Las medidas alternativas al encarcelamiento como un problema político-criminal	10
	Metodología y contenido	21
	Aclaración preliminar: los tipos de la privación de la libertad y sus alternativas	24
<hr/>		
Parte	<b>1</b> La inflación punitiva, la crisis carcelaria y la nueva ideología penal	36
	1. El derecho a castigar: fundamentos de la privación de la libertad en el Estado moderno	37
	2. La crisis carcelaria, la inflación punitiva y los problemas de la política criminal en Colombia	54
	3. La ideología penal de la política criminal inflacionaria	78
<hr/>		
Parte	<b>2</b> Análisis normativo de las medidas alternativas al encarcelamiento y la inflación punitiva en Colombia	94
	1. Fundamentos, estructura institucional y marco constitucional del sistema penal colombiano	95

	2. La detención preventiva y sus medidas alternativas en Colombia	102
	3. La pena de prisión y sus medidas alternativas en Colombia	126
	4. Buenas prácticas en el uso de medidas alternativas a la privación de la libertad en Estados Unidos, Inglaterra, Francia, México	150
<hr/>		
<b>Parte</b>	<b>3</b> Conclusiones y recomendaciones para la corrección de las fallas de diseño del sistema penal	186
	1. Conclusión: Las fallas del diseño normativo de las medidas alternativas en Colombia	187
	2. Propuestas de reforma a las medidas alternativas al encarcelamiento en Colombia	195
<hr/>		
	Referencias	214
<hr/>		
	Sobre el autor	238

## **Agradecimientos**

**La investigación de este libro es producto del** apoyo brindado por Open Society Foundation al Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia para la investigación y promoción de los derechos humanos en el sistema de justicia en Colombia, apoyo sin el cual esta publicación no habría sido posible. Igualmente, agradezco a todo el equipo de investigadores y al equipo administrativo de Dejusticia, en especial a Carolina Villadiego, César Valderrama, Vivian Newman, Daniel Marín, Lina María Camacho, Santiago Virgüéz y David Filomena, quienes me brindaron comentarios y observaciones invaluableles.

También agradezco especialmente a Luis Alberto, Marlene, Carolina, Adriana y Mariana, pues sin su compañía, consejos y apoyo constante, los retos de esta investigación me habrían superado.

Sin duda, este libro no es un logro mío, sino nuestro.

**Introducción**  
**Las medidas alternativas al**  
**encarcelamiento como un**  
**problema político-criminal**

*“La loca idea de que el derecho punitivo deba extirpar los delitos de la tierra conduce en la ciencia penal a la idolatría del terror”.*  
(Carrara, 1906, p. 22)

**A pesar de ser valores fundacionales** de los Estados de derecho y las democracias modernas, la libertad y la dignidad humana parecen convertirse en poco más que ilusiones cuando se habla de derecho penal y de la situación de las cárceles de América. Las cárceles de nuestro continente presentan un cruel contraejemplo a los derechos humanos con sus corredores y celdas hacinadas, su violencia, sus deplorables condiciones de salubridad y la proliferación de enfermedades como la tuberculosis. Si es posible, me gustaría cambiar la redacción de esta frase a esta (es sólo un cambio de orden que no había visto en la edición inicial): “Mientras tanto, los discursos políticos en tiempos de elecciones o en escándalos mediáticos defienden con vehemencia visiones maximalistas del derecho penal. Abogan por endurecer el sistema penal operando bajo el lema “más cárcel, más penas, más seguridad”, un lema muy alejado de la reforma ilustrada del derecho penal que opuso la libertad y los derechos humanos a los excesos punitivos de las monarquías absolutistas” a los excesos punitivos de las monarquías absolutistas.

Cuando este lema se transforma en leyes que aumentan el uso de la cárcel, los principios de nuestras instituciones penales se trastocan y las condiciones de vida de millones de personas que viven en hacinamiento se empeora. Poco a poco, los endurecimientos punitivos de leyes de ‘mano dura’, seguridad ciudadana y similares han llevado a que nuestros sistemas

penales, fundados en la idea de la libertad y la defensa de los derechos, se enfrenten a una paradoja, pues hoy sacrifican los derechos de unos para proteger los de otros y priorizan la seguridad ciudadana por encima de la justicia, la proporcionalidad y la legitimidad del castigo.

En América, la paradoja de proteger derechos sacrificando derechos se ha materializado de manera dramática. En primer lugar, porque en la actualidad el nuestro es el continente que más priva de la libertad a su población, incluso cuando es usual que sus prisiones violen masivamente los derechos humanos. Según el World Prison Brief (WPB), en 2018, 376 de cada 100.000 habitantes del continente se encontraban privados de su libertad, tasa que es más del doble del promedio mundial (de 145 cada 100.000 habitantes). Pero, además, América es también el continente en el que el encarcelamiento aumenta más rápidamente. Sin contar a Estados Unidos, que es el país que tiene la población carcelaria más grande del planeta (aunque ha dejado de aumentar recientemente), entre 2000 y 2018 la población privada de la libertad de América aumentó en un 121,2 %, a pesar de que el aumento promedio en todo el mundo fue solo del 24 % (Institute for Criminal Policy Research & Birkbeck University of London, 2018).

Frente al aumento acelerado de la población carcelaria, muchos de los sistemas penitenciarios de América han sido incapaces de recibir el creciente número de personas encarceladas y garantizarles sus derechos y su dignidad humana. El ejemplo más dramático es quizá el de Centroamérica, en donde países como El Salvador (WPB, 2017a), Guatemala (WPB, 2017b) y Nicaragua (WPB, 2017c) presentaron tasas de sobreocupación de sus sistemas carcelarios<sup>1</sup> del 233,3 %, 233,2 % y 90 %, respectivamente. En Suramérica todos los países, con la excepción de Surinam, han registrado altos niveles de sobreocupación y hacinamiento de sus cárceles, los que, si bien son menores que en Centroamérica —en los últimos años, Bolivia presentó un

---

1 Debe entenderse por sobreocupación o hacinamiento que el sistema penitenciario específico tenga en total una población privada de la libertad mayor a la cantidad de cupos disponibles. Así, la sobreocupación o hacinamiento es el porcentaje de población que excede el 100 % de los cupos totales del sistema.

hacinamiento del 153,9% (WPB, 2016a), Perú del 121,7% (WPB, 2018a), Brasil del 65,4% (WPB, 2016b) y Venezuela del 53,9% (WPB, 2018b)—, son preocupantes. El hacinamiento y los problemas asociados, como la violencia, la falta de higiene y salubridad y la proliferación de enfermedades son tan solo algunos de los aspectos que, en palabras del *Seattle Times*, han convertido las cárceles de Latinoamérica en un “infierno inhumano sobre la tierra” (Johnson, 1997).

Por supuesto, estos datos podrían reflejar la conflictividad social que experimenta nuestro continente y un incremento en la comisión de delitos. Por ejemplo, en 2013 América se convirtió en el continente con las tasas de homicidio más altas (UNODC, 2014), mientras que los conflictos civiles, el narcotráfico y las condiciones de marginalidad social han sido una fuente importante y constante de violencia, particularmente en Centroamérica y el Caribe (UNODC, 2012).

Sin embargo, una explicación de este tipo ignoraría que a la par de estos factores, estos incrementos también se han debido a la implementación de políticas de ‘mano dura’ en las cuales el encarcelamiento se ha convertido, si bien no en la única medida, sí en la más utilizada (Dammert & Salazar, 2009). En América existe una marcada tendencia hacia el endurecimiento punitivo, en la cual se presentan reformas contantes que endurecen el sistema penal —principalmente maximizando el uso de la privación de la libertad— para garantizar la seguridad de la ciudadanía (Dammert & Salazar, 2009). Estas reformas han seguido la lógica de sacar de circulación a personas que son consideradas peligrosas por grupos políticos o por una comunidad (Garland, 2001), e incluso cuando estas políticas fracasan (pues, como lo sugiere la evidencia, los aumentos punitivos y las penas altas no reducen el delito) (Nagin, 2013), los Estados insisten en enfrentar el delito con políticas de encarcelamiento cada vez más expansivas. Así, en América parece haberse impuesto el lema “la prisión funciona” (Garland, 2001, p. 132), mientras que cualquier medida penal que no implique una sanción privativa de la libertad es considerada como impunidad o una concesión propia de gobiernos débiles o condescendientes.

Debido a que la reforma de los sistemas penales se ha dado de manera recurrente, paulatina y constante, y también porque

ha tendido al alza, este fenómeno puede denominarse como una inflación punitiva. Por regla general, la inflación punitiva consiste en el endurecimiento del sistema penal por medio del aumento de la magnitud *de iure* con la cual se usa la privación de la libertad o, en caso de existir, de los castigos más severos. Así, la inflación punitiva se manifiesta por medio de cuatro vías:

- i) el aumento directo y efectivo de la duración de las penas, especialmente las de prisión, para aumentar su severidad —usualmente para delitos leves o que no guardan una relación de proporcionalidad con la gravedad de la sanción—;<sup>2</sup>
- ii) la creación de nuevos delitos, con lo que se amplía el número de conductas y fenómenos sociales que son objeto del derecho penal, usualmente con una pena de prisión;
- iii) la limitación, reducción del uso o aplicabilidad de medidas alternativas a la privación de la libertad (como la prohibición de aplicar prisión domiciliaria para determinado delito o exigir estándares más altos para conceder la libertad condicional); y
- iv) la modificación de las reglas del procedimiento penal, de tal modo que la privación de la libertad durante el proceso sea aplicable a más casos, más fácil de imponer o con menos restricciones.

Aunque Colombia no encabeza las listas de países con el hacinamiento carcelario más alto, sus prisiones no han estado ajenas a padecer los problemas de la inflación punitiva. Debido al hacinamiento y a la violación generalizada de los derechos fundamentales en las prisiones y cárceles del país, la Corte Constitucional declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional (una situación de vulneración masiva y generalizada

---

2 Los aumentos a las penas se han cristalizado de manera diferente en los distintos sistemas penales del continente, según sus características propias. Así, mientras que en Colombia se han aumentado los mínimos y máximos establecidos en la legislación, en países como Estados Unidos se ha limitado la discrecionalidad judicial al establecer reglas que imponen penas mínimas de encarcelamiento.

de derechos fundamentales)<sup>3</sup> en ya tres ocasiones: en 1998<sup>4</sup>, en 2013<sup>5</sup> y en 2015, siendo esta última una reiteración del estado generalizado de crisis<sup>6</sup>. En palabras de la Corte:

[l]a deshumanización de las personas en los actuales contextos carcelarios es evidente. Las condiciones en que son mantenidas las personas privadas de la libertad, por ejemplo, suelen ser relacionadas con las condiciones en que existen algunos de los animales relegados en nuestra sociedad a los lugares de suciedad (Sentencia T-388, 2013).

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos reiterados del Estado colombiano para ampliar la infraestructura carcelaria y de los pronunciamientos de la Corte Constitucional, la crisis se ha mantenido hasta la actualidad. Para diciembre de 2018, el sistema de reclusión del orden nacional a cargo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) contaba con una capacidad de 80.227 cupos —más del doble de los 33.119 cupos que existían en 1998—, pero tenía una población de 118.513 personas, es decir, casi el triple de las 44.398 personas privadas de la libertad en 1998, con una tasa global de hacinamiento del 47,7% (INPEC, 2015, 2019). Además, pueden señalarse la infinidad de reportajes hechos por medios de comunicación sobre el hacinamiento, los brotes de violencia, masacres y desapariciones (*El Tiempo*, 2018a), la corrupción (Caracol Radio, 2018), los casos de comida descompuesta (Moreno, 2016) o de la crisis en salud (RCN Radio, 2016).

---

3 En Colombia, la Corte Constitucional ha declarado la existencia de varios “estados de cosas inconstitucionales”. Este es un tipo de fallo de tutela en la cual la Corte —debido a que encuentra una situación que vulnera de manera masiva y generalizada derechos fundamentales, pero esta se debe a una falla estructural que involucra a muchas instituciones—, no le es posible resolver la vulneración con solo órdenes específicas. Por esto, la Corte emite una serie de órdenes específicas para los casos concretos que recibe, pero también imparte órdenes generales para que las instituciones estatales resuelvan la falla estructural, y así se supere la situación de anomalía constitucional (Sentencia T-025 2004).

4 (Sentencia T-153, 1998).

5 (Sentencia T-388, 2013).

6 (Sentencia T-762, 2015).

Aunque estas cifras pueden estar por debajo de las altas tasas de hacinamiento en la región, no refleja a cabalidad la grave situación de hacinamiento que enfrentan algunos establecimientos. Para julio de 2019, el establecimiento penitenciario de mediana seguridad y carcelario (EPMSC) de Riohacha presentó un hacinamiento del 353,0%, el de Andes del 345,8%, y el de Santa Marta del 341,0%. Estos y otros 35 establecimientos del nivel nacional registraron índices de hacinamiento superiores al 100% (INPEC, 2019). Además, incluso en algunos patios al interior de algunos establecimientos la situación puede llegar a ser mucho peor: por ejemplo, en mayo de 2017 el patio 5 del EPMSC de Valledupar registró un hacinamiento del 718,2%, pues contaba con cupo suficiente para 22 personas, pero albergaba a 180 (Comisión de Seguimiento a la Sentencia T-388 de 2013).

Otro factor importante es que, por regla general, las cárceles colombianas son utilizadas principalmente para castigar conductas que no son las más graves del ordenamiento. Por ejemplo, para julio de 2019, el INPEC reportó que el 15,0% de la población estaba privada de la libertad por el delito de hurto (29.364 personas), el 13,2% por delitos de drogas (25.684), el 12,8% por concierto para delinquir (25.068) y el 10,8% por porte de armas (21.174). Mientras tanto, conductas graves representan porcentajes mucho más bajos, como el homicidio (14,6%, 28.477 personas), el acceso carnal contra menor de catorce años (3,4%, 6717), el acceso carnal violento (1,8%, 3580) o el secuestro extorsivo (1,3%, 2464) (INPEC, 2019).

Aunque una cara del problema es que la inflación punitiva y la ideología penal han privilegiado enfoques de seguridad y de maximización del uso de la cárcel, en Colombia este proceso también se ha manifestado en la falta de técnica legislativa a la hora de expedir reformas a la legislación penal (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012). Así, las reformas constantes al sistema penal no solo han aumentado la magnitud con la que este utiliza la prisión, sino que, por falta de técnica, ha comenzado a generar fallas de diseño —por ejemplo, la existencia de penas mínimas más altas que las máximas, la falta de claridad de las prohibiciones generales para la procedencia de medidas alternativas al encarcelamiento, etc.—. Esto ha tenido como efecto reducir de manera progresiva el uso de las medidas

alternativas al encarcelamiento para hacer que la privación de la libertad sea la medida prevalente en el sistema.

En este panorama, para Colombia y para los demás países de la región repensar su política criminal<sup>7</sup> y su manera de enfrentar el delito se ha convertido en una necesidad —es decir, repensar la estrategia utilizada para prevenir, investigar, procesar y sancionar el delito, así como el rol que cumple la privación de la libertad y sus medidas alternativas en el sistema penal—. Tanto la Corte Constitucional (Sentencia T-388, 2013; Sentencia T-762, 2015), la Comisión Asesora de Política Criminal (2012) y varios académicos<sup>8</sup> han señalado que la crisis de las cárceles no se reduce únicamente a un problema de cupos carcelarios o presupuesto, sino que exige una reforma del sistema penal que garantice los derechos humanos en las cárceles, que racionalice el uso del encarcelamiento y que enfrente los problemas de la tendencia política hacia la inflación punitiva. En palabras de la Comisión Asesora de Política Criminal,

Como el Estado no puede renunciar a su compromiso de respetar los derechos fundamentales de los condenados, ni garantizar la seguridad para la sociedad y el respeto de los derechos fundamentales de las víctimas, la Comisión considera urgente y necesario implementar un proyecto amplio de penas y medidas alternativas a la prisión que permita avanzar en el cumplimiento de las obligaciones del Estado en esta materia y, paralelamente,

---

7 A lo largo de este texto, se entenderá por política criminal la política pública adelantada por un Estado para la prevención, identificación, juzgamiento y sanción de las conductas más graves que atentan contra la convivencia social (delitos), mediante el uso organizado de la fuerza (Binder, 2012). En este sentido, la política criminal abarca: i) la definición de las conductas como delitos y el establecimiento en la legislación de la pena (fase primaria o legislativa), ii) la investigación, individualización y juzgamiento de una persona cuando ha cometido la conducta prohibida (fase secundaria o judicial) y iii) la ejecución de la pena asignada y la concesión de mecanismos alternativos de sanción, resocialización, tratamiento en libertad, etc. (fase terciaria o penitenciaria) (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012).

8 Entre estos, se pueden destacar, por ejemplo, los estudios del Ministerio de Justicia y del Derecho sobre desproporción en las penas (Cita & González, 2017), el de Norberto Hernández (2018), Manuel Iturralde (2010) y Libardo Ariza (2011).

crear instituciones y estrategias que permitan a la cárcel el cumplimiento de la función resocializadora legalmente asignado a ella en la fase de ejecución penal (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012).

Es en este contexto que la presente investigación pretende realizar un análisis de las medidas alternativas a la privación de la libertad en Colombia y presentar unas recomendaciones de política pública, con el fin de hacer aportes para la reforma de la política criminal colombiana y para la superación de la crisis.

Por supuesto, las medidas alternativas y el hacinamiento no son el único frente que debe afrontar una reforma a la política criminal, puesto que otras dimensiones de la crisis —los servicios de salud, los programas de resocialización, el apoyo a la población pospenada, la alimentación, etc.— son igual de cruciales. Sin embargo, las medidas alternativas al encarcelamiento cristalizan uno de los núcleos esenciales del problema que subyace a la crisis, pues no solo son figuras que pueden ser instrumentos para resolver el hacinamiento; por el contrario, al contraponerse a los principios y la lógica que lleva a maximizar el uso de la prisión, las medidas alternativas permiten cuestionar el tipo de rol que cumple la privación de la libertad en el sistema penal, el tipo de sanciones que son justas, proporcionadas e idóneas para reducir ciertos tipos delictivos y si, existiendo alternativas, el uso del encarcelamiento en masa sigue siendo una estrategia justificada y viable para enfrentar la criminalidad.

Por esto, estudiar el uso de las medidas alternativas y su diseño normativo no puede limitarse a un análisis práctico de su utilidad como herramientas de deshacinamiento, sino que deben abordarse dentro del rol que cumplen dentro de la legislación, la relación que guarda con otros aspectos del sistema y los supuestos filosófico-políticos que favorecen o demeritan su utilización como instrumentos del sistema penal. Estudiar las medidas alternativas a la privación de la libertad desde este punto de vista es complicado, pues, como la prisión misma, estas se enmarcan dentro de una institución social compleja como lo es el castigo (o en palabras de Garland (1990), la ‘penalidad’). Lo anterior implica que estas medidas están en relación constante

con un gran número de aspectos de la vida social, tales como la historia de una sociedad, su cultura, su estructuración social, su economía, su ideología política y económica, su distribución de la riqueza, sus dinámicas criminales, entre muchos otros (Garland, 1990).

En concordancia con la complejidad de las instituciones punitivas, la privación de la libertad y sus medidas alternativas en un sistema penal concreto pueden analizarse desde muchas perspectivas y disciplinas. Por ejemplo, se puede evaluar su efectividad como formas de tratamiento y de resocialización (penología, criminología y psicología)<sup>9</sup>, como una política pública de administración de recursos escasos como los cupos carcelarios para asegurar la sostenibilidad del sistema (economía e ingeniería industrial)<sup>10</sup>, o como producto de variables históricas, sociales, económicas y culturales (sociología y antropología)<sup>11</sup>. Si bien realizar estudios desde estas perspectivas es sin duda valioso y necesario, esta investigación se concentró principalmente en analizar la privación de la libertad y las medidas alternativas desde una óptica de diseño normativo<sup>12</sup>, por lo que se enfoca-

---

9 Perspectiva que exigiría un análisis detallado de tipologías de personas privadas de la libertad, las labores de resocialización implementadas en la privación de la libertad, su efectividad como forma de prevenir la reincidencia, etc., y contrastar dichos datos con el uso de medidas alternativas a la privación de la libertad.

10 Esta perspectiva requeriría un estudio de la cantidad de recursos disponibles para el Estado en materia de política criminal (en materia presupuestal, de infraestructura, de funcionarios, etc.), analizar su gestión actual para identificar usos ineficientes de estos recursos y evaluar el impacto real sobre los fines establecidos en la legislación.

11 Esta perspectiva, ya desarrollada por David Garland (1990) en el caso de Estados Unidos e Inglaterra, requeriría desarrollar un análisis genealógico de las instituciones penales actuales mediante los cambios y transformaciones sociales en materias como la economía, la estructura social y la vida cultural y psicológica de una sociedad, y así identificar las causas subyacentes del uso determinado de ciertas instituciones del castigo para ciertos fenómenos criminales (como la prisión para los delitos de drogas o económicos, etc.) (Garland, 2001).

12 Esto quiere decir que estas medidas serán analizadas principalmente como figuras jurídicas impuestas por autoridades estatales encargadas de administrar justicia, enmarcadas dentro de un sistema de normas que consta de principios constitucionales,

rá en realizar un análisis de cómo el sistema penal, como un sistema de normas, permite, habilita o limita la imposición de la privación de la libertad o de sus alternativas.

Como se mostrará más adelante, las medidas alternativas a la privación de la libertad encuentran muchos obstáculos para su utilización en el sistema penal colombiano. Algunos de estos se deben a problemas de diseño que tiene el sistema penal, como lo complejo y contradictorio de algunas disposiciones normativas, la falta de razonabilidad de algunas restricciones legales a su procedencia, etc. Otros tienen su origen más en las dinámicas propias de la política criminal y la ideología penal dominante en Colombia, tales como la tendencia al endurecimiento de las penas de manera antitécnica o desproporcionada, la primacía de la seguridad como objetivo político-criminal y la percepción de las medidas alternativas como beneficios, impunidad o medidas poco eficaces. Así, la inflación punitiva se manifiesta en dos dimensiones: como fenómeno político que se muestra en una ideología penal determinada, y como fenómeno normativo que modifica de manera recurrente las reglas, requisitos y procedimientos para utilizar la privación de la libertad y las medidas alternativas.

El análisis de estas dos dimensiones permitirá mostrar cómo la privación de la libertad es la consecuencia o medida prevalente, o casi natural, en el sistema penal colombiano, mientras que las medidas alternativas se encuentran consignadas como medidas subsidiarias, excepcionales o secundarias. Esta característica del sistema, sumada a la forma desarticulada y desorganizada en la que se ha formulado la legislación penal, ha llevado a que el sistema entre en un desequilibrio en el que aumenta de manera desproporcionada las personas que entran al sistema penitenciario y carcelario mientras que reduce el uso de las medidas alternativas, incrementando así el hacinamiento.

Pero, más allá del diseño normativo y del funcionamiento sostenible del sistema penal, estos problemas también se relacionan con una paradoja que presenta la política criminal

---

derechos fundamentales y de leyes que determinan su aplicabilidad, y que son aplicadas dentro de instituciones públicas regidas por el derecho.

inflacionaria. Al aumentar el uso de la privación de la libertad y reducir el uso de formas alternativas de intervención penal, esta política sumerge a las prisiones en una crisis que hace imposible que esta cumpla su fin de resocializar a la persona condenada y reducir el delito, por lo que nuevos casos de criminalidad, y en particular la reincidencia, se convierten en el motivo de un nuevo proceso de inflación punitiva. De este modo, los aumentos en la fuerza del castigo, en vez de reducir el delito, lo reproducen, y llevan a su vez a un nuevo clamor por más aumentos en la severidad de las penas.

Así, frente a esta paradoja punitiva, ampliar y corregir los problemas de las medidas alternativas en Colombia no solo son una forma de enfrentar el hacinamiento y la crisis, sino también un camino para romper el círculo vicioso de una política criminal centrada en la seguridad y la fuerza.

### Metodología y contenido

La investigación adelantada tuvo como eje central realizar un análisis de tipo jurídico, teórico y cuantitativo de la privación de la libertad y de sus medidas alternativas en el sistema penal colombiano. Esta consistió en una revisión de la legislación constitucional y penal, que incluye proyectos de ley recientes en materia de política criminal y la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Adicionalmente, la investigación incluyó un estudio de las buenas prácticas de diseño normativo y el uso de medidas alternativas en 4 países escogidos (Estados Unidos, Francia, Inglaterra y México), la cual tuvo como base la revisión de la legislación y literatura académica pertinente. Esta investigación también contó con los aportes probono de un estudiante de derecho estadounidense de la Universidad de Virginia, cuyo aporte fue fundamental para identificar la forma de aplicación de medidas alternativas en Estados Unidos, así como la revisión de estudios sobre los costos, beneficios y aplicabilidad de estas medidas.

Luego de la presente introducción y una aclaración conceptual sobre los diferentes tipos de privación de la libertad y de medidas alternativas, este libro se divide en 3 partes, las cuales incluyen a su vez 9 capítulos. La primera parte comprende un

análisis general sobre los problemas de la inflación punitiva y la ideología penal que gobierna la política criminal en Colombia (la primera dimensión), así como la relación que guardan estos fenómenos con la crisis carcelaria. Su primer capítulo hace una exposición del derecho a castigar en la teoría penal moderna y del uso de la privación de la libertad, para delimitar los fundamentos del uso legítimo del poder penal. El segundo capítulo presenta un análisis de la crisis carcelaria en Colombia, en donde se presenta una contextualización histórica, la relación que encontró la Corte Constitucional entre la crisis y el uso excesivo de la privación de la libertad y un breve análisis sobre los esfuerzos y obstáculos que han enfrentado los intentos de reforma. Finalmente, en el tercer capítulo se expone un análisis sobre la ideología penal que ha causado la inflación punitiva y la crisis carcelaria en Colombia.

La segunda parte presenta, en cuatro capítulos, un análisis de diseño normativo de las medidas alternativas al encarcelamiento en Colombia, teniendo como particular interés valorar los efectos de la inflación punitiva sobre el diseño normativo del sistema penal, para luego compararlo con buenas prácticas de diseño utilizadas en los países escogidos. De esta manera, en el primer capítulo se hace una breve exposición del diseño institucional del sistema penal colombiano. Los capítulos segundo y tercero abordan en detalle la detención preventiva, la pena de prisión y sus medidas alternativas al encarcelamiento respectivamente. El cuarto y último capítulo de esta parte presenta las buenas prácticas identificadas en los países escogidos.

Finalmente, la tercera parte presenta las conclusiones y recomendaciones producto de la investigación, y está dividida en 2 capítulos. El primero aborda las fallas de diseño halladas en Colombia, a la luz de las consideraciones y hallazgos de la primera y segunda parte. Y finalmente, el último capítulo presenta las propuestas y recomendaciones que se pueden implementar para resolver este problema a corto, mediano y largo plazo.

Como nota metodológica previa, debe señalarse que esta investigación utilizó principalmente los datos oficiales sobre la población privada de la libertad del INPEC. Esto quiere decir que el análisis se ha concentrado en el funcionamiento del sistema penal ordinario y del sistema penitenciario y carcelario

del orden nacional, por lo que no se abordará la jurisdicción penal militar, la jurisdicción especial indígena ni el sistema de responsabilidad penal adolescente. Adicionalmente, se recuerda que debido a las particularidades de estos datos en Colombia y otros países (por ejemplo, las diferentes formas de recolección, la dificultad de determinarlas de manera exacta, debido a la volatilidad de ciertos fenómenos de privación de la libertad, entre otras), los datos de encarcelamiento expuestos deben ser tomados como cuantificaciones aproximadas, mas no como mediciones exactas.

También es necesario recordar que Dejusticia ha abordado el tema de las medidas alternativas a la privación de la libertad en otras oportunidades, principalmente en el caso de los delitos de drogas<sup>13</sup>. Estos acercamientos han resaltado la creciente desproporción punitiva contra los delitos de drogas en Colombia (Uprimny, Guzmán & Parra, 2013) y en Latinoamérica (Uprimny, Guzmán & Parra, 2012), el impacto de la política represiva de la producción, porte y tráfico de drogas en el tamaño de la población carcelaria (Uprimny, Chaparro & Cruz, 2017) y sus efectos sobre la población femenina, joven, de bajos recursos económicos y bajo nivel educativo, sobre madres solteras y sobre usuarios de drogas (Uprimny Yepes *et al.*, 2017). También se han evaluado como medidas para enfrentar el hacinamiento carcelario (Colectivo de Estudios, Drogas y Derecho, Uprimny, Chaparro, Cruz, Pérez, Silvsa... 2015).

---

13 Entre estas publicaciones se encuentran: 1) el libro *Penas Alucinantes: la desproporción de la penalización de las drogas en Colombia* (Uprimny, Guzmán & Parra, 2013); 2) el *Informe Técnico sobre alternativas al encarcelamiento para delitos relacionados con las drogas* (Ministerio de Justicia & CICAD OEA, 2015); 3) *Mitigando la adicción punitiva: alternativas al encarcelamiento para delitos de drogas* (Colectivo de Estudios, Drogas y Derecho, *et al.*, 2015); 4) dos informes de *Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento*, con enfoque nacional (Uprimny, Martínez, Cruz, Chaparro & Chaparro, 2016) y uno regional de América Latina y el Caribe (Dejusticia, WOLA, IDPC & CIM, 2016); 5) el documento *Análisis al Proyecto de ley 148/16 Senado* (sobre desarrollos legislativos recientes sobre la materia (Dejusticia & Gpaz, 2017); y más recientemente 6) *Delitos de drogas y sobredosis carcelaria en Colombia* (Uprimny, Chaparro & Cruz, 2017).

## Aclaración preliminar: los tipos de la privación de la libertad y sus alternativas

Antes de comenzar, es necesario realizar algunas aclaraciones preliminares sobre el concepto de privación de la libertad y sus medidas alternativas en el derecho penal. En Colombia, la expresión ‘privación de la libertad’ se entiende coloquialmente como el encarcelamiento de personas como una sanción por una conducta delictiva, pero esta acepción no abarca completamente las diferentes formas de privación de la libertad que ocurren en los ordenamientos penales. Por el contrario, el Estado puede privar de la libertad a un individuo en otras circunstancias como, por ejemplo, durante el proceso penal, como forma de aprehender materialmente a una persona (la captura), o incluso como una medida de seguridad de personas inimputables.

Los diferentes tipos de privación de la libertad también determinan las reglas, principios y finalidades que gobiernan las medidas alternativas, pues estas dependen en gran medida del tipo de privación de la libertad que reemplazan. Así, una medida alternativa que reemplaza la pena de prisión no tiene la misma finalidad ni los mismos principios que una alternativa a la detención durante el proceso penal, y una pena alternativa (como el servicio comunitario) no tiene la misma finalidad que medidas como la libertad condicional. Por este motivo, es necesario aclarar conceptualmente los diferentes tipos de medidas privativas y no privativas de la libertad, pues son categorías que atraviesan la totalidad del análisis hecho en esta investigación.

### Los tipos de la privación de la libertad

Todas las formas de privación de la libertad tienen en común que son, en esencia, “la privación efectiva del derecho a la libertad personal” (Constitución Política, 1991, Art. 4) pero que puede generar efectos adicionales debido a la importancia de la libertad en el desarrollo de la vida humana (Sentencia C-879, 2011). Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, la libertad personal es una condición necesaria para el goce

de los demás derechos y libertades,<sup>14</sup> puesto que muchas otras actividades humanas presuponen un ejercicio de este derecho. Por ejemplo, en el contexto carcelario la limitación a la libertad de locomoción va aparejada de la limitación de la libertad para decidir la propia alimentación, de la libertad de oficio, de decidir las acciones cotidianas, las horas de dormir, etc.

Debido a la importancia y centralidad del derecho a la libertad en la vida humana, su privación se encuentra restringida de manera estricta en la legislación, de modo que es una medida altamente reglada y su imposición está limitada por un gran número de garantías. Por regla general, esta solo procede por la orden de una autoridad judicial competente, debidamente motivada y fundada en la ley (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 28). La privación del derecho a la libertad personal puede responder a múltiples finalidades y objetivos, los cuales no solo determinan los casos en los que esta medida puede utilizarse, sino también de qué forma, su duración y otros aspectos.

Según su finalidad, en el sistema penal de Colombia es posible distinguir cuatro tipos de privación de la libertad: la privación de la libertad transitoria o instrumental, la preventiva o cautelar, la correctiva o punitiva, y la rehabilitadora-preventiva.

El primer tipo es la privación de la libertad transitoria o instrumental, la cual se caracteriza por tener un fin práctico definido y su duración es relativamente corta. El ejemplo paradigmático es la captura, cuyo objetivo es aprehender materialmente a una persona para ponerla a disposición de las autoridades judiciales competentes, para que estas decidan sobre medidas adicionales (abrir un proceso penal en su contra, imponer medidas de aseguramiento, legalizar la captura, entre otras). Su carácter es transitorio, pues tiene términos legales cortos (en Colombia, de 36 horas) y se agota al presentar al capturado ante la autoridad competente o al vencerse un término luego de ser realizada, según lo que ocurra primero (Ley 906, 2004, Art. 297).

El segundo tipo es la privación de la libertad preventiva o cautelar, la cual se deriva de la imposición de una medida de

---

14 (Sentencia C-024, 1994; Sentencia T-595, 2002; Sentencia C-879, 2011).

aseguramiento durante el proceso penal. Esta puede imponerse usualmente con la formulación de cargos y puede durar hasta el fin del proceso. Su finalidad fundamental es resguardar el proceso penal al evitar la fuga o la obstrucción de la investigación (Ley 906, 2004, Art. 296), aunque en algunos ordenamientos es usada con finalidades adicionales que son problemáticas (por ejemplo, evitar que se cometan delitos futuros o la protección de la sociedad de ‘individuos peligrosos’)<sup>15</sup>. Dependiendo de la legislación, esta puede levantarse por el cambio de las circunstancias que le dieron su origen, por el cumplimiento de un límite de tiempo preestablecido o por la culminación del proceso. Esta privación de la libertad puede ser llevada a cabo en un centro de reclusión o en el domicilio de la persona —ambas formas de privación de la libertad personal— (Ley 906, 2004).

Por su parte, el tercer tipo es la privación de la libertad correctiva o punitiva, es decir, la pena privativa de la libertad. Esta se caracteriza por tener finalidades punitivas, preventivas o correctivas respecto del condenado por haber cometido un delito, según la teoría penal aceptada por el ordenamiento jurídico concreto (ver página 41). Por lo anterior, a lo largo de la investigación se hablará de ‘privación de la libertad punitiva’ o ‘correctiva’ como sinónimos, y se resaltarán la diferencia entre ambas finalidades cuando sea relevante.

Finalmente, la privación de la libertad rehabilitadora-preventiva hace referencia a algunas medidas de seguridad, las cuales son impuestas a inimputables cuando han cometido un delito, pero que, por su condición de inimputabilidad (por ejemplo, enfermedades mentales), no son penalmente responsables. Esta consecuencia del proceso penal tiene en el ordenamiento colombiano dos finalidades específicas: por una parte, prevenir la realización de conductas delictivas futuras de la persona inimputable (y, por tanto, depende del riesgo de que

---

15 Sobre este punto, se resalta que en el Código de Procedimiento Penal se usan los términos de ‘comunidad’ y ‘sociedad’ en varios artículos. A pesar de esta ambigüedad en la jurisprudencia de la corte, ambos términos se han usado indistintamente, considerando esta finalidad como una expresión de la primacía del interés general sobre el particular (Constitución Política, 1991, Art. 1; Sentencia C-469, 2016).

esto ocurra), y, por otra, busca la rehabilitación y curación de la condición que dio origen a la inimputabilidad, no la sanción del autor (por ejemplo, de algún trastorno o enfermedad mental) (Sentencia T-401, 1992; Sentencia C-176, 1993).

Por su naturaleza, según la Corte Constitucional, las medidas de seguridad son medidas que en el menor de los casos limitan la libertad personal, e incluso pueden constituirse en la privación efectiva de la libertad (Sentencia C-176, 1993) de ser necesaria para la rehabilitación del inimputable (por ejemplo, al internarlo en un establecimiento psiquiátrico o clínico) (Ley 599, 2000, Art.69). Sin embargo, estas medidas no proceden de manera automática, sino solo cuando las condiciones que dieron origen a la inimputabilidad persisten y generan riesgos a futuro.

Además de las figuras expuestas, en Colombia existe otra que podría catalogarse como una privación de la libertad, pero que no hace parte del sistema penal propiamente. Esta es el traslado por protección del reciente Código de Policía (denominado retención transitoria en la legislación anterior) (Ley 1355, 1970, Art. 192), el cual es un medio de policía por medio del cual se puede retener a una persona en Centros Transitorios de Protección para asegurar su propia protección o la de terceros (Ley 1801, 2016, Art. 155). Esta figura, en particular bajo su formulación legal anterior, presentaba múltiples problemas constitucionales (por ejemplo, cuando era utilizada como sanción), aunque la Corte Constitucional consideró que legislada de manera diferente podía considerarse constitucional, siempre y cuando su finalidad fuera únicamente la protección del trasladado<sup>16</sup>. Sin embargo, estos problemas no fueron resueltos con la expedición del nuevo Código de Policía, por lo cual todavía tiene varios

---

16 Entre estos se encuentran que su uso como sanción, que la convertiría en una medida privativa de la libertad, no respetaba la reserva judicial exigida por la Constitución para la imposición de la privación de la libertad (Corte Constitucional. Sentencia C-199, 1998); la falta de garantías del debido proceso durante su aplicación permitía su abuso por parte de la Fuerza Pública; y la falta de idoneidad de la retención para manejar ciertos casos llevaron a que en 2007 la Corte Constitucional la considerara inexecutable. Sin embargo, en aquella oportunidad la Corte consideró que, de ser regulada de manera diferente, la retención transitoria se podría encontrar ajustada a la Constitución (Sentencia C-720, 2007).

problemas de constitucionalidad señalados por Dejusticia en sus dos intervenciones ante la Corte Constitucional<sup>17</sup>.

Sin embargo, dado que en teoría es una medida de protección no relacionada con el derecho penal, esta forma de privación de la libertad no fue abordada en esta investigación. Esta tampoco abordó la privación de la libertad rehabilitadora (medidas de seguridad), puesto que, al involucrar conceptos como la inimputabilidad y la evaluación de riesgos futuros producto de esta, su análisis requiere conceptos e investigaciones sustancialmente diferentes<sup>18</sup>.

### Breves consideraciones sobre la captura

Antes de continuar, es necesario abordar algunos aspectos particulares de la privación de la libertad instrumental o transitoria, ya que, a diferencia de la preventiva y la punitiva, este tipo no admite la aplicación de medidas alternativas. Esto se debe a que su medida jurídica, la captura, es una forma de privación de la libertad transitoria cuya finalidad esencial es aprehender materialmente a una persona indiciada de ser autor o partícipe en un delito, con el fin de ponerla a disposición de las autoridades judiciales competentes (Ley 906, 2004, Art. 297). En este sentido, su duración es muy corta, y suele desarrollarse en estaciones de policía o en una Unidad de Reacción Inmediata, y no en centros de reclusión del sistema penitenciario y carcelario.

En Colombia, la captura tiene límites temporales estrictos establecidos en el Artículo 28 de la Constitución, pues solo puede tener una duración máxima de 36 horas<sup>19</sup>. En ese tiempo, la persona deberá ser llevada ante la autoridad judicial competente para que se haga el control de legalidad de la captura y se defina si continúa el proceso penal. La captura solo puede

---

17 Para consultar ambas intervenciones, ver a Rodríguez, Barragán, Albarracín & Lalinde (2017).

18 Así, por ejemplo, se identifican como problemas la definición de las causales de inimputabilidad, la forma en la que los riesgos presentados por esta son evaluados, las medidas idóneas y necesarias para mitigar estos riesgos, entre otros.

19 Ver Arts. 297, parágrafo del Art. 298, Art. 300, 302 del cpr (Constitución Política, 1991, Art. 28).

ser realizada en tres circunstancias, siendo la primera la regla general y las otras dos excepcionales (Ley 906, 2004)<sup>20</sup>:

- i) por medio de orden judicial fundada y razonada del juez de control de garantías que controla la legalidad de la investigación (Art. 297);
- ii) sin orden judicial, cuando la persona capturada sea sorprendida en casos de flagrancia (Art. 301), caso en el cual puede ser capturada por la Policía o cualquier persona (Art. 32);
- iii) por medio de una orden de la Fiscalía, cuando existan peligros inminentes y no haya un juez disponible para ordenarla (Art. 300). Este último caso fue analizado por la Corte Constitucional (Sentencia C-185, 2008), y la declaró constitucional siempre y cuando falte un juez que pudiese ordenarla, el fiscal que la ordena haya agotado diligentemente los medios de búsqueda de jueces competentes, y que exista un peligro inminente que puedan afectar a la comunidad, la víctima o el material probatorio (Art. 300).

Actualmente no existen medidas alternativas aplicables a la captura, pues es una privación de la libertad de corta duración y está por fuera del sistema penitenciario a carcelario. Sin embargo, la captura ha llegado a presentar problemas asociados con la crisis carcelaria, pues en Colombia muchos establecimientos carcelarios han dejado de recibir personas trasladadas desde estaciones de policía a centros de reclusión por el hacinamiento, lo que ha llevado a que las estaciones de policía hayan comenzado a presentar un estancamiento en el flujo de personas y que se de hacinamiento en espacios fuera del sistema carcelario<sup>21</sup>.

---

20 Se aclara que, en Colombia, aunque no cae dentro del concepto de 'captura' relacionado con el proceso penal, existen medidas restrictivas de la libertad que pueden usar las autoridades administrativas (Policía Nacional, por ejemplo), pero que, por no tener relevancia penal, se omite su análisis.

21 Como lo reportó el Ministerio de Justicia y del Derecho en su *Plan Nacional de Transformación y Humanización del Sistema Carcelario en Colombia* (p. 3), para noviembre de 2018 había un total de 7100

## Los tipos de medidas alternativas a la privación de la libertad

Bajo el nombre de medidas alternativas a la privación de la libertad se pueden agrupar un espectro amplio de medidas que, en el marco de un proceso penal-sancionatorio, pueden reemplazar diferentes tipos de privación de la libertad, ser aplicadas en diferentes momentos procesales y que responden a fines muy distintos. De hecho, las medidas alternativas son de tipos tan variados que algunas son consideradas en algunas fuentes como medidas alternativas, mientras que en otras no. Por ejemplo, la reclusión domiciliaria es considerada por algunos autores como una alternativa, debido a que reduce la ocupación de las prisiones, mientras que otros, dado que implica la privación de la libertad de la persona, no la consideran una verdadera medida alternativa<sup>22</sup>. Por esto, es importante distinguir entre los diferentes tipos de medidas alternativas a la privación de la libertad, ya que no todas tienen la misma naturaleza, alcance y efectos.

Una primera clasificación de las medidas alternativas a la privación de la libertad es según el tipo de privación de la libertad al cual son aplicables —es decir, según sean alternativas a la privación de la libertad preventiva o punitiva—<sup>23</sup>. En este

---

personas reclusas en estaciones de policía y URI a nivel nacional, de las cuales la mayoría están condenadas (673) o bajo detención preventiva (6159), es decir, personas que no deberían estar reclusas en estos centros (Minjusticia, USPEC, INPEC (s.d.)). Por su parte, aunque la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre esta situación (Defensoría del Pueblo, s.d.), varios medios de comunicación han reportado que la situación de hacinamiento persiste en varias ciudades, como Bogotá (El Espectador, 2017c), Medellín (Publimate, 2019), Cali (Bedoya, 2019), Barranquilla (Caracol Radio (2017), Bucaramanga (Bluradio, 2019), entre otras. Según la intervención en un proceso de tutela por parte de la Comisión de Seguimiento a la Sentencia T-388 de 2013, de la cual Dejusticia hace parte, la situación de hacinamiento en estaciones de policía se ha convertido en una exteriorización de la crisis carcelaria, debido a la imposibilidad del sistema carcelario de recibir un creciente número de personas. Este punto se explica en mayor detalle más adelante.

22 Por ejemplo, esta posición la asume el Observatorio Europeo de Prisiones de la Unión Europea (2015).

23 Dado que la privación de la libertad transitoria es un mecanismo para someter al capturado ante las autoridades judiciales,

plano, es posible diferenciar las medidas alternativas previas al juicio y las medidas alternativas a la pena, las cuales pretenden conseguir los mismos fines de las formas privativas de la libertad que reemplazan, pero por otros medios.

Entre las medidas alternativas previas al juicio se encuentran la presentación de cauciones económicas, la detención domiciliaria, la vigilancia judicial y obligaciones de no salir del país o de cierto territorio, entre muchas otras. Por su parte, las alternativas a la pena son aquellas que se pueden aplicar como penas de manera directa (como el trabajo comunitario o la multa), pueden convertir la pena de prisión en otra medida al momento de la condena en ciertas circunstancias (como la prisión domiciliaria o el sometimiento a un periodo de prueba), o pueden modificar parcialmente la pena de prisión luego de que esta se haya cumplido parcialmente (por ejemplo, la libertad condicional o la franquicia preparatoria). Así, estas se pueden clasificar en tres subgrupos: las penas alternativas, las medidas alternativas aplicables al momento de la condena o 'totales', y las medidas alternativas parciales que requieren el cumplimiento parcial de la pena en prisión o 'parciales' (figura 1).

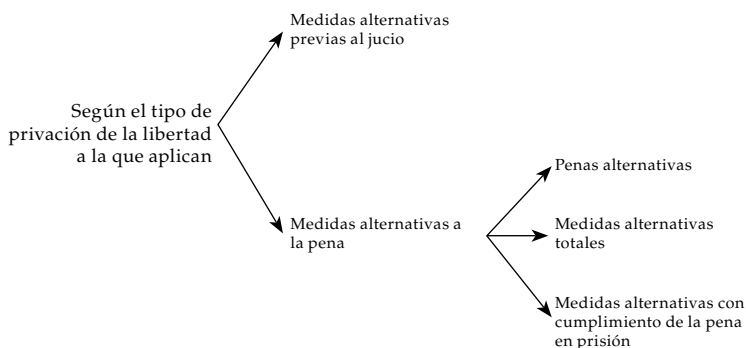
Las medidas alternativas a la privación de la libertad también pueden clasificarse según su naturaleza. Por ejemplo, algunas alternativas son de naturaleza puramente económica, como el pago de una caución, de una multa o la reparación de ciertos tipos de daño<sup>24</sup>. Otras, por su parte, pueden ser formas de vigilancia (como el sometimiento a prueba o la vigilancia electrónica), y otras pueden ser medidas llevadas a cabo en la comunidad (como el trabajo comunitario, algunos programas de rehabilitación o de educación, entre otros). Finalmente, otras consisten en tratamientos terapéuticos, como ciertos programas de tratamiento psiquiátrico o para controlar la dependencia a sustancias ilícitas.

---

esta no admite el uso de medidas alternativas.

24 Sin embargo, la reparación del daño suele hacer parte de programas de justicia restaurativa, que además de tener el componente de reparación del daño, cuentan con elementos adicionales que suelen ser de naturaleza comunitaria, como el acercamiento y reconciliación entre víctima y victimario.

FIGURA 1. TIPOS DE MEDIDAS ALTERNATIVAS SEGÚN EL TIPO DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD



Fuente: elaboración propia.

Finalmente, también es posible diferenciar las medidas alternativas a la privación de la libertad según el tipo de alteratividad que ofrecen. Esta distinción, que es de una índole más sistemática, permite identificar en qué sentido estas medidas reemplazan la privación de la libertad. Así, las del primer tipo son las alternativas al encarcelamiento, las cuales reemplazan el uso de la prisión y no de la privación de la libertad en sí misma. Este es el caso de la prisión domiciliaria o algunos programas de rehabilitación, los cuales no conllevan la reclusión en un establecimiento carcelario, pero sí suspenden el derecho a la libertad. Así, estas alternativas pueden implicar reducciones en el hacinamiento carcelario, pero no reducen el tamaño de la población privada de la libertad en sentido estricto. A pesar de esto, esta suele ser la definición más usada por la doctrina y las diferentes entidades internacionales, dada la importancia de estas en enfrentar los problemas de hacinamiento en las cárceles y prisiones del mundo<sup>25</sup>.

Por su parte, también puede hablarse de alternativas a la privación de la libertad en sentido estricto, que son aquellas que reemplazan plenamente la suspensión del derecho a la libertad personal y que imponen otro tipo de consecuencias. Entre estas se encuentran medidas como el trabajo comunitario, la

25 Por ejemplo, este es el término utilizado por la UNODC (2007) y el Observatorio Europeo de Prisiones (2015).

vigilancia judicial, la multa, y otras que imponen obligaciones (por ejemplo, la obligación de tomar ciertos cursos pedagógicos o de valores ciudadanos, etc.).

Así, también hay medidas que no existen dentro del sistema penal, sino que reemplazan el tratamiento penal mismo. Estas consisten en el uso de instrumentos jurídicos alternativos a la justicia penal para resolver una situación que puede constituir un delito, pero que no tienen un enfoque punitivo o represivo en su dimensión penal. Ejemplos de estas vías pueden ser el redireccionamiento de casos al derecho policivo (imponiendo multas o contravenciones), administrativo, laboral, familiar, tributario, etc. En este esquema, los sistemas de justicia restaurativa caben dentro de esta clasificación, puesto que son mecanismos en los que el Estado resuelve conflictos sociales por fuera de un esquema judicial de corte punitivo. También caben en esta categoría la despenalización<sup>26</sup>, el uso de la conciliación, procesos de derecho de familia (por ejemplo, en casos de inasistencia alimentaria), o la formulación de tribunales no-penales especializados de drogas<sup>27</sup> —estas también podrían llamarse medidas alternativas impropias.

Esta triple clasificación de las diferentes medidas alternativas permite diferenciar la forma en la cual operan, la forma en la que pueden impactar diferentes aspectos de la crisis del sistema penitenciario y carcelario o incluso identificar algunos problemas derivados de la naturaleza misma de las medidas.

Un ejemplo de esto es que las medidas privativas de la libertad, como la prisión domiciliaria, suelen ser consideradas una medida alternativa útil para reducir el hacinamiento, pero al mantener al individuo privado de su libertad, pueden tener efectos similares a la privación de la libertad (por ejemplo, problemas en la prestación de servicios de salud o dificultar la capacidad de trabajar, etc.). Mientras tanto, las medidas de

---

26 Por ejemplo, la despenalización de la embriaguez pública para crear programas de bienestar en Australia (UNODC, 2007).

27 La Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito ha defendido dos estrategias como formas de alternatividad penal: la despenalización (2007) o la redirección ('diversion') hacia otras instancias (2007).

naturaleza económica pueden reducir de manera efectiva el hacinamiento, pero pueden generar efectos desproporcionados sobre población de bajos recursos económicos si son mal implementadas. Por su parte, medidas sustitutivas de la detención preventiva pueden, de manera efectiva, afectar la población bajo privación de la libertad preventiva, pero no afectará el número de personas condenadas.

Un factor que tienen en común las medidas alternativas a la privación de la libertad es que la evidencia indica que tienen una mayor efectividad que el encarcelamiento en evitar la reincidencia<sup>28</sup>, y son medidas menos costosas que la privación de la libertad (Petersilia, 1987; Patchin & Keveles, 2004).

Por una parte, las medidas alternativas han demostrado ser más efectivas que la prisión para reducir la reincidencia, principalmente porque estas evitan la estigmatización y el rompimiento de los vínculos sociales del condenado (Patchin & Keveles, 2004). Así, las investigaciones de Mueller-Smith (2015) sugieren que el encarcelamiento aumenta no solo la reincidencia, sino también la tendencia a que las conductas delictivas futuras sean de mayor gravedad, en particular en delitos de económicos o asociados con las drogas (pp. 26-27). Sin embargo, estos efectos dependen en gran medida de las características propias de cada sistema carcelario, pues sistemas carcelarios menos disruptivos de la vida y dignidad de la persona condenada (como el noruego) y que se concentran en labores de resocialización sí parecen reducir la reincidencia (Bhuller, Dahl, Loken & Mogstad, 2018).

Por otra parte, las medidas alternativas también han demostrado ser formas menos costosas que la prisión como medida sancionatoria. Esto se debe a que, por ejemplo, la aplicación de medidas alternativas como el trabajo comunitario, la libertad vigilada e incluso la detención domiciliaria permiten que la persona siga trabajando para su sustento, tenga mejores redes de apoyo y tenga acceso a los servicios de salud usuales en la

---

28 Por supuesto, debe tenerse en cuenta que la reincidencia es un fenómeno social complejo que involucra conductas humanas, por la relación entre la medida impuesta y la reincidencia es solo probabilística, no determinista (Patchin & Keveles, 2004).

sociedad, sin que esto requiera la inversión de proyectos masivos de infraestructura o la inversión constante del Estado en un sistema complejo que debe ofrecer servicios de alimentación y salud, mantener cuerpos de guardia permanente, etc. (Petersilia, 1987; Patchin & Keveles, 2004). Así, incluso modelos de vigilancia y supervisión intensiva implementados en Estados Unidos han demostrado ser hasta 10 veces menos costosos que la privación de la libertad en un centro de reclusión (United States Courts, 2013), y otros programas han demostrado tener costos aún menores (FAMM, 2011).

En Colombia, según los cálculos del Ministerio de Justicia y del Derecho, para febrero de 2019 el costo de manutención anual de una persona privada de la libertad fue de aproximadamente \$18.371.569 pesos, mientras que el costo de construcción de un cupo carcelario es de \$120.218.981 pesos (Comisión Asesora de Política Criminal, 2019).

**Primera parte**  
**La inflación punitiva, la crisis**  
**carcelaria y la nueva ideología**  
**penal**

## 1. El derecho a castigar: fundamentos de la privación de la libertad en el Estado moderno

La facultad de castigar se encuentra íntimamente relacionada con el problema teórico y filosófico del uso legítimo del poder del Estado, en especial cuando se habla del poder en el sistema penal. Desde que la Revolución Francesa y la reforma penal ilustrada se cuestionaron sobre el uso del poder sancionatorio de las monarquías absolutistas —especialmente del sufrimiento que generaba el suplicio y otras penas crueles—, la democracia y los Estados de derecho se han convertido en formas de limitar el uso arbitrario o excesivo del castigo, fundados sobre la idea de que un poder solo es legítimo cuando se funda en la voluntad popular, en la observancia de normas jurídicas objetivas y en el respeto de la dignidad humana. Así, el uso del poder punitivo y sus límites (por ejemplo, las sanciones permitidas, las garantías procesales o las condiciones de vida impuestas) no son aspectos incidentales, sino constitutivos de la legitimidad del Estado para impartir justicia.

Por lo anterior, los problemas que rodean la privación de la libertad adquieren una relevancia que va más allá de su utilidad práctica en la reducción del delito. El encarcelamiento no solo impone, por tiempos prolongados, límites importantes a la gran mayoría de los aspectos de la vida de una persona (desde su libertad de movimiento, sus lazos familiares, su posibilidad de trabajar, la decisión de qué alimentos consumir, de a qué hora dormir y a qué hora despertar, etc.), sino que, además, ha llegado a imponer condiciones de vida inhumana sobre grandes sectores de la población, tales como el hacinamiento, la ausencia de atención médica, la proliferación de enfermedades, el

consumo de comida descompuesta, entre otros. De este modo, el encarcelamiento es a la vez la cristalización más patente del poder punitivo del Estado y el punto donde entra en contradicción el deber del Estado de impartir justicia y de respetar los derechos fundamentales de la ciudadanía, incluida la población privada de la libertad.

En este entendido, un análisis del uso de la privación de la libertad y de sus medidas alternativas debe partir necesariamente de comprender los fundamentos y principios que permiten que su uso sea legítimo, así como los límites racionales a los cuales debe ceñirse su aplicación.

### 1.1. El derecho a castigar: el *ius puniendi* y los principios generales del derecho penal

El monopolio del uso legítimo de la fuerza limitado por el derecho, es decir, el *ius puniendi* o 'derecho a castigar' es uno de los rasgos esenciales de los Estados de derecho modernos (Hobbes, 2004). Sin embargo, los excesos en el uso del poder abundan en la historia: desde los excesos punitivos de las monarquías absolutistas hasta el uso indiscriminado de la violencia en conflictos armados de carácter étnico o religioso, los Estados han llevado a cabo un sinnúmero de actos de violencia contra personas de otros países e incluso contra su propia población. Por esto, no sorprende que uno de los ejes centrales de la reflexión de la Ilustración, con su oposición al poder absoluto, fuera el cuestionamiento a los fundamentos últimos del poder punitivo y la pregunta por cuándo este se ejerce de manera legítima, especialmente del poder materializado en el castigo (Rousseau, 2005).

A pesar de las posiciones divergentes al interior de la Ilustración y del pensamiento del siglo XIX, esta tradición sería la base de los modelos estatales occidentales, en los cuales se impondría una concepción de los derechos individuales como libertades y su protección como la razón de ser del Estado<sup>29</sup>.

---

29 De aquí la importancia de la libertad como valor fundacional del Estado, que se evidencia en su polivalencia como valor, principio y derecho fundamental en Colombia.

Los Estados de corte liberal e individualista comprendieron el ejercicio legítimo del poder solo como aquel que armoniza las libertades individuales de los ciudadanos. En una formulación célebre, el Estado legítimo sería aquel que limita la libertad de un individuo solo cuando esta afecta la libertad de otro, de forma que limitar libertades de manera injustificada sería ilegítimo y tiránico (Kant, 2006). Este cambio de rumbo caracterizó, por lo menos en parte, el paso de sociedades feudales a sociedades industriales, pues en estas últimas la legalidad y la libertad cobraron una función central en la vida social y económica (Newburn, 2007).

Por su parte, la reflexión en torno al derecho partió de su rol como instrumento de organización del poder estatal. El derecho, como conjunto de normas cuyo cumplimiento puede hacerse obligatorio por medio del uso de la fuerza, es en su esencia un sistema para incentivar o desincentivar conductas humanas por medio de, entre otros, el derecho a castigar (Kelsen, 2006), y el derecho penal, al ser la respuesta más fuerte y drástica para la protección de los bienes jurídicos de mayor importancia, es su forma más radical (Welzel, 1956). Por esto, uno de los ejes centrales de esta transformación en los fundamentos filosóficos de la vida social y política fue el derecho penal, movimiento que a su vez llevó a que los sistemas penales occidentales sufrieran una transformación profunda durante los siglos xviii, xix y xx.

En siglos posteriores la dogmática penal pasaría a profundizar las teorías penales ilustradas (en, por ejemplo, la teoría del delito), pero los principios que gobiernan la actividad de los Estados de derecho continúan siendo en su gran mayoría derivados de la filosofía del siglo xviii. Quizá el desarrollo más célebre y sistemático de estos principios, aplicados hoy en el derecho penal, fue el del marqués Cesare de Beccaria en su ensayo *De los delitos y las penas*, de 1764. Posteriormente, en los siglos xix y xx la doctrina penal seguiría sosteniendo los principios formulados por Beccaria, pero agregaría algunos adicionales, derivados del desarrollo de la *teoría del injusto penal* y al proceso de secularización de las sociedades modernas.

Estos principios pasarían a establecer las condiciones necesarias para que el uso del poder punitivo del Estado, y su forma actual más extrema (la privación de la libertad), sea legítimo.

Para Beccaria (1994), todo castigo legítimo debe cumplir con las siguientes condiciones:

- i) la conducta castigada y el castigo correspondiente deben estar contemplados expresa, clara y previamente en la Ley, de tal forma que las personas puedan conocerlas previamente (principio de legalidad estricta);
- ii) el castigo debe aplicarse únicamente a conductas que generen daños a la sociedad (principio de lesividad);
- iii) el castigo debe ser proporcional al daño causado por la acción, de tal forma que los castigos más graves sean aplicados a las conductas graves, y viceversa (principio de proporcionalidad);
- iv) la magnitud del castigo debe ser el estrictamente necesario para cumplir su finalidad, es decir, no puede exceder en gravedad o magnitud al necesario para lograr el fin de la pena<sup>30</sup> (principio de necesidad). Este último principio es de particular importancia, pues limita la aplicación del castigo a aquel que realmente es útil y conducente para cumplir la finalidad de la pena y determina como un exceso la aplicación de castigos que, por ser inconducentes, serían innecesarios o excesivos.

Además de estos, otros principios también pasaron a limitar la facultad de castigar. Ejemplos de estos son el principio de igualdad ante la ley, según el cual la definición de las penas y de los delitos debe ser igual para todos los ciudadanos (Beccaria, 1994), o la exigencia de que todo castigo sea producto de un juicio público en el cual el acusado tenga posibilidad de defenderse (Beccaria, 1994). Beccaria también defendió como principio la presunción de inocencia, pues para que un castigo sea legítimo, debe partir de la justificación y motivación clara, más allá de toda duda razonable, de la culpabilidad del acusado por quien

---

30 Este punto es uno de los objetos de debate de la doctrina penal, que será abordada en el siguiente numeral.

lo acusa, y no en la incapacidad del acusado de demostrar su inocencia (Beccaria, 1994).

Con base en estos principios, la teoría del delito del siglo XIX y XX pasaría a hacer precisiones y adiciones al modelo de Beccaria. Entre estos, la primera adición sería la teoría de los bienes jurídicos del derecho penal, el cual pasó a determinar el principio de lesividad en términos de daño a bienes jurídicos protegidos (como la vida, el patrimonio, la administración de justicia, etc.). En segundo lugar, el creciente proceso de secularización y separación del derecho y la moral ajustaría el concepto de lesividad a sociedades multiculturales, de tal forma que la apreciación de la lesividad debe hacerse en virtud del funcionamiento de la sociedad y no de códigos éticos o religiosos particulares (Mir Puig, 2015).

En tercer lugar, la interpretación del principio de proporcionalidad sufrió cambios. Mientras en un comienzo se entendió este principio como una expresión de la Ley del Talión, en la cual la pena debe ser igual en naturaleza al delito (pena de muerte para el homicidio, pena de multa para el hurto, etc.), este paso a ser reinterpretado como una proporcionalidad abstracta en la cual se imponen penas de un quantum más gravoso a conductas más dañinas, y viceversa (por ejemplo, más o menos años de prisión, según la gravedad de la conducta).

Además de la evolución de los principios mencionados, un desarrollo importante de la dogmática penal fue la formulación del principio de culpabilidad, el cual agregó un requisito adicional para la legitimidad del castigo. Según este principio, solo se puede castigar a un individuo si es responsable subjetivamente por los daños que provienen de su acción. Gracias a este desarrollo del principio de culpabilidad, surgieron conceptos como la inimputabilidad o la atenuación de la pena bajo ciertas circunstancias, como el caso de la ira y el extremo dolor, el estado de necesidad, o la inimputabilidad por enfermedades mentales permanentes o transitorias (Mir Puig, 2015).

Esta nueva forma de entender la culpabilidad también permitió el desarrollo del principio de responsabilidad por el hecho. Según este, la punición del Estado solo puede recaer por el daño del cual se es subjetivamente culpable (a saber, el daño deseado o no prevenido por negligencia), y no por las calidades

personales del autor del hecho o por su responsabilidad objetiva sobre el resultado. Esto es especialmente relevante, puesto que fundamenta la prohibición de imponer penas en virtud de la peligrosidad de un individuo (Mir Puig, 2015).

Otro objetivo del movimiento de reforma fue la transformación del sistema de las penas. Beccaria (1994) y otros pensadores de la reforma ilustrada<sup>31</sup> veían el suplicio y demás castigos crueles como el ejemplo del exceso del poder absoluto del monarca, y creían que eran mecanismos inútiles para la represión y prevención del delito. Dado que era un momento en el cual se pretendía defender una noción específica de la dignidad humana, las penas atroces se veían como una venganza del soberano contra el cuerpo de los suplicados y una ritualización de sufrimientos excesivos. Las penas que implicaran la tortura o tratos crueles pasarían a ser consideradas como poco civilizadas: “[a] fines del siglo XVIII, la tortura habría de ser denunciada como resto de las barbaries de otra edad: muestra de un salvajismo que se denuncia como ‘gótico’” (Foucault, 2009).

### 1.2. Para qué y cómo castigar: fundamentos y técnicas de la pena de prisión

Además de reflexionar sobre los fundamentos del poder de castigar en general, el pensamiento de la reforma penal de la Ilustración giró sobre dos ejes específicos. El primero fue la discusión sobre los fundamentos y la finalidad de la pena, ya que la fundamentación del derecho a castigar, del *para qué* castigar, permitía sustentar una noción humanista e ilustrada del derecho penal (Beccaria, 1994). Por otra, también se centró en la naturaleza de los castigos o el *cómo castigar*, pues fue imperativo diseñar castigos diferentes al suplicio y al tormento propios de las sociedades fundadas en el poder absoluto del monarca (Foucault, 2009). Por tanto, el objetivo del proceso de reforma fue encontrar un modo de castigar fundado en la defensa de la sociedad mediante un castigo ilustrado, el cual tomara distancia de los excesos punitivos de sistemas anteriores (Foucault, 2009).

---

31 Entre estos, se encuentran Servan, Dupaty, Lacreteille, Duport, Pastoret, Target, Bergasse, y muchos otros (Foucault, 2009).

El resultado, por lo menos históricamente, fue la elección de la privación de la libertad como la pena paradigmática de los sistemas penales.

*a) Para qué castigar: los fines de la pena*

El primero de los ejes de la reforma ilustrada fue la reflexión en torno a la finalidad del castigo, entendido como la base que da legitimidad a la imposición de una sanción por parte del Estado. En la dogmática penal existen distintas escuelas y respuestas teóricas a esta pregunta, las cuales se diferencian sobre todo en el objetivo que cada una considera como la finalidad legítima del castigo. Por esto, puede decirse que cada escuela trae en sí misma una visión particular de la misión del derecho penal, del objetivo del derecho a castigar y de la misión del Estado como forma de organización social.

La primera de las teorías de la pena es la ‘escuela clásica’, para la cual la pena se fundamenta en una exigencia ética de justicia. Según esta teoría, el castigo es la justa retribución que se deriva del daño generado por el delito, una especie de consecuencia natural del “mal” causado por la acción castigada (Mir Puig, 2006). El objetivo del poder sancionatorio es entonces cumplir con el estándar ético que exige que una acción injusta reciba un castigo que corresponda (un castigo proporcional, ejercido en base a la responsabilidad del sujeto castigado, etc.). Sin embargo, la principal crítica contra esta teoría es que representa una forma moralizante de la justicia penal y disocia la aplicación de la pena de su utilidad social, lo que permitiría concluir que es válido sancionar la conducta incluso cuando es socialmente inútil o innecesario sancionarla (Mir Puig, 2006).

Una segunda familia es la de las teorías relativas, que afirma que la finalidad no es la retribución por el injusto, sino la prevención de conductas delictivas que vulneran los valores sociales o jurídicos. Varias de estas escuelas defienden diferentes formas de prevención. Las que defienden la prevención general negativa afirman que el fin de la pena es la intimidación general de la población, ya que el objetivo al imponerla es disuadir a otros individuos de cometer la misma conducta (Mezger, 2010). Sin embargo, esta teoría también tiene problemas, dado que puede

justificar la imposición de penas desproporcionadas a la gravedad de la conducta, o incluso el castigo de personas inocentes para intimidar a toda la población, representa una lógica penal totalitaria o despótica, inadecuada para sistemas penales que se basan en las ideas ilustradas sobre el poder (Carrara, 1906).

Por otra parte, la teoría de la prevención encuentra en doctrinantes contemporáneos como Claus Roxin, Santiago Mir Puig y Winfried Hassemer una formulación más moderna, que tiene orígenes en la filosofía hegeliana: la prevención general positiva. Según esta, la finalidad de la pena es la reafirmación del orden jurídico y la confianza ciudadana en este, por medio de la aplicación misma de las normas jurídicas. Esta versión abandona así el rasgo intimidador de la prevención general negativa, y estipula el fin de la pena como la reafirmación de la legitimidad y efectividad del orden jurídico y de los valores que defiende (Mir Puig, 2006).

Otro grupo de teorías de la pena gira en torno a la idea de ‘prevención’, pero respecto del criminal individual y no de la sociedad en general. Llamada la teoría de la prevención especial, esta considera que el objetivo fundamental de la pena es evitar que la persona condenada vuelva a delinquir en el futuro. Esta cuenta, por tanto, con dos aspectos: positivamente, se entiende como la resocialización (a saber, como corrección de la conducta del condenado), y negativamente, como inocuización del individuo “imposible de corregir” (el aislamiento como instrumento que imposibilita la reincidencia) (Mir Puig, 2015).

La teoría de la prevención especial, defendida por autores como von Liszt, Fichte y Roeder, estableció el ideal de la resocialización o rehabilitación como un objetivo primordial de la pena, y con el cual el castigo dejó de entenderse en el siglo XIX y XX como el mero ejercicio del poder sancionatorio. Como consecuencia, uno de los instrumentos fundamentales de la política criminal sería la criminología, puesto que a partir de un estudio científico de las causas que llevan a las personas a cometer delitos, el Estado podría, por lo menos en principio, formular estrategias que atacaran dichas causas y comenzaran a enfrentar de manera efectiva la criminalidad.

Con este objetivo, la criminología ha desarrollado múltiples escuelas que han ofrecido distintos análisis del fenómeno y las

causas de la criminalidad desde un enfoque interdisciplinario, usualmente desde muchas perspectivas: como un fenómeno relacionado con causas psicológicas y/o biológicas, un fenómeno relacionado con la estructura y las relaciones sociales, con fenómenos históricos, económicos y políticos, entre muchos otros (Newburn, 2007). Sin embargo, y a pesar de haber gozado de momentos particularmente influyentes, el impacto real de la criminología en la formulación de la política criminal ha sido limitado<sup>32</sup>.

### *b) Cómo castigar: la prisión como técnica de castigo en los sistemas penales contemporáneos*

El segundo eje de la reforma fue la transformación de las penas, por medio del cual la gran mayoría de las penas aplicadas anteriormente fueron abandonadas y la técnica para ejercer el poder punitivo del Estado cambió drásticamente. Primero, porque la pregunta ilustrada por los fundamentos y los límites al poder del Estado exigió encontrar una pena que, a diferencia de los suplicios, permitiera ejercer el poder de una forma 'humana', 'benigna' o que conllevara menos sufrimiento visible o innecesario (Garland, 1990). Segundo, porque con la relativa victoria de las teorías de la prevención (los sistemas penales seguirán presentando algunos aspectos retributivos), las penas se entienden ahora como medio para conseguir un fin y, por lo menos en principio, pasarían a ser valoradas por su eficacia y eficiencia para alcanzarlo (Foucault, 2009).

Debido a esta transformación en el pensamiento penal, la prisión surgió como la pena preponderante en los sistemas

---

32 La influencia de la criminología en la formulación de la política criminal del Estado ha variado en diferentes momentos históricos, lo cual ha dependido en gran medida de los paradigmas ideológicos imperantes. Por ejemplo, mientras que la criminología positivista y sociológica influyeron de manera importante en el desarrollo de las políticas de muchos estados occidentales a comienzos y mediados del siglo xx, la influencia de los académicos en estos periodos se debió en gran medida a la influencia dentro de la ideología imperante de los Estados de bienestar. En cambio, la influencia de este tipo de criminologías se ha reducido de manera importante bajo el paradigma político del neoliberalismo y el neoconservadurismo (Garland, 2001).

penales occidentales. Esta, por lo menos en principio, pareció surgir como desarrollo natural de las teorías de la prevención, y en particular del ideal de la rehabilitación o resocialización. Al recluir a una persona en un entorno cerrado y ser sometido a la vigilancia y poder disciplinario del Estado, la prisión parecía cumplir tres finalidades específicas: i) intimidar a la población en general, ii) someter al condenado al poder correctivo del Estado durante un tiempo determinado, y iii) en el caso de delincuentes considerados imposibles de corregir, la prisión es un mecanismo para aislarlos de la sociedad y evitar que cometan más conductas delictivas (von Liszt, 1990). En palabras de von Liszt (1990),

El valor de un sistema de penas concreto depende de la seguridad y la elasticidad propias para permitir el logro de cada uno de los tres fines punitivos (intimidación, corrección e inocuización). Y exactamente lo mismo cabe observar de los distintos medios punitivos. En ello radica la importancia de la *pena privativa de la libertad*, [...], pues como ninguna otra es ella apropiada para adaptarse a todos los fines de la pena. Y por eso está llamada, sin duda alguna, a ocupar el primer y principal puesto dentro del sistema de penas (p. 61).

En el marco de las teorías relativas de la pena, la formulación de von Liszt (1990) ilustra de manera clara los objetivos preventivos de la privación de la libertad dentro de los nuevos sistemas de penas, así como dos de sus características más relevantes. Al igual que cualquier pena, la prisión es una institución que cumple un rol intimidador, con el cual se pretende desincentivar la comisión de conductas por medio de la amenaza de la imposición de la pena. Pero la prisión también cumple con dos finalidades peculiares que pueden considerarse como no-sancionatorias. La primera es someter a un individuo a un régimen disciplinario que pretende 'reformular' su conducta, y la segunda es asegurar el aislamiento de dicho individuo para evitar que cometa nuevas infracciones (incapacitación o inocuización).

La primera de estas finalidades no-sancionatorias se relaciona con la capacidad (o mejor, la creencia en la capacidad) que

tiene la prisión para rehabilitar o resocializar a las personas mediante la imposición de un régimen disciplinario. Según Michel Foucault (2009), el sistema carcelario busca ejercer un control y dominación sobre el individuo por medio de una serie de técnicas disciplinarias. En términos generales, los principios del entorno carcelario son<sup>33</sup>:

- i) El *aislamiento*, dado que se busca aislar al individuo de la sociedad (y en algunos modelos incluso de otros internos). En principio, este no solo permite el ejercicio del poder sobre el individuo de manera directa, sino también facilitar la “rehabilitación” a partir de la reflexión del condenado fuera de la sociedad;
- ii) El *trabajo*, pues a comienzos del siglo XIX se había identificado la ociosidad como una de las principales causas de la criminalidad. Por esto, uno de los componentes principales de la prisión es imponer esquemas de trabajo sobre la persona condenada, siendo este un mecanismo importante en la “corrección” o “rehabilitación” del condenado;
- iii) La *modulación de la pena*, para que el sistema penitenciario tenga cierta libertad o flexibilidad para establecer los parámetros de la duración o ejecución específica de la disciplina, mediante regímenes diferenciados, la libertad anticipada, etc.; y
- iv) El *control técnico y especializado de la detención*, por medio del uso de técnicas para clasificar a los individuos reclusos, según su tipo de características, el tipo de conducta que cometieron, el tipo de tratamiento que debe recibir, etc.

Adicionalmente, la prisión como forma de castigo también conlleva una serie de dinámicas que la diferencian drásticamente de las penas corporales existentes antes del siglo XIX. Por

---

33 Se advierte que a continuación se resumen en términos generales las técnicas generales de la prisión, pues no se pretende hacer una presentación y análisis exhaustivo. Adicionalmente, se advierte que, en aras de claridad expositiva, se fusionan varios principios que en *Vigilar y castigar* aparecen diferenciados.

ejemplo, en los sistemas penales contemporáneos los juicios suelen realizarse públicamente, mientras que la ejecución de la pena escapa a la atención pública. Así, “el castigo ha dejado poco a poco de ser teatro” (Foucault, 2009), pues el espectáculo público y corto del suplicio fue reemplazado por un modelo disciplinario que opera en instituciones cerradas al público y por largos periodos.

Con la prisión, el foco del castigo también sufrió un desplazamiento similar. Según Foucault (2009), mientras que en los modelos de justicia monárquica el castigo consistía en el sufrimiento del cuerpo del delincuente, en la justicia penal contemporánea, el juicio y el castigo recae más sobre la individualidad, personalidad o subjetividad de la persona condenada. Así, la prisión conlleva una serie de sufrimientos más indirectos, como lo pueden ser las consecuencias psicológicas del aislamiento prolongado, la falta de contacto con el círculo social del condenado, la abstinencia sexual y muchos otros. Esta es una de las razones por las cuales, según Garland (1990), la prisión logró convertirse y mantenerse como la pena preferente, pues la forma “invisible” y no inmediata en la que genera sufrimiento ha permitido mantener un trasfondo retributivo que, por no presentar una violencia directa, resulta más o menos aceptable para la sensibilidad contemporánea.

Sin embargo, la efectividad de los regímenes carcelarios para asegurar la rehabilitación y resocialización de las personas que son sometidas a este tipo de sistemas disciplinarios no solo es baja, sino que, en contextos de alto hacinamiento y condiciones de violación de derechos, llega a ser contraproducente. Por ejemplo, Joan Petersilia (1987) argumenta que el encarcelamiento suele conllevar algunas consecuencias que dificultan que las personas pospenadas puedan reintegrarse a la vida en libertad, como la estigmatización, la violencia o el rompimiento de los vínculos sociales.

El carácter criminógeno del encarcelamiento también es sugerido por los hallazgos de Mueller-Smith (2015), pues aumenta no solo la reincidencia, sino también la tendencia a que las conductas delictivas futuras sean de mayor gravedad, en particular en delitos económicos o asociados con las drogas (como los delitos asociados con condiciones de vulnerabilidad

social). Sin embargo, este efecto depende en gran medida de las características propias de cada sistema carcelario, pues sistemas carcelarios menos disruptivos de la vida e integridad del interno, y que se concentran en labores de resocialización, parecen reducir la reincidencia, por ejemplo, al eliminar la vulnerabilidad social relacionada con la pobreza, la imposibilidad de conseguir trabajo, desórdenes mentales, entre otros (Bhuller, Dahl, Loken, & Mogstad, 2018).

Finalmente, la segunda finalidad no-sancionatoria de la prisión es el aislamiento de las personas condenadas de la vida en sociedad, cuyo objetivo es evitar que la persona siga cometiendo conductas delictivas. Esta función del aislamiento fue defendida por von Liszt (1990) de manera provisional para aquellas personas que eran consideradas ‘incorregibles’, a la luz de la criminología de cada periodo, dado el nivel de la técnica y el desconocimiento de tratamientos de resocialización que pudieran corregir su conducta. En este sentido, en el caso de las personas que se consideraban ‘corregibles’, este efecto podría entenderse como una finalidad secundaria o transitoria subordinada al éxito del tratamiento.

A pesar de que esta función de la prisión como institución social ocupa un lugar importante en el imaginario y sentido común penal de las sociedades modernas, no deja de ser altamente problemática. Esto se debe principalmente a que dicha finalidad se opone a los principios del derecho penal moderno y a la naturaleza democrática del poder del Estado, dado que presupone y se basa en una evaluación de la peligrosidad de la persona condenada, y no en la responsabilidad por el hecho. Por lo tanto, esta finalidad entra en contradicción con el principio de la responsabilidad por el hecho y el principio del derecho penal de acto —es decir, con un derecho penal que ve a la persona sancionada como un sujeto libre y responsable, no como un riesgo social que debe ser prevenido, limitado o eliminado—(Mir Puig, 2015).

Por lo anterior, y aunque es muy popular, esta forma de ver la prisión atenta contra la base de un Estado democrático y se acerca a un derecho penal del enemigo de estados de corte totalitario. Concebir la prisión desde esta finalidad permite que se den efectos discriminatorios sobre personas que son vistas

como peligrosas por sus cualidades particulares (por ejemplo, sus condiciones económicas o sociales) y, en esta medida, se aleja del ideal ilustrado y democrático de un derecho penal que ve a los individuos como personas libres y los juzga con base en sus actos. En palabras de Ferrajoli (2013):

Conforme a este modelo, lo que cuenta es la eficiencia, junto con la idea fácil, propia del sentido común autoritario, de que la justicia debe mirar al reo por detrás del delito, a su peligrosidad detrás de su responsabilidad, a la identidad del enemigo más que a la prueba de sus actos hostiles (p. 163).

Como se verá más adelante, esta función inocuidadora ha cobrado cada vez más relevancia en las últimas décadas del siglo xx y los comienzos del xxi en los Estados de América, haciendo que sus sistemas penitenciarios se hayan convertido más en instituciones de aislamiento y de seguridad que de resocialización, a lo que subyace una crisis de los principios del derecho penal moderno de corte liberal y el surgimiento de ideologías penales de corte más autoritario.

### 1.3. La privación de la libertad durante el proceso penal: entre la eficiencia y el garantismo

Aunque hasta el momento se han presentado las reflexiones del derecho penal en torno al uso punitivo de la privación de la libertad, no debe olvidarse que su uso como medida cautelar en el proceso penal es también de crucial importancia. La privación de la libertad preventiva o cautelar es quizás una de las instituciones penales más antiguas, y probablemente la primera forma de encarcelamiento en el derecho penal. Casos como el del juicio de Sócrates<sup>34</sup>, hallazgos arqueológicos y otras fuentes de Grecia y Roma demuestran que fue utilizada durante la antigüedad (Pavón, 2003). Pero quizás el ejemplo más paradigmático es la detención de los acusados en los procesos de la Inquisición y del absolutismo monárquico, los cuales se caracterizaban por ser largos procedimientos secretos en los

---

34 Relato por Platón en sus diálogos *Crátilo* y *Fedón*.

que el encarcelamiento y la tortura eran instrumentos para obtener la confesión (Foucault, 2009).

En los sistemas penales modernos, la privación de la libertad durante el proceso persistió en los ordenamientos penales modernos, pero con algunas limitaciones<sup>35</sup>. Durante la reforma penal ilustrada, esta forma de encarcelamiento fue considerada como una medida útil y legítima para garantizar el cumplimiento de las sentencias y evitar la fuga del acusado (Beccaria, 1994), pero su connotación como instrumento de investigación (como la tortura) desaparecieron, por lo menos en principio.

En los sistemas actuales, la diferencia fundamental entre esta y la pena de prisión recae en que, mientras la pena de prisión hace parte del derecho penal sustantivo y se fundamenta en el derecho a castigar del Estado (*ius puniendi*), la privación de la libertad durante el proceso hace parte del derecho procesal penal, y se fundamenta en la necesidad práctica de garantizar la administración de justicia (Maier, 1999). Esta figura busca dar una garantía por medio de la 'prenda' del acusado, similar a una medida cautelar análoga al embargo y secuestro de bienes como garantía de las obligaciones en un proceso civil (Foucault, 2009), pero no es una forma de castigo anticipado.

Debido a esta naturaleza, la privación de la libertad durante el proceso se encuentra inmersa en tensiones propias del proceso penal. Según Francesco Carrara (1977) y Alberto Binder (2013), todo el derecho procesal penal se encuentra atravesado por la antinomia entre dos conceptos fundamentales que se encuentran en constante tensión. Por una parte, el proceso penal es el único instrumento mediante el cual el Estado puede imponer una pena que sea legítima y cumplir su obligación de castigar el delito, por lo cual el proceso penal se ve sometido a la fuerza de la eficacia, es decir, al interés en que se cumpla efectivamente el programa punitivo del Estado (Binder, 2013). Por otra, y en contraposición directa con esta fuerza, el derecho procesal penal también se encuentra atravesado por la fuerza de las garantías, es decir, de aquellos límites al poder penal del

---

35 Algunas de estas limitaciones ya han sido discutidas, como las garantías penales de tener derecho a un juicio con prontitud o la prohibición de la tortura.

Estado que pretenden garantizar la legitimidad y validez de la pena impuesta (Binder, 2013). En otras palabras, estas garantías son aquellas que no solo delimitan cuándo un castigo es legítimo o no, sino también mediante qué medios se pretende ejercer dicho castigo.

La privación de la libertad previa al juicio es quizá el caso más extremo de esta tensión fundamental del derecho procesal penal. Por una parte, la privación de la libertad durante el proceso es una figura que somete al individuo a encarcelamiento para resguardar el proceso en varios sentidos: evitando que este lo afecte con su fuga, intimidación de testigos, la destrucción de evidencia, entre otros (Maier, 1999). Así, pretende garantizar que el proceso será eficaz si eventualmente se llega a la condena, e incluso evitar que este sea entorpecido por el posible amedrentamiento de testigos claves de la investigación, la eliminación de pruebas antes de que estas puedan ser recogidas y otros riesgos similares<sup>36</sup>.

Por otra parte, la privación de la libertad durante el proceso penal se encuentra en tensión con las garantías, pues es en esencia una limitación de derechos fundamentada no en la culpabilidad del individuo, sino en las necesidades del Estado. Así, la privación de la libertad previa al juicio se enfrenta directamente a garantías como la presunción de inocencia, siendo más dramático si se tiene en cuenta que la medida cautelar y la pena son, por lo general, de la misma naturaleza (a saber, ambas son privación de la libertad, en centros similares y con consecuencias casi idénticas). En palabras de Julio Maier (1999):

[P]ese a que, jurídicamente, se puede distinguir la pena del encarcelamiento, tanto por sus fines como por su modo de realización, lo cierto es que este último, como la pena, representa una de las formas de encierro institucionalizado en nuestra organización social y, como todo encierro, produce efectos cuestionables en la persona humana” (p. 378).

---

36 Esta finalidad se encuentra consagrada en el régimen de la detención preventiva del ordenamiento colombiano, como se mostrará más adelante.

Esta tensión se evidencia más dependiendo de las causales que habilitan la procedencia de este tipo de encarcelamiento, pues puede respetar formalmente las garantías procesales, pero actuando en contra de su sentido (Maier, 1999). Por ejemplo, esta medida podría, en aras de garantizar la eficacia de los objetivos del Estado, fundarse en argumentos peligrosistas que corroan el principio de culpabilidad y de presunción de inocencia (como forma de ‘protección a la comunidad’), puede ser usada como mecanismo de presión para obtener una confesión o presionar a la persona para que negocie con la fiscalía, para dificultar el derecho a la defensa, entre otros (Bernal & La Rota, 2013).

Por lo anterior, el fundamento último de la privación de la libertad durante el proceso corresponde a una decisión político criminal entre las fuerzas que componen la antinomia fundamental, tensión que perdura durante todo el proceso penal (Binder, 2013). Esto se debe a que las instituciones procesales son decisiones interpretativas por parte del Estado que buscan cimentar un equilibrio (no una armonía) entre los dos polos de la antinomia fundamental, ya sea en la formación legislativa de la institución procesal o por medio de la interpretación de funcionarios en su aplicación en casos individuales (Binder, 2013).

La forma de fundamentar la necesidad de la privación de la libertad, sin embargo, apela a la misma naturaleza de la política criminal del Estado, la cual se encuentra íntimamente ligada (sin ser equivalente) a su naturaleza política (Binder, 2013). Esta puede tender hacia el autoritarismo, en la cual la eficacia en la prevención de conductas sea expansiva y las garantías sean restringidas o eliminadas, o hacia un Estado garantista y democrático que limite sus pretensiones de eficacia punitiva de manera razonable para ofrecer garantías y legitimidad a los castigos impuestos (Ferrajoli, 2013).

Así, según Binder (2010), existen tres interpretaciones de la antinomia que pueden fundamentar la privación de la libertad durante el proceso. Estas son: i) fundarla como una necesidad de eficacia de corte autoritario, en el ‘combate’ eficaz de la criminalidad que requiere el aislamiento de sujetos peligrosos; ii) la concepción puramente procesal de esta, como una institución de eficacia jurídica, fundada en la verosimilitud del derecho exigido (en este caso, la condena), y la necesidad de establecer

cautelos para asegurarlo; iii) el modelo que la fundamenta como una limitación legítima de derechos constitucionales, en el cual el juicio de necesidad, las bases sospecha y la identificación de riesgos específicos son la base de su procedencia. En contraposición, existen algunas posiciones que la consideran ilegítima a la luz de las garantías constitucionales modernas, y, por tanto, una institución procesal que debe desaparecer.

A la luz del carácter político-criminal de la decisión entre eficacia y garantías, Binder (2013) encuentra que el fundamento de la privación de la libertad previa al juicio escapa a definiciones exactas de sus límites, o por lo menos en un plano teórico. A diferencia de los principios del derecho a castigar discutidos anteriormente, los cuales limitan la posibilidad de que un juicio sea justo en abstracto (por ejemplo, el principio de culpabilidad, lesividad o de legalidad), el uso de la privación de la libertad preventiva apela a decisiones de política criminal que continuamente existen entre la tensión entre eficacia y garantismo. Por esto, para Binder (2013, p. 118), las decisiones sobre su uso “no se hace siguiendo parámetros lógicos sino creando caminos de razonabilidad, mediante argumentaciones fundadas en buenas razones (o razones convincentes), según cada uno de los intereses”.

## **2. La crisis carcelaria, la inflación punitiva y los problemas de la política criminal en Colombia**

En el capítulo anterior se ilustró cómo los principios del derecho penal y el pensamiento ilustrado se convirtieron, con la reforma de los sistemas penales modernos, en límites del poder legítimo del Estado. Estos gobiernan lo que puede entenderse como un uso legítimo y democrático del derecho penal y de la privación de la libertad: uno proporcional a los daños causados por el delito o a los riesgos para la administración de justicia, que sea solo el necesario para alcanzar su finalidad (en Colombia, la resocialización o cautelar el proceso penal, según el caso), que sea efectivo para reducir el delito, que se funde en la responsabilidad subjetiva del individuo y, entre otros, que sea respetuoso de la dignidad humana.

Sin embargo, el funcionamiento real del sistema penal colombiano y de otros de América muestran una realidad muy diferente del castigo. En estos abundan castigos desproporcionados para personas condenadas por conductas leves, un uso excesivo de la detención preventiva en casos en los que no es necesaria o cuya duración es de varios años, el continuo agravamiento de las penas en pro de la seguridad ciudadana, la restricción progresiva de las medidas alternativas para asegurar un mayor encarcelamiento y el sometimiento de miles de personas a condiciones de reclusión inhumanas. Por ello, la situación actual de las cárceles involucra mucho más que problemas de ejecución de una política coherente, pues manifiesta una contradicción entre principios y prácticas, entre valores políticos y sufrimientos reales.

En este capítulo, dada su importancia como puente entre la problemática carcelaria y la crisis de la política criminal, se pretende hacer una breve presentación del estado de cosas inconstitucional del sistema penitenciario y carcelario en Colombia y de su relación con los problemas generales de su política criminal. Este se centra especialmente en las sentencias de la Corte Constitucional, aunque tiene como objetivo caracterizar cómo la forma en la que el Estado colombiano ha desarrollado su política criminal —una antitécnica, desarticulada y volátil— es la causa principal de la crisis. Por supuesto, este capítulo también pretende brindar un contexto al análisis de diseño normativo que se elaborará en la segunda parte, especialmente en materia de las medidas alternativas al encarcelamiento y la necesidad de ampliar su uso.

### **2.1. Contexto histórico del estado de cosas inconstitucional de 1998**

Como se mencionó en la introducción, el crecimiento del encarcelamiento en América se ha convertido en un problema, pues muchos países han sido incapaces de adaptar sus sistemas carcelarios para recibir el creciente número de personas privadas de su libertad por los sistemas de justicia. Según los datos globales, las altas tasas de hacinamiento han alcanzado niveles críticos. En Centroamérica, países como El Salvador

(WPB, 2011a), Guatemala (WPB, 2017b) y Nicaragua (WPB, 2016c) registraron tasas de sobreocupación de sus sistemas carcelarios del 233,3 %, 233,2 % y 90 % respectivamente. Por su parte, todos los países de Suramérica (excepto Suriname) tienen también altas tasas de hacinamiento: en los últimos años, Bolivia presentó un hacinamiento del 153,9 % (WPB, 2016a), Perú del 121,7 % (WPB, 2018a), Brasil del 65,4 % (WPB, 2016b) y Venezuela del 53,9 % (WPB, 2018b).

Aunque Colombia no encabeza estas listas, su sistema penitenciario y carcelario también registra altos niveles de hacinamiento. Para julio de 2019, en Colombia se registró un total de 193.343 personas privadas de la libertad en diferentes modalidades. Por una parte, la población a cargo del INPEC fue de 189.579 personas, de las cuales 123.078 se encontraban en centros de reclusión del orden nacional, 61.565 se encontraban en alguna modalidad de reclusión domiciliaria, y 4936 bajo vigilancia electrónica. Por otra, en los establecimientos del orden territorial se registró un total de 2922 personas privadas de la libertad, y en los establecimientos de la fuerza pública un total de 842 personas (INPEC, 2019). Según estos datos, para julio de 2019 Colombia registró una tasa de encarcelamiento de 393 personas cada 100.000 habitantes, tasa que no se ha reducido desde la configuración del estado de cosas inconstitucional de 2013.

TABLA 1. TASA DE ENCARCELAMIENTO APROXIMADA<sup>37</sup>  
EN COLOMBIA (2013-JULIO DE 2019)

Año	Población colombiana (estimada)	Población privada de la libertad <sup>a</sup>	Porcentaje en la población nacional	Tasa de privación de la libertad cada 100000 hab.
2013	47.121.089	15.368	0,3 %	321
2014	47.661.787	153.998	0,3 %	323
2015	48.401.701	169.662	0,4 %	351
2016	48.747.708	175.336	0,4 %	360

<sup>37</sup> Debido a algunos ajustes y errores en las estimaciones poblacionales del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (Dane), las tasas son aproximadas. En todo caso, estas tasas son mayores, pues según el Dane, la población real de Colombia para 2018 fue de 45,5 millones de personas (Dinero, 2018).

Año	Población colombiana (estimada)	Población privada de la libertad <sup>a</sup>	Porcentaje en la población nacional	Tasa de privación de la libertad cada 100000 hab.
2017	49.582.835	178.397	0,4 %	360
2018	49.834.240	184.579	0,4 %	370
2019	48.258.494	189.579	0,4 %	393

<sup>a</sup> La población privada de la libertad corresponde al agregado de la población en reclusión en establecimientos del orden nacional, en reclusión domiciliaria y población con vigilancia electrónica (INPEC, 2019).

Fuente: tomado del Informe Estadístico – Julio de 2019 del INPEC (2019).

Según los anteriores datos, el sistema del orden nacional, que en julio de 2019 contó solo 80.225 cupos, registró un hacinamiento total del 53,4 % —es decir, una sobrepoblación de 42.853 personas (INPEC, 2019)—. En cuanto a la distribución del hacinamiento por establecimiento, de los 132 establecimientos del orden nacional, 115 presentaron un hacinamiento superior al 20 %, de los cuales 3 presentaron uno superior al 300 %, 4 entre el 200 % y el 300 %, y 31 uno entre el 100 % y el 200 %, mientras que los otros 77 tienen un hacinamiento entre el 20 % y el 100 % (INPEC, 2019).

Lastimosamente, la crisis de las cárceles en Colombia no es un fenómeno reciente, sino que se ha convertido en su estado casi normal y ha tendido a aumentar. En 1944, el entonces director del sistema de prisiones, Jorge Pinzón Ferro, ya resaltaba el exceso punitivo de un sistema que, para la época, albergaba más de 10.000 presos en un país de menos de 10 millones de habitantes —es decir, con una tasa de encarcelamiento aproximada de 100 personas cada 100.000 habitantes (INPEC, 2014)—. En un fragmento, cuya vigencia es sorprendente, diría:

En efecto, cualquiera que sea la idea que se tenga al ejercitar la facultad de castigar, es indispensable que ella se realice dentro de los principios elementales de humanidad, cosa que no ocurre ahora. Nuestras cárceles son algo repugnante, que produciría lástima si no fuera que encienden la cólera más justa contra esta cristiana sociedad que así castiga con mucho más de lo que en realidad tiene derecho, porque si en las leyes están impuestas las penas de prisión, arresto, reclusión, presidio, etc., en ninguna de ellas aparece la condena al contagio, a la depravación moral, al

atropello personal y a la muerte misma, ya que el sistema con que se mueve el organismo burocrático en el cumplimiento de las disposiciones legislativas es tan dificultoso, que hace inútiles las disposiciones que tratan de velar por la salud y la vida de los presos, pues cuando llegan los recursos, escasos desde luego, para el remedio de tantas miserias, el enfermo ha muerto, al amparo de la ley” (INPEC, 2014, p. 53).

Sin embargo, no sería sino hasta 1998 que el problema estructural subyacente del sistema penitenciario y carcelario colombiano sería abordado por la Corte Constitucional desde un enfoque constitucional (es decir, de garantía de derechos), y esta vez a la luz de la Constitución de 1991. El hacinamiento, si bien no era el único problema del sistema, fue utilizado por la Corte en la Sentencia T-153 de 1998 como herramienta para comprender la dimensión histórica de la crisis carcelaria, por lo que distinguió cuatro etapas: i) la época de asentamiento (1938-1956); ii) la de desborde (1957-1975); iii) la de reposo (1976-1994); y iv) la de alarma (1995-1998, que se extiende hasta la actualidad)<sup>38</sup>.

La primera etapa, que abarcó la época de la violencia política de los treinta, cuarenta y cincuenta, se caracterizó por las luchas civiles y de confrontación política entre liberales y conservadores (Bushnell, 2000). Durante esta, hubo un crecimiento constante de la población carcelaria, el cual fue acompañado de la ampliación de la infraestructura del sistema y la construcción de muchos de los establecimientos que funcionan actualmente (como la Picota y la Modelo de Bogotá, o la Cárcel de San Isidro en Popayán). En la segunda etapa, que comenzó con una reducción de la población carcelaria por un proceso de desjudicialización, hubo una expansión en la construcción de prisiones y aumentó la población carcelaria, que alcanzaría en 1973 un total de 36.500 internos. En la tercera etapa, aunque había hacinamiento, la población privada de la libertad se mantendría relativamente estable entre 1980 y 1994, por debajo de las 30.000 personas (Sentencia T-153, 1998).

---

38 Se resalta que la “época de alarma” puede entenderse vigente hasta la actualidad. Corte Constitucional, Sentencia T-153, del 28 de abril de 1998.

La cuarta etapa, la de alarma, se caracterizó por un crecimiento acelerado de la población carcelaria. En 1996 el sistema alcanzó a albergar una población de 39.574 personas privadas de la libertad, mientras que tenía apenas 28.300 cupos. Según la Corte, la tendencia al crecimiento acelerado de la población privada de la libertad podría repetir el fenómeno de desborde del sistema del periodo 1957-1975. Sin embargo, el problema no era solo un problema de hacinamiento, sino que, por el contrario, también se presentaban problemas en la protección de derechos como la vida, la integridad personal, la dignidad, la prohibición de la tortura, entre muchos otros. Dado que las violaciones a los derechos no eran casos aislados, sino síntomas de un abandono generalizado del sistema penitenciario y carcelario, la Corte declaró la existencia del primer estado de cosas inconstitucional en materia carcelaria (Sentencia T-153, 1998).

En aquel momento, la condición de hacinamiento se consideró como la fuente principal de las dinámicas que vulneraban los principios y derechos de la Constitución. Sin embargo, en esta ocasión, la Corte consideró que la causa principal de estos problemas había sido el abandono del sistema penitenciario por parte de las autoridades del Estado (el Gobierno e INPEC, particularmente), de modo que la falta de inversión en el sistema, tanto en su infraestructura, funcionamiento, sistema de salud y otros descuidos degeneraron las condiciones de reclusión (Sentencia T-153, 1998).

Por su parte, en su sentencia la Corte estableció algunos parámetros relevantes para comprender los efectos constitucionales del hacinamiento. Por una parte, este pasó a ser entendido como un aspecto estructural de la crisis que imposibilita y dificulta la garantía de derechos y el respeto de las normas. Para la Corte:

[e]n un lugar donde la demanda por una habitación es mucho más alta que la oferta y donde la guardia no está en capacidad de imponer el respeto a las normas establecidas, sólo cabe esperar que se imponga la ley del más fuerte (Sentencia T-153, 1998).

La población privada de la libertad también sufría por problemas de salubridad e higiene, deficiencias en la prestación de los servicios de salud y de acceso al agua potable, problemas

que violaban sus derechos a la vida y a la integridad personal, a la salud y a la dignidad humana, entre otros.

Pero, por otra parte, la Corte también identificó el hacinamiento como un problema relacionado con la esencia y finalidad misma del sistema penitenciario, puesto que este, debido a que imposibilita la garantía de la dignidad humana, elimina la posibilidad de cumplir el fin resocializador de la pena. Así, para la Corte “el hacinamiento desvirtúa de manera absoluta los fines del tratamiento penitenciario” (Sentencia T-153, 1998), de modo que la crisis del sistema penitenciario y carcelario no se reduce a una situación fáctica de garantía de derechos, sino que también imposibilita materializar la finalidad misma del sistema.

Debido a lo anterior, la Corte Constitucional ordenó el diseño de un plan de construcción y mantenimiento de la infraestructura carcelaria, la separación estricta de sindicados y condenados y la adopción de medidas estructurales urgentes para superar la crisis. En el año 2000, luego de que el Estado implementara planes de ampliación de infraestructura, el hacinamiento, comenzó a reducirse progresivamente de modo que la Corte (Sentencias T-257, 2000; T-606, 1998; T-256, 2000) consideró que las medidas implementadas por las autoridades permitían concluir que las condiciones de hacinamiento parecían estar bajo control (Sentencia T-388, 2013). Por esto, a finales de la década del 2000 rechazaría abrir un incidente de desacato en el marco de la sentencia de 1998, pues consideró que carecía de competencia para asumir casos del estado de cosas inconstitucional (Auto 303, 2008).

## **2.2. El resurgimiento de la crisis: las sentencias de 2013 y 2015**

Sin embargo, durante el inicio de la década de 2010, la Corte Constitucional encontró nuevos indicios que sugerían el resurgimiento de un estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario y carcelario (Corte Constitucional. Auto 041, 2011). La Corte inició una labor de recopilación de información para examinar la situación del sistema, en parte debido a los requerimientos constantes de diferentes instituciones, académicos y personas privadas de la libertad que interponían

acciones de tutela<sup>39</sup>. Como lo destacó la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, las medidas adoptadas en 1998 fueron insuficientes para enfrentar la vulneración de derechos fundamentales en las cárceles, pues se habían concentrado principalmente en el aumento de la oferta de cupos carcelarios. La Procuraduría, por su parte, identificaría como una de las causas del hacinamiento el exceso de criminalización y del uso de la detención preventiva, concentrándose ya no en la oferta de cupos, sino en el aumento de la demanda de estos (Sentencia T-388, 2013).

Ya en 2013, la Corte Constitucional acumuló nueve expedientes y declaró un nuevo estado de cosas inconstitucional en la Sentencia T-388 de 2013 (y reiterado en la T-762 de 2015), pues si bien las situaciones eran similares, las causas y problemas de las dos crisis son muy diferentes. Para la Corte, el problema constitucional que subyace a esta nueva crisis no es el abandono del sistema por el Estado, como sí lo fue en 1998. Por el contrario, la causa de la crisis pasó a ser la tendencia del Estado colombiano de maximizar el uso de la privación de la libertad como herramienta de control del delito, es decir, la tendencia hacia la inflación punitiva (Sentencia T-388, 2013).

Como se mencionó en la introducción, la inflación punitiva hace referencia al endurecimiento progresivo, constante y sostenido del uso de la privación de la libertad en los sistemas penales. Esta, dependiendo del sistema penal que se trate, puede adquirir diferentes formas, pero por regla general tiene como efecto aumentar la cantidad de personas que entran al sistema penitenciario y carcelario, hacer que duren más tiempo en prisión y/o reducir la posibilidad de que recobren su libertad. Así, la inflación punitiva suele darse a través de: i) aumentos en el número de delitos que tienen asignada una pena de prisión, ii) aumentar la duración de las penas de prisión existentes, iii)

---

39 Esta labor de recopilación, cuyos resultados hacen parte de los fundamentos de la Sentencia T-388 de 2013, incluyen la participación de la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República y la Defensoría del Pueblo. En este proceso también participaron diferentes investigaciones por miembros de la sociedad civil, desde investigaciones académicas y algunas ONG (Sentencia T-388, 2013).

reducir la aplicabilidad de medidas alternativas al encarcelamiento, bien sean totales o parciales, y iv) el aumento del uso de la detención durante el proceso penal.

En Colombia, la inflación punitiva se ha dado sobre todo en problemas en la fase legislativa de la política criminal, normalmente con el pretexto de “combatir la criminalidad”. Desde la expedición del Código Penal del año 2000, ha tenido muchas modificaciones: para el 2005 se habían introducido en la legislación 11 aumentos punitivos y 22 ampliaciones de tipos penales existentes, y para el 2010 ya se habían dado 42 aumentos punitivos y 29 ampliaciones a tipos penales más (Cita & González, 2017).

La mayoría de estas reformas afectaron particularmente las penas mínimas, aunque en ciertos delitos su aumento ha sido exponencial. Por ejemplo, los delitos de armas tuvieron un aumento del 800 % durante el periodo 2000-2016, y en los delitos de drogas, las penas mínimas de modalidades agravadas superaron las penas máximas establecidas originalmente (Cita & González, 2017). El aumento punitivo también ha sido generalizado e indiscriminado. Por ejemplo, mediante la Ley 890 de 2004 el Congreso incrementó la pena en un tercio (33%) para todos los delitos del Código Penal (incluyendo los culposos) y aumentó la pena máxima a 60 años (Ley 890, 2004, Arts. 1 y 14). Este aumento ha hecho que se pueda argumentar que en Colombia existe virtualmente una pena de prisión perpetua, pues la pena máxima permitida excede la expectativa de vida de la población (de 73,95 años en 2015) si se tiene en cuenta que solo son aplicables a mayores de 18 años (Cita & González, 2017).

Parte importante de las causas de esta inflación son la importancia de la seguridad como objetivo político y los discursos punitivistas, los cuales se tradujeron en un incremento del uso del encarcelamiento en el sistema penal como medida política por excelencia (Ariza & Iturralde, 2011). Como lo explicó la Comisión Asesora de Política Criminal (2012), la política criminal ha tendido a subordinar el derecho penal a preocupaciones de seguridad y de control de la criminalidad —bien sea organizada o la criminalidad ordinaria— y suele sustentarse en los contextos problemáticos de delincuencia y violencia en Colombia. Por esto, la política criminal en su fase legislativa

también ha sido reactiva frente a coyunturas mediáticas, y en la cual la seguridad y consideraciones de índole punitiva han reinado sobre los principios de la resocialización y la primacía de los derechos humanos<sup>40</sup>. Como se expondrá en el siguiente capítulo, estas falencias responden a cambios que se han dado en la ideología penal de muchos países de América.

Pero, además de esta faceta “ideológica”, parte importante de la crisis también recae en la forma antitécnica de las reformas penales. Por ejemplo, la Comisión Asesora de Política Criminal y estudios posteriores encontraron falencias de la legislación que denotan deficiencias graves de la técnica legislativa del Congreso de la República. Esto se evidencia, por ejemplo, en el aumento de las penas mínimas que superan las penas máximas en los delitos de drogas; el aumento punitivo a una conducta considerada menos lesiva (como la inducción a la prostitución) que termina superando la pena de la conducta correlativa más lesiva (como el constreñimiento para la prostitución); e incluso la creación de penas que superan el máximo de pena permitido por la legislación penal colombiana (Cita & González, 2017). En la segunda parte, se mostrará en detalle cómo estas y otras fallas de diseño son obstáculos para la aplicación razonable de las medidas alternativas al encarcelamiento.

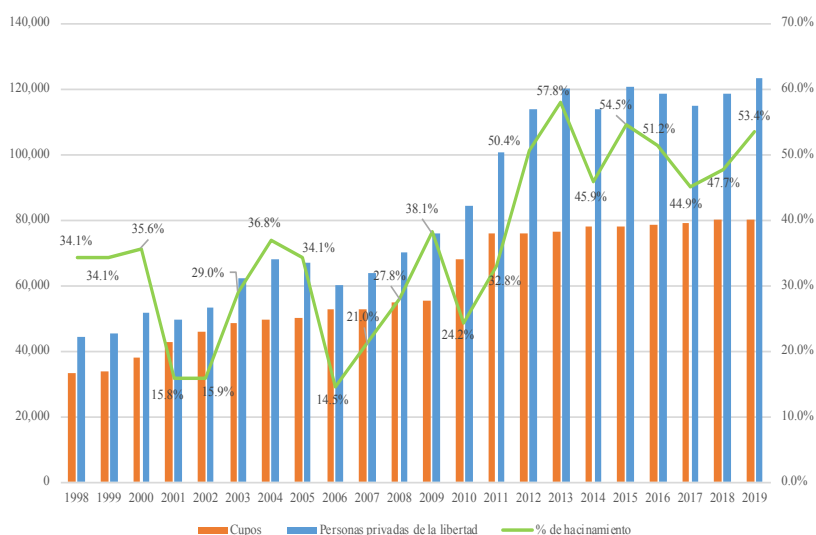
Por su parte, la Comisión Asesora (2012) encontró a su vez que las reformas a la legislación penal suelen carecer de fundamentos empíricos que permitan valorar su efectividad, viabilidad o impacto sobre el hacinamiento y condiciones de los centros de reclusión, y suelen no tener en cuenta los desafíos del contexto colombiano, tales como las diferencias de capacidad institucional en el territorio, las condiciones de pobreza y de desigualdad o incluso las características particulares de los fenómenos criminales. Por su parte, un estudio del Ministerio de Justicia y del Derecho evidenció una distorsión en la proporcionalidad de las penas, principalmente por la forma aislada y asistemática de los aumentos punitivos (Cita & González, 2017).

---

40 Por ejemplo, entre el 2000 y el 2011, las modificaciones al Código Penal incluyeron: i) la creación de 47 nuevos tipos penales, ii) el aumento de penas mínimas y máximas, y iii) el aumento de personas privadas de la libertad (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012).

Algunos de los problemas de la fase legislativa de la política criminal también se han reproducido en otras fases de la política. Por ejemplo, en la fase secundaria o de judicialización, varios estudios han mostrado la tendencia a usar de manera excesiva la detención preventiva durante el proceso penal, incluso en casos en que es innecesaria. Este problema obedece en parte a la sensación de seguridad que esta medida presenta a la ciudadanía, a la creencia generalizada de que no imponer la medida es igual a impunidad, y también a las presiones que sufren funcionarios judiciales como fiscales y jueces para imponerla (Bernal & La Rota, 2013). Por supuesto, el uso excesivo de la detención preventiva también ha incidido en el hacinamiento, pues la población que recibe esta medida representa un porcentaje importante de la población carcelaria (Comisión de Seguimiento a la Sentencia T-388 de 2013).

FIGURA 2. EVOLUCIÓN DE LA POBLACIÓN CARCELARIA, DE LOS CUPOS Y DEL HACINAMIENTO EN EL SISTEMA DEL ORDEN NACIONAL (1998-JULIO 2019)



Fuente: elaboración propia con datos del INPEC.

Nota: Los datos de 1998 a 2014 fueron extraídos de un estudio histórico realizado por el INPEC (2015). Los datos de 2015 a 2018 fueron extraídos de los informes estadísticos de diciembre de cada año. Los datos de julio de 2019 fueron extraídos del informe del INPEC de julio de 2019.

Debido a que las estimaciones poblacionales del Dane para la época tuvieron un error de más del 9% de acuerdo con las cifras reales encontradas en el censo de 2018, esta tasa es en realidad más alta.

Sin embargo, quizá el problema más dramático que ha tenido la política criminal colombiana es la falta de estimación y uso racional de los recursos penitenciarios a su disposición, pues su efecto principal ha sido el aumento acelerado de la población carcelaria desde 1998, independientemente de la capacidad del sistema para recibirla.

Como se observa en la figura 2, aunque en los años posteriores a 1998 hubo un crecimiento importante de la capacidad del sistema penitenciario y carcelario (entre 1998 y el 2013 se ampliaría de 33.119 cupos a 76.066), la población privada de la libertad casi se triplicaría, pasando de 44.398 personas a 120.032 (INPEC, 2015). Adicionalmente, la tasa de encarcelamiento según el tamaño poblacional de Colombia también aumentó de manera importante: de acuerdo con datos del INPEC, entre el 1998 y el 2019 la tasa de encarcelamiento por cada 100.000 habitantes aumentó más del doble.

FIGURA 3. EVOLUCIÓN DE LA TASA DE ENCARCELAMIENTO APROXIMADA POR 100.000 HABITANTES (1998-JULIO 2019)



Fuente: elaboración propia con datos del INPEC.

Nota: Los datos de 1998 a 2014 fueron extraídos de un estudio histórico realizado por el INPEC (2015). Los datos de 2015 a 2018 fueron extraídos de los informes estadísticos de diciembre de cada año. Los datos de julio de 2019 fueron extraídos del informe del INPEC de julio de 2019.

Debido a que las estimaciones poblacionales del Dane para la época tuvieron un error de más del 9% de acuerdo a con las cifras reales encontradas en el censo de 2018, esta tasa es en realidad más alta.

En este panorama, el Departamento Nacional de Planeación evaluó los esfuerzos llevados a cabo para superar la crisis de 1998. En su estudio, cristalizado en el Documento CONPES 3828 de 2015, el DNP concluyó que la expansión de la infraestructura había sido el único medio usado para superar el estado de cosas inconstitucional de ese año, pero que este había demostrado ser insuficiente debido a que la tendencia del crecimiento de la población carcelaria era mucho mayor a la ampliación real de los cupos (Restrepo Londoño, 2011). Así, el crecimiento de infraestructura y cupos era insostenible, dada la magnitud del esfuerzo presupuestal y la imposibilidad de mantenerlo en el tiempo a la misma velocidad que la tasa de crecimiento de la población privada de la libertad (del 10,2 % anual) (Restrepo Londoño, 2011).

Por supuesto, otro factor importante es que, por regla general, las personas privadas de la libertad en Colombia lo están por conductas poco lesivas y que no conllevan la gravedad de conductas como los delitos sexuales o el homicidio. Según datos del INPEC de julio de 2019, el grueso de la población carcelaria estaba privada de la libertad (es decir, detenida o condenada) por delitos de baja lesividad, tales como el hurto (15,0 %, 29.364 personas), los delitos de drogas (13,2 %, 25.684), el concierto para delinquir (12,8 %, 25.068) o el porte de armas (10,8 %, 21.174). En cambio, los delitos más graves del ordenamiento tienen una participación relativamente baja: delitos como el homicidio (14,6 %, 28.477 personas), el acceso carnal contra menor de catorce años (3,4 %, 6717), el acceso carnal violento (1,8 %, 3580) o el secuestro extorsivo (1,3 %, 2464) representan porcentajes mucho más bajos de la población carcelaria a cargo del INPEC (INPEC, 2019).

Por supuesto, aunque la información disponible es insuficiente, otros datos relevantes de la población carcelaria sugieren que el poder penal suele privar de la libertad a personas que tienen características de vulnerabilidad social. Por ejemplo, el grueso de la población carcelaria se compone de hombres y mujeres entre los 18 y los 30 años (42.589 hombres y 2932 mujeres) (INPEC, 2019). Igualmente, la mayoría de la población carcelaria tiene un bajo nivel de escolaridad: el 4,9 % de la población privada de la libertad no recibió ninguna educación formal (5971

personas), el 33,7% cursó algún ciclo educativo de educación básica primaria (41.496), y el 57,7% cursó algún curso de educación secundaria (71.059), de los cuales, la mayoría cursaron hasta grado noveno o inferiores (INPEC, 2019).

Aunque estos datos permiten dar una medida de la magnitud con la cual el poder punitivo del Estado es usado sobre la población colombiana, y por lo tanto puede dar una idea aproximada de si su ejercicio es excesivo (Binder, 2012), esta crisis no solo se caracteriza por el tamaño de la población carcelaria. A estos se sumaron otros problemas, tales como el deterioro de la infraestructura en establecimientos viejos, la progresiva incapacidad del sistema de salud de prestar servicios, entre otros. En particular, el tema de salud llevaría a que el director del INPEC declarara el estado de emergencia carcelaria en mayo de 2013 (INPEC, 2013).

Por lo anterior, el crecimiento de la población carcelaria y la incapacidad del sistema penitenciario y carcelario para adaptarse a este contribuyeron a la desmejora progresiva de las condiciones de reclusión, las cuales, agregadas a costumbres y prácticas que afectan los derechos de las personas privadas de la libertad (por ejemplo, el uso de castigos que constituyen tortura o de tratos crueles e inhumanos), atentan contra los principios constitucionales de la dignidad humana y muchos otros. Así, estas fallas estructurales llevan a las personas privadas de la libertad a vivir en establecimientos hacinados y con pobres servicios de salud, en condiciones deficientes de higiene y de alimentación, con poco acceso a luz o a agua potable, en establecimientos con un desgobierno que permite abusos y agresiones por parte de la guardia u otros internos. En suma, el sistema impone condiciones deshumanizantes (Sentencia T-388, 2013), pues el sistema viola la Constitución de manera masiva, generalizada y de manera casi rutinaria (Sentencias T-153, 1998, T-388, 2013, T-762, 2015).

Este nuevo estado de cosas inconstitucional se caracteriza por crear condiciones de reclusión que violan una multitud de derechos fundamentales de la población privada de la libertad. Entre estos se encuentran el derecho a la vida, a la integridad personal (física y psíquica), a la dignidad humana, a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, a la seguridad

personal, a la igualdad, a la no discriminación, a la intimidad, a la familia, a la libertad (incluyendo la libertad sexual, reproductiva y de oficio), a la salud, a la reinserción social, a los derechos de los sujetos de especial protección constitucional (niños, mujeres, personas con discapacidad, minorías étnicas, adultos mayores, jóvenes, desplazados, personas LGBTIQ), a la educación, al trabajo, a la recreación, al deporte, a la expresión, a la información, al derecho de petición, al debido proceso, y al acceso a la justicia, entre muchos otros. Por esto, la Corte señaló que:

El Estado tiene el imperioso deber constitucional de diseñar e implementar una política criminal y carcelaria que sea viable y que permita asegurar el goce efectivo de los derechos de las personas, tanto de la sociedad en general, que se pretende proteger del delito, como de aquellas que serán privadas de la libertad por haber cometido tales acciones (Sentencia T-388, 2013).

Por su parte, en 2015, la sentencia T-762 del 16 de diciembre de 2015 reiteró el estado de cosas inconstitucional, luego de haber acumulado otros 18 expedientes de tutela contra diferentes establecimientos penitenciarios y carcelarios<sup>41</sup>. En esta sentencia, la Corte reiteró que la causa principal de la crisis son las falencias y excesos de la política criminal, no solo a la capacidad de cupos del sistema para cubrir sus obligaciones (Sentencia T-762, 2015). Por esto, la Corte estableció una serie de parámetros y estándares constitucionales con los cuales debe cumplir la política criminal, a saber, esta debe:

- i) ser preventiva y no reactiva, de forma que use el derecho penal como último recurso de intervención (*ultima ratio*);

---

41 Estas son: Cárcel la Modelo de Bucaramanga, Cárcel “La 40” de Pereira, Cárcel de Santa Rosa de Cabal, EPMS el Pedregal de Medellín, la Cárcel de Bellavista de Medellín, la Modelo de Bogotá, el Complejo Carcelario y Penitenciario Metropolitano de Cúcuta, el EPMS de Anserma, la Cárcel de San Vicente de Chucurí, Cárcel Las Mercedes de Cartago, el EPAMS CAS de Palmira, la Cárcel “El Cunday” de Florencia (pabellón de mujeres), el EPAMS de Itagüí, la Cárcel “Villa Inés” de Apartadó, Cárcel “La Vega” de Sincelejo, Cárcel de Roldanillo, y la Cárcel de Villavicencio.

- ii) respetar el derecho a la libertad personal de forma estricta y reforzada y, por lo tanto, promover el uso de medidas alternativas al encarcelamiento;
- iii) buscar como fin primordial la resocialización del condenado;
- iv) usar la detención preventiva durante el proceso penal de manera excepcional;
- v) ser coherente;
- vi) estar fundamentada en evidencia empírica;
- vii) ser sostenible, teniendo costos razonables en derechos de los reclusos (limitaciones razonables) y en términos económicos; y
- viii) proteger los derechos humanos de las personas privadas de la libertad (Sentencia T-762, 2015).

### **2.3. El panorama actual: esfuerzos recientes de reforma y sus obstáculos**

A pesar de la declaratoria y reiteración del estado de cosas inconstitucional del sistema penitenciario y carcelario, la crisis se ha mantenido hasta la actualidad, pues persisten las problemáticas de la política criminal y las vulneraciones a derechos fundamentales. Por una parte, el hacinamiento se ha mantenido en niveles altos, oscilando entre el 45 % y el 57 %, aproximadamente (figura 2), a pesar de que año a año se han seguido construyendo y ampliando los cupos del sistema. Por otra, como lo corrobora la Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil a la Sentencia T-388 de 2013 (2018) en sus diferentes informes (Humanas Colombia, s.d.) y los reportes de diferentes medios de comunicación, siguen presentándose vulneraciones a los derechos de la población privada de la libertad, como la falta de acceso a agua potable (*El Espectador*, 2017a) o el suministro de alimentos descompuestos (González, 2018; Palomino, 2019) y las deficiencias en la prestación de los servicios de salud.

Por supuesto, como lo reconoció la Corte en sus sentencias, la crisis presenta más problemas que el hacinamiento, pues

involucra también aspectos como la cultura penitenciaria, el uso de castigos crueles, las deficiencias del sistema de salud, entre muchas otras. Sin embargo, el hacinamiento se mantiene como uno de los problemas estructurales que afectan la garantía de los demás derechos. Esto se debe a que el hacinamiento no solo hace que los recursos del sistema penitenciario (servicios médicos, instalaciones, personal, etc.) sean insuficientes, sino que degrada de manera general las condiciones de vida de la población privada de la libertad.

Por lo anterior, parte importante de la superación del estado de cosas inconstitucional depende de la reforma de la política criminal colombiana, y en particular de aquellas normas que introdujeron excesos en la criminalización, tales como los aumentos punitivos o desproporcionados o que permiten la utilización excesiva de la detención preventiva. Pero, a pesar de su importancia, muchos proyectos de reforma que intentaron enfrentar estos problemas han sido poco exitosos o han enfrentado una fuerte oposición, haciendo que no sean aprobados en el Congreso.

Uno de los proyectos importantes que fueron aprobados fue el que terminaría siendo la Ley 1709 de 2014, la cual introdujo un gran número de modificaciones a la legislación penal para enfrentar la situación de hacinamiento en el sistema penitenciario y carcelario, incluso antes de que fuera notificada la Sentencia T-388 de 2013<sup>42</sup>. Según la exposición de motivos, el proyecto pretendía enfrentar la crisis carcelaria causada por [...] la proliferación de normas que privilegian la privación de la libertad, una infraestructura obsoleta, la ausencia de planeación de una política criminal y penitenciaria y la desarticulación de las entidades vinculadas al sistema” (Senado de la República, 2013).

Entre estas fallas, el proyecto identificó las leyes 890 de 2004, la 975 de 2005 (Ley de Justicia y Paz), la 1153 de 2007 (Ley de pequeñas causas), la 1474 (el Estatuto Anticorrupción) y la 1453 de 2011 (Estatuto de Seguridad Ciudadana) como medidas legislativas responsables de aumentar en exceso la población carcelaria. Las dos últimas, según el proyecto, fueron responsables

---

42 Esta sentencia fue notificada en 2015.

por sí solas de un aumento de la población carcelaria de 16.007 personas, un 19% de la población en dicho año (Senado de la República, 2013).

Como respuesta, la Ley 1709 de 2014 introdujo varias modificaciones a la legislación penal y penitenciaria, entre las cuales se encuentran algunas medidas de reestructuración del sistema de salud, la separación expresa de las funciones penitenciarias y carcelarias de los establecimientos, entre otras. Para la descongestión de las cárceles, esta medida buscó contrarrestar los aumentos punitivos por medio de la ampliación de medidas alternativas como la prisión domiciliaria (haciéndola aplicable a condenas por un delito que tenga 8 años o menos de prisión) (Art. 23), la vigilancia electrónica (Art. 29) de la suspensión condicional de la pena (haciéndola aplicable a casos en los que la pena sea menor no de 3, sino de 4 años) y (Art. 107) la libertad condicional (reduciendo el requisito de pena cumplida de dos tercios a tres quintos de la pena y no supeditó su aplicación al pago de la multa) (Art. 30). También incrementó la razón entre días de estudio y enseñanza y los días de pena redimidos, consignó la redención de penas como un derecho, (Arts. 60, 61 y 65) y resaltó el carácter excepcional de la detención preventiva (Art. 2).

Por supuesto, con la introducción de estas medidas, el INPEC (2014) reportó una reducción importante de la población carcelaria. Según datos de esta institución, mientras que para diciembre de 2014 se estimaba que la población intramural ascendería a 125.952 personas y se alcanzaría un hacinamiento del 61,4 %, la Ley 1709 de 2014 logró reducir la población a 115.921 personas y el hacinamiento al 48,6 %. Sin embargo, a pesar de este logro, en 2015 y en los años siguientes la población carcelaria pasaría a oscilar entre aproximadamente 110.000 y 120.000 personas, manteniendo altos niveles de hacinamiento.

En años posteriores se aprobarían nuevos proyectos de ley que buscarían enfrentar otros problemas de la detención preventiva. Entre estos está la Ley 1760 de 2015 que introdujo varios cambios al funcionamiento de esta medida de aseguramiento, como limitar su duración máxima a un año prorrogable por otro, o exigir que para su imposición se debiera demostrar la insuficiencia de medidas de aseguramiento no privativas

de la libertad (tales como la caución, la vigilancia judicial o electrónica, entre otras) (Ley 1760, 2015, Art. 1). También estableció que la calificación jurídica de la conducta no podría considerarse como único criterio para determinar los riesgos de fuga, obstrucción de la justicia o de peligro para la sociedad o víctima (Ley 1760, 2015, Art. 2). Dado que parte importante de la población carcelaria es población detenida, y que un porcentaje importante lleva detenido por un largo periodo (incluso más de 3 años), esta ley parecía ser una medida útil para enfrentar el hacinamiento.

A pesar de esto, la Ley 1760 de 2015 enfrentó fuertes críticas, pues en medios de comunicación se criticó como una medida que produciría una excarcelación masiva y que afectaría la seguridad de manera grave (*El Tiempo*, 2016). Por esta razón, días antes de que entrara en vigencia la duración máxima de la detención preventiva, fue expedida la Ley 1786 de 2016, la cual prorrogaba la entrada en vigencia por otro año (Ley 1786, 2016, Art. 5). En 2017, cuando la norma entró finalmente en vigencia, esta recibió nuevamente críticas por generar una excarcelación masiva, no solo por parte de medios de comunicación (*El Tiempo*, 2017a; *Revista Semana*, 2017b), sino incluso por el Fiscal General de la Nación (Palomino, 2018; *El Tiempo*, 2018b).

Esta oposición a proyectos que buscan reducir la población carcelaria se ha manifestado de manera constante en casos recientes. En 2017, con ocasión de la visita del Papa Francisco, varios proyectos de ley de jubileo —uno propuesto por el Ministerio de Justicia— pretendieron reducir las penas de todas las personas condenadas en ciertos porcentajes. A pesar de la motivación religiosa de algunos proyectos, en su mayoría estos argumentaban la rebaja con base en la problemática del estado de cosas inconstitucional y el hacinamiento<sup>43</sup>. Sin embargo, estas iniciativas también enfrentaron nuevas críticas por parte del Fiscal General del momento (*Revista Semana*, 2017a; *El Espectador*, 2017c) y de medios de comunicación (*El Nuevo Siglo*, 2017a), por

---

43 El proyecto del Ministerio de Justicia estimaba que la rebaja de penas permitiría reducir sustancialmente el hacinamiento. Como ejemplo, ver el proyecto de ley de jubileo del Partido de la U (2017) y el del Ministerio de Justicia (2017).

lo que fueron finalmente archivadas en el Congreso (*El Nuevo Siglo*, 2017b).

Durante el mismo año, el Proyecto de Ley 148 de 2016, formulado por el Ministerio de Justicia (2016) y apoyado por varios congresistas, buscó corregir varios de los problemas que habían sido introducidos a la legislación por la Ley 1709 de 2014, entre los cuales estaba la prohibición general de aplicar beneficios o subrogados penales a ciertos delitos, problemas de diseño del sistema de salud, entre otros. En cuanto el hacinamiento, este proyecto siguió con la estrategia de la Ley 1709 de 2014, de modo que pretendió ampliar nuevamente los requisitos de la prisión domiciliaria, la libertad condicional y otras medidas alternativas llamándolo como ‘armonización de estas medidas dentro del sistema’ para reducir el hacinamiento (por ejemplo, al incrementar la razón entre días de trabajo y estudio y redención de la pena, entre otras).

A pesar de que este proyecto estimó que con las medidas propuestas podría reducirse el hacinamiento y corregir problemas que enfrentan las medidas alternativas, este proyecto enfrentó una fuerte oposición en medios de comunicación, sectores políticos y nuevamente el Fiscal General (*El Tiempo*, 2017b, *Blu Radio*, 2017). Esto llevó a que el proyecto fuera retirado por el Ministro de Justicia de la época y que, meses después, el Fiscal General y el Ministerio presentaran un proyecto conjunto (el 014 de 2017) que contenía algunas de las modificaciones propuestas por el 148 de 2016, pero que en general era menos ambicioso (*El Tiempo*, 2017c).

Entre las falencias del nuevo proyecto, por ejemplo, estaba el no ampliar el uso de medidas alternativas, pues no ampliaba la prisión domiciliaria en la misma magnitud, proponía implementar el trabajo de utilidad pública con requisitos similares a los de otras medidas (menos de 6 años de pena) y despenalizaba conductas que no son de gran impacto en la población carcelaria, como el daño en bien ajeno o la inasistencia alimentaria (Colombia, 2017). Así, aunque el proyecto contenía reformas deseables para algunos problemas de la legislación (como la prohibición general del uso de medidas alternativas del Art. 68a del Código Penal), el potencial del proyecto como medida de deshacinamiento del sistema era más reducido. Pero, incluso

con metas más modestas, el proyecto 014 de 2017 fue archivado por cambio de legislatura y no fue aprobado.

Como lo ilustran estos casos, reformar la política criminal en Colombia ha sido particularmente difícil, debido a que el deshacinamiento de las cárceles —es decir, la liberación de personas— es vista por medios de comunicación, funcionarios públicos y la sociedad en general como una amenaza para la seguridad. Pero, además de esto, también resulta dudoso que la aprobación de estos proyectos demostrara ser una solución definitiva a los problemas de la política criminal, dado que no corrigen los excesos del uso de la prisión ni sus fallas técnicas (como las penas desproporcionadas para delitos leves), sino que solo buscan reducir la ocupación carcelaria actual al conceder beneficios un poco más amplios.

Si se parte de un entendimiento sistémico de la crisis, se puede evidenciar que el problema de la política criminal proviene de un desbalance en el flujo de personas del sistema penal hacia el sistema penitenciario y carcelario. Este sistema, como cualquiera que tenga una capacidad limitada, tiende a la sobresaturación cuando su tasa de entrada es superior a la tasa de salida. En el caso del sistema penitenciario y carcelario, las tasas de entrada corresponden al número de personas que ingresan al sistema en un periodo determinado, bien sea en calidad de condenadas o de detenidas, mientras que la tasa de salida es el número de personas que salen en el mismo periodo.

En este sentido, la tasa de entrada está afectada por factores como el número de conductas delictivas consagradas en la legislación, la tendencia del sistema de justicia a imponer la detención preventiva, la aplicabilidad de penas alternativas o de medidas alternativas totales. Por su parte, la tasa de salida, en cambio, está determinada por la duración de la privación de la libertad (bien sea la duración de la detención preventiva o la magnitud de la pena), la aplicabilidad de medidas alternativas parciales o el uso de otros beneficios que conlleven a la liberación efectiva del cupo carcelario. En este sentido, como lo argumenta la Comisión de Seguimiento a la Sentencia T-388 de 2013 (2019), la crisis de la política criminal ha tendido al hacinamiento por incrementar la tasa de entrada al sistema al, por ejemplo, crear nuevos delitos con penas de prisión, permitir el

uso excesivo de la detención preventiva o reducir la aplicación de penas o medidas alternativas totales, mientras que reduce la tasa de salida al aumentar las penas y restringir el uso de medidas alternativas parciales.

Debido a lo anterior, como lo argumenta la Comisión de Seguimiento, parte importante del problema de los proyectos de ley que han intentado enfrentar la crisis ha sido que estos se han centrado en el uso de medidas alternativas para reducir la tasa de entrada y aumentar la de salida, pero no han buscado desmontar los aumentos punitivos excesivos, los tipos penales que están mal formulados u otros factores que han aumentado la tasa de entrada. Así, los aumentos punitivos de leyes como la 890 de 2004 y la 1453 de 2011 no están siendo modificados, por lo que, incluso si la tasa de salida es aumentada, estos proyectos no hacen ajustes a la proporcionalidad de las penas, al rol preponderante de la privación de la libertad como sanción penal ni a otros problemas creados por la política criminal inflacionaria y antitécnica. En este sentido, como se verá con más detalle en la segunda parte, estos proyectos no han cambiado el carácter subsidiario de las medidas alternativas al encarcelamiento, sino que su estrategia principal ha sido la ampliación de su aplicabilidad solo como medidas de descongestión.

Ahora bien, la falta de una reforma a la política criminal ha hecho que, ya años luego de la declaratoria de la crisis, esta haya comenzado a expandirse por fuera del sistema carcelario y penitenciario. Desde la huelga del INPEC en 2017, motivada parcialmente en el hacinamiento de los centros carcelarios (*El País*, 2017; RCN Radio, 2017), medios de comunicación comenzaron a reportar hacinamiento en distintos centros de detención transitoria (estaciones de policía y URIs, destinados solo para población capturada), debido a que personas que recibían medidas de aseguramiento o condenadas no eran recibidas por las cárceles y prisiones a cargo del INPEC<sup>44</sup>.

En noviembre de 2018, el Ministerio de Justicia y del Derecho reportó que en estos centros de detención había un total de

---

44 Ver en: Bogotá (*El Espectador*, 2017d), Medellín (*El Tiempo Medellín*, 2017), Cali (*El Tiempo Cali*, 2017), Barranquilla (Caracol Radio, 2017), Bucaramanga (Blu Radio, 2019), entre otras.

7100 personas reclusas en estaciones de policía y URIs a nivel nacional, de los cuales su mayoría son personas condenadas (673) o bajo detención preventiva (6159), es decir, personas que no deberían estar reclusas en estos centros (Minjusticia, USPEC, INPEC, s.d.). Por esto, en 2019, la Corte Constitucional acumuló varias tutelas presentadas por personas detenidas en estos centros, debido a que el hacinamiento comenzó a causar graves vulneraciones a derechos fundamentales. En este proceso, la Comisión de Seguimiento argumentó en su intervención que la causa fundamental de la situación había sido una exteriorización de la crisis carcelaria, pues, ante la imposibilidad de reformar la política criminal, la saturación del sistema se había comenzado a trasladar a los centros de detención transitoria.

Sin embargo, a pesar del agravamiento de la crisis, a las dificultades de aprobar una reforma que reduzca el hacinamiento, se suma también la persistencia de la inflación punitiva, la cual se ha manifestado en varias propuestas legislativas que han continuado con la tendencia de maximizar el uso de la prisión. Por ejemplo, un proyecto de ley (060 de 2018) presentado por el exfiscal Néstor Humberto Martínez y varios alcaldes y políticos (como Enrique Peñalosa, alcalde de Bogotá, y Norman Maurice Armitage, alcalde de Cali) pretendía introducir modificaciones que agravarían las penas para delitos de drogas o delitos económicos leves (al eliminar el atenuante por la baja cuantía del delito), facilitar la imposición de la detención preventiva y crear nuevos delitos con penas de prisión (2018).

Aunque el Proyecto de Ley 060 de 2018 no fue aprobado, gozó del respaldo de Iván Duque una vez este asumió la presidencia (Presidencia de la República, 2018). El Gobierno de Iván Duque también ha continuado con un discurso de inflación punitiva, pues ha apoyado propuestas como la cadena perpetua para delitos sexuales, secuestro u homicidio contra menores de edad (*El Tiempo*, 2018c; *La FM*, 2018; *Revista Semana*, 2018, 2019), apoyó la aprobación del delito de abigeato en el Congreso (que contempló una pena más alta que el hurto simple y el calificado por tratarse de hurto de ganado), entre otros (*El Espectador*, 2018). A estos también se agregan la creación de delitos asociados con la evasión fiscal (Ley 2010, 2019, Art. 71) y la prohibición del beneficio de prisión domiciliaria a personas condenadas por

delitos de corrupción (Ley 2014, 2019), medidas que, si bien pueden considerarse válidas, continúan con la tendencia inflacionaria de una política criminal que no ha sido reformada.

Adicionalmente, debe resaltarse que en 2018 fue aprobada la Ley 1908, la cual estableció reglas especiales sobre detención preventiva para miembros de Grupos Delictivos Organizados. Según esta Ley, la detención preventiva no podrá exceder los 3 años, mientras que, si es miembro de Grupos Armados Organizados, su duración máxima es de 4 años (Ley 1908, 2018, Art. 23, que crea el 307A en la Ley 906 de 2004). Esta norma, además, amplió de manera significativa los términos procesales que podían ser causales de libertad por demoras en la realización del proceso penal (por ejemplo, aumentó el término de 60 días entre la acusación y la audiencia de juicio a 500 días), creó nuevos delitos y agravó las penas del concierto para delinquir en caso de pertenencia a estos grupos, grupos cuya definición no carece de problemas (ver en página 105) (Ley 1908, 2018, Arts. 3-10).

Por su parte, como lo ha resaltado la Comisión de Seguimiento de la Sentencia T-388 de 2013, la estrategia del Estado para superar la crisis continúa siendo contradictoria y poco clara, pues a esta tendencia de inflación punitiva desde la Presidencia y la Fiscalía se han opuesto esfuerzos de reforma desde el Ministerio de Justicia (Comisión de Seguimiento a la Sentencia T-388 de 2013, 2019, pp. 2-6). Así, a comienzos de 2019 el Ministerio presentó el *Plan de Transformación y Humanización del Sistema Carcelario en Colombia*, en el cual se establecieron como frentes de trabajo para enfrentar la crisis los siguientes ejes (Minjusticia, USPEC, INPEC, s.d.):

- i) La racionalización del ingreso al sistema penitenciario y carcelario, principalmente por medio de reformas a la legislación penal;
- ii) la ampliación y mejoramiento de la infraestructura carcelaria;
- iii) la intervención para mejorar las condiciones de vida en reclusión, especialmente en temas de salud y alimentación;

- iv) la reforma de las actividades y programas de resocialización para reducir la reincidencia,
- v) como ejes transversales, fomentar la transparencia y la humanización del sistema.

Si bien es posible considerar que una intervención de este tipo puede ser una estrategia conducente para resolver el estado de cosas inconstitucional, esto resulta poco probable, pues, aunque el Plan está bien encaminado, en su desarrollo existen muchas incertidumbres sobre qué medidas serán implementadas y cómo. Por ejemplo, en la versión disponible del Plan (Minjusticia, US-PEC, INPEC, s.d.) no se especifica qué tipo de reforma legislativa se planea hacer, cómo se intervendrán los sistemas de salud o de alimentación para resolver las vulneraciones más graves a los derechos fundamentales. Por su parte, solo los proyectos de ampliación de infraestructura tienen metas y medidas claras, por lo cual es posible que la estrategia esté centrada, por lo menos *de facto*, en la construcción de más cárceles.

Por supuesto, al igual que en la crisis de 1998, esta solución parece no ser suficiente. Pero las dificultades para aprobar una reforma integral a la política criminal sugieren que esta vía también es poco probable, incluso cuando proyectos menos ambiciosos han intentado sin éxito reducir el tamaño de la población carcelaria. En este panorama, el camino para superar la crisis constitucional que enfrentan las cárceles colombianas no es nada claro.

### 3. La ideología penal de la política criminal inflacionaria

La inflación punitiva ha cumplido un rol determinante en el surgimiento y la agravación de la crisis carcelaria, pues ha sido la causa de la falla estructural que ha llevado a que el Estado recluya a más personas de las que puede recluir en condiciones dignas. Pero, si bien la violación de derechos es sin duda el móvil principal que debe motivar al Estado para enfrentar la crisis carcelaria, la inflación punitiva que la causó sigue presentando retos importantes. Esta no solo hace que la demanda de

cupos carcelarios siempre crezca, sino que ha puesto en jaque los principios que dan base al derecho a castigar del Estado de derecho (principios tales como el de proporcionalidad, el ideal de la resocialización, el derecho penal de acto y el de dignidad humana, entre muchos otros) y los ha reemplazado con principios como la seguridad ciudadana, la exclusión y la justicia ejemplarizante, principios propios de un derecho penal antidemocrático o autoritario.

Por estos motivos, se hace necesario entender la inflación punitiva no solo como un fenómeno que atenta contra la sostenibilidad del sistema penitenciario y carcelario, sino como una dinámica política e ideológica que ha entrado en pugna con los principios y valores del sistema penal moderno. Por ello, en este capítulo se analizará la nueva ideología penal que ha sustentado la inflación punitiva en el contexto mundial reciente, algunas características que ha tomado en Colombia y la forma en la que esta nueva ideología plantea una estrategia penal que no reduce el delito, sino que lo perpetua.

### 3.1. La ideología penal del control: David Garland y el surgimiento del derecho penal neoliberal

En muchos países de América y en algunos de Europa se ha dado un abandono *de facto*, mas no jurídico, de la resocialización como finalidad de la sanción penal. En su lugar, la política criminal que ha llegado a imponerse es una política inflacionaria, en la cual la seguridad y la retribución se han convertido en la prioridad política fundamental. Esto ha transformado la forma en la que los actores políticos y funcionarios usan la prisión, la manera en la que los medios de comunicación reportan y evalúan los casos y las decisiones judiciales, y cómo la población espera que el derecho a castigar sea utilizado.

Según David Garland (2001), esta transformación comenzó en Estados Unidos e Inglaterra a finales del siglo xx, en la llamada modernidad tardía. Durante la década de los setenta, los sistemas penales de ambos países pasaron rápidamente de ser sistemas con un enfoque resocializador, propio de la lógica de los Estados de Bienestar, a ser sistemas de encarcelamiento masivo sustentados en la necesidad de brindar seguridad a la

ciudadanía y en discursos moralizantes sobre el castigo y la justicia. En la esfera del derecho penal, esta transformación tuvo como consecuencia que el encarcelamiento se convirtiera en la forma por excelencia para garantizar estos nuevos fines (la punición y la seguridad), pues con este se comenzó a buscar el “exilio” social de personas supuestamente peligrosas en “defensa de la sociedad”. Por supuesto, estas personas suelen pertenecer a grupos poblacionales que padecen una alta vulnerabilidad social, como las clases bajas, los hombres jóvenes, los migrantes o las minorías étnicas y, en cambio, la ‘sociedad’ se refiere a sectores de clase media o alta, de etnias dominantes, etc.

Para Garland (2001), esta nueva ideología del castigo se precipitó por una serie de transformaciones sociales que tomaron lugar en Estados Unidos e Inglaterra, y en mayor o menor medida en otros países, durante la década de los setenta y siguientes. Estas condiciones modificaron sustancialmente la estructura y las prácticas sociales y plantearon un contexto social que aumentó la comisión de delitos. Entre estas pueden destacarse:

- i) La crisis económica de la década de los setenta fue una de las circunstancias que aceleraron la caída del Estado de Bienestar en Estados Unidos e Inglaterra, llevó al desempleo masivo de las clases más vulnerables y al crecimiento económico negativo. El Estado de Bienestar, que originalmente había contribuido al surgimiento de la clase media en Estados Unidos e Inglaterra, llegaría a ser reemplazado y desmantelado por las doctrinas económicas del neoliberalismo, que conllevaría a una desregulación de la economía, pero profundizaría la estratificación y las brechas sociales.
- ii) El éxito del neoliberalismo como doctrina económica reforzó las desigualdades sociales y agudizó la vulnerabilidad de ciertos grupos (por ejemplo, minorías étnicas), y el neoconservadurismo como doctrina penal resaltó la moral, la autoridad y el ejercicio de la fuerza como formas de contrarrestar el delito.
- iii) Los cambios en la ecología de las ciudades y otras comunidades crearon un contexto que favoreció el aumento de la criminalidad y la marginación de algunos grupos sociales

en las ciudades, debido a la construcción de nuevos medios de transporte masivo, la popularidad del automóvil y la migración masiva de personas de clase media y alta desde los centros urbanos a la periferia. Estos factores contribuyeron a la creación antinómica de suburbios de clases medias y altas, y guetos de poblaciones pobres o etnias minoritarias en centros urbanos decaídos.

- iv) Durante esta década, la familia también cambió de manera significativa, pues su tamaño se redujo, las mujeres entraron a la fuerza laboral y el divorcio y las familias unipersonales comenzaron a gozar de aceptación social. Del mismo modo, los adolescentes tuvieron más acceso a la educación superior, al tiempo libre y a la independencia. Esto conllevó a que el control social ejercido por la familia y otras instituciones no-estatales se redujera, en particular respecto a los hombres jóvenes, el grupo social con una mayor tendencia a cometer delitos<sup>45</sup>.
- v) El surgimiento de medios de comunicación masivos tuvo un impacto fundamental en las relaciones sociales de grupos e individuos. Por ejemplo, la televisión logró visualizar problemas o noticias que, a pesar de ser de un grupo o comunidad específica, se convirtieron en un problema público y generalizado, especialmente en temas como la criminalidad. La televisión también permitió un conocimiento mayor de las vidas de diferentes grupos sociales (por ejemplo, de conocer estilos de vida de clases altas para las clases bajas), y se convirtió en un medio relevante de la ciudadanía para conocer los problemas públicos, las campañas políticas, el funcionamiento de las instituciones, entre otros.
- vi) Finalmente, la democratización de la cultura y la vida social conllevó al cuestionamiento del modo de vida hegemónico,

---

45 Debe señalarse que la reducción del control ejercido por la familia como institución es uno de los aspectos que influyeron en las circunstancias de criminalidad de la década de los setenta, y que a su vez propiciaron el surgimiento de una nueva ideología del castigo. Por supuesto, esto no quiere decir que la respuesta a la criminalidad sea revertir estos cambios, que esto sea deseable o posible.

a las luchas de los derechos civiles y a la revolución cultural de los sesenta. La reducción o disolución de reglas o valores morales que predominaban socialmente fue uno de los impactos más importantes de este proceso, lo que comenzó a relativizar muchos dogmas morales y jerarquías que antes no eran cuestionados. Esto tuvo como efecto la reducción de los influjos y controles sociales de la tradición, la iglesia y otros actores sobre el individuo.

En el contexto de estos procesos y de las tensiones sociales que causaron, el aumento de la delincuencia (Garland, 2001) y la insostenibilidad de las instituciones del Estado de Bienestar fueron el suelo fértil para el surgimiento de un discurso político-criminal aparentemente contradictorio. Por una parte, en lo económico, el neoliberalismo se impondría como una doctrina económica que persigue la desregulación de la economía y favorece las políticas de libertad de mercado, pero simultáneamente comenzaría a perpetuar la estratificación y las desigualdades sociales y, a nivel mundial, a afectar a grandes sectores poblacionales de países en desarrollo. Por otra parte, el neoconservadurismo pasó a resaltar los controles sociales más estrictos, a partir de un discurso centrado en la moral, la autoridad y el uso de la fuerza contra personas que atentaban contra el orden social (Garland, 2001). En palabras de Garland, (2001), “Si el lema de las democracias sociales de la postguerra habían sido *control económico y liberación social*, las nuevas políticas de los 1980s pusieron en su lugar un marco diferente de *libertad económica y control social*” (p. 100).

Las tensiones sociales causadas por estas transformaciones, según Garland (2001), explican el crecimiento de las tasas de criminalidad y la pérdida de confianza en la capacidad del sistema penal para combatir el delito por medio del tratamiento, la resocialización y la rehabilitación. Esto supuso el abandono de las criminologías que resaltaban las causas sociales del delito, y que, por lo tanto, consideraban el derecho penal como un instrumento que le permitía al individuo castigado reintegrarse a la sociedad de una manera exitosa. En su lugar, desde la década de los setenta, se popularizó una criminología basada en una lógica económica, en la cual el delito es entendido como

el producto de la insuficiencia de controles y desincentivos y de mecanismos de administración de riesgos y, por lo tanto, la discusión política se comenzó a centrar en cómo aumentar la capacidad represiva del sistema penal.

Este cambio en la forma de comprender y entender el delito tuvo un impacto crucial en cómo se entiende el problema de la criminalidad y, adicionalmente, en cómo este debe resolverse. Así, las políticas criminales durante esta época se fundaron en la creencia de una dicotomía entre el delincuente y la sociedad, en la cual los intereses de ambos son un juego de suma cero (es decir, que cada beneficio dado a un criminal se entiende como una pérdida de seguridad de la sociedad, y viceversa). En este sentido, el criminal se comenzó a definir como un ‘otro peligroso’, un individuo que no hace parte de la sociedad y que debe ser controlado, aislado y excluido, un tipo de amenaza interna que debe ser erradicada para asegurar la convivencia pacífica.

Por su parte, esto también ha significado que el rol de las instituciones penitenciarias ha cambiado sustancialmente. Mientras que bajo el paradigma de la resocialización la prisión era entendida como un mecanismo de tratamiento, bajo el paradigma actual sus prioridades principales son el aislamiento, la punición y la seguridad ciudadana. Este cambio significó un abandono *de facto* del ideal de la resocialización, que pasaría de ser el objetivo fundamental de la prisión a ser una prioridad secundaria o de poca importancia. En palabras de Garland (2001), “[L]a prisión es usada hoy como un tipo de reserva, una zona de cuarentena en donde individuos supuestamente peligrosos son segregados en el nombre de la seguridad pública” (p. 178).

### 3.2. La ideología penal en Colombia: el “todo vale” como estrategia de seguridad

Aunque el análisis de Garland se centra en Estados Unidos e Inglaterra, muchos países de América han atravesado por procesos similares que, si bien se han dado en contextos diferentes, posicionaron a la seguridad ciudadana como un elemento central en la ideología penal y en las dinámicas electorales (Dammert & Salazar, 2009). En particular, los Estados de Latinoamérica han adoptado la ideología penal que entiende el delito como

una decisión individual y no como un producto de problemáticas sociales como la pobreza, la desigualdad y la exclusión (Dammert & Salazar, 2009) y, en consecuencia, la región ha optado por importar las políticas de “tolerancia cero” y de “mano dura” impuestas en Estados Unidos. Así, las políticas de inflación punitiva se han convertido en un recurso electoral y los actores políticos han tendido a defender el aumento de las penas de prisión, el aumento de las prerrogativas de las fuerzas policiales y otras medidas represivas (Dammert & Salazar, 2009).

En Colombia, la ideología penal que dio origen a la inflación punitiva actual guarda algunas similitudes con las transformaciones que Garland describe en Estados Unidos e Inglaterra, aunque ha estado marcada por características particulares del contexto colombiano —sobre todo sus condiciones sociales, históricas, políticas y económicas—. Debido a esto, tanto la ideología penal como la inflación punitiva del ordenamiento colombiano cuentan con unas características propias, de modo que guardan algunas diferencias importantes con las encontradas en otros países.

La primera de estas diferencias es el rol central que ha tenido la lucha contra el comunismo y la subversión (sobre todo en los sesenta y setenta), la guerra contra el narcotráfico (a finales de los setenta y hasta la actualidad) y la guerra contra el terrorismo (desde finales de los noventa y hasta la actualidad) en el discurso penal. Mientras que en los sesenta y setenta el derecho penal fue utilizado como una herramienta de persecución de la subversión y como forma de reprimir el movimiento estudiantil y obrero, a finales de los setenta y ochenta el derecho penal se convertiría en una herramienta de lucha, primero contra el narcotráfico, y luego contra el terrorismo. Debido a esto, el derecho penal se convirtió en una herramienta con la cual diferentes gobiernos intentaron despolitizar el conflicto armado y la criminalidad en general, es decir, como una forma de reducir la conflictividad social a un problema de orden público y de seguridad (Iturralde, 2010).

El segundo factor es que, a diferencia de Estados Unidos e Inglaterra, en Colombia se han dado dinámicas demográficas e institucionales que generaron asimetrías más grandes en la garantía de derechos, condiciones de vida y capacidad institucional

en el territorio. Por una parte, mientras que la migración de la población rural a las ciudades se dio en Estados Unidos e Inglaterra durante el siglo XIX y comienzos del XX, en Colombia esta transición se daría durante la segunda mitad del siglo XX. Esta migración estuvo marcada por el desplazamiento forzado como una dinámica determinante del conflicto armado<sup>46</sup>, el cual llegaría a registrar en 2018 un total de 7.422.645 víctimas de desplazamiento (Unidad de Víctimas, 2017). Además de esto, la población colombiana ha seguido siendo una sociedad altamente desigual, pues si bien dicha brecha se ha reducido en los últimos años (de un coeficiente de Gini de 0,578 en 1999 llegó a ser del 0,508 en 2016), ha sido muy superior a la de Estados Unidos (del 0,41 en 2016) y de Inglaterra (del 0,332 en 2016) (Banco Mundial, 2018).

La otra cara de la moneda ha sido la asimetría y debilidad institucional del Estado colombiano para lograr varios de sus fines esenciales, la cual, a diferencia de Estados Unidos e Inglaterra, ha significado que grandes segmentos de la población han tenido un pobre acceso a la justicia, a la salud y a la educación, entre muchos otros. Como lo han presentado García y Espinosa (2013), en Colombia se ha configurado un 'apartheid institucional', es decir, una asimetría en la capacidad del Estado de garantizar los derechos de las personas en diferentes territorios, principalmente entre zonas urbanas y rurales, pero también en barrios urbanos marginados y barrios pudientes. Esto, en su conjunto, ha hecho que la conflictividad social en Colombia sea más aguda, pues no solo ha tendido a generar un contexto social más violento y unas tensiones sociales más marcadas, sino que además el Estado ha sido menos exitoso en mantener dichos conflictos bajo control y en enfrentar las problemáticas sociales que les subyacen con una respuesta institucional. Esto, a su vez, ha propiciado acercamientos más

---

46 En 1951, el 61,1 % de la población colombiana vivía en zonas rurales (aproximadamente 6.862.823 personas) y el 38,9 % en zonas urbanas (aproximadamente 4.365.686) (Dane, 1951, p. 21). Por su parte, según los datos preliminares del Censo de 2018, el 77,8 % de la población colombiana vive en las cabeceras municipales, el 7,1 % vive en áreas pobladas, y el 15,1 % es población rural dispersa (Dane, s.d.).

autoritarios en materia del control del delito, concentrados más en el discurso de la seguridad nacional y la lucha contra formas anormales y poderosas de criminalidad (como el narcotráfico) que en una estrategia estatal que enfrente los problemas sociales desde múltiples ángulos, no solo el penal.

Debido a estos factores particulares del contexto colombiano, la ideología penal ha adoptado un rasgo característico diferente al que adoptó en países como Estados Unidos o Inglaterra: su excepcionalidad. Según Iturrealde (2010), la política criminal colombiana se ha caracterizado por su tendencia a justificar los aumentos punitivos, la reducción de las garantías procesales o los excesos de criminalización como medidas necesarias que responden a situaciones coyunturales de inseguridad y de conflicto, en las cuales las normas ordinarias del derecho penal pueden ser suspendidas, modificadas o flexibilizadas. Desde 1949 hasta 1997, esta excepcionalidad se manifestó en múltiples reformas promulgadas mediante la declaratoria de estados de excepción, justificadas como respuesta a brotes particulares de violencia o de criminalidad (García & Uprimny, 2005). Sin embargo, la Corte Constitucional comenzaría a limitar el uso de los estados de excepción en materia penal, y también varias reformas (por ejemplo, el Código Penal del 2000 y la adopción del sistema penal acusatorio en 2004) que intentarían desmontar el carácter excepcional que había adquirido el sistema penal (Iturrealde, 2010).

Pero, a pesar de estos esfuerzos, la lógica de la excepcionalidad continuó siendo un rasgo característico de la política criminal colombiana, tanto en sus motivaciones como en las medidas implementadas. Por ejemplo, en la década del 2000 se promulgaron varias normas penales que continuaban utilizando esta lógica, como los aumentos de penas de la Ley 733 de 2002, o los poderes extraordinarios dados a los comandantes militares en los teatros operacionales de la Ley 684 de 2001. Estas reformas continuaron amparándose en situaciones excepcionales para justificar la utilización de formas de justicia penal de excepción, la imposición de penas ejemplarizantes para fenómenos criminales específicos, entre otros (Iturrealde, 2010).

Sin embargo, otro aspecto importante fue que, a finales de la década de los noventa y comienzos del 2000, la lógica de la

excepcionalidad también comenzó a ser aplicada a fenómenos de criminalidad ordinaria y urbana —por ejemplo, con la política de mano dura implementada por el Gobierno Samper contra delitos callejeros y otros fenómenos criminales no asociados con el conflicto armado (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012)—. Entre estos, se pueden destacar también leyes como la Ley 890 de 2004, la cual aumentó las penas de todo el Código Penal (incluyendo las modalidades culposas) y restringió el uso de la libertad condicional al exigir una valoración de la gravedad de la conducta (Ley 890, 2004). La Ley 1142 de 2007 también limitó la aplicación de subrogados penales o la sustitución de la detención preventiva para reincidentes o personas acusadas de delitos como violencia intrafamiliar, hurto calificado, entre otros (Arts. 27 y 32). De este modo, las emergencias de seguridad se han convertido en la justificación de proyectos penales que limitan derechos, las garantías procesales y las medidas que favorecen la resocialización, las cuales han pasado a ser vistas como un costo necesario para garantizar la convivencia pacífica y la seguridad (Iturralde, 2010).

Por su parte, otro efecto de la lógica de la excepcionalidad es que disocia de manera constante los problemas sociales y la criminalidad, de modo que establece una serie de prioridades en las cuales la desigualdad y la vulnerabilidad social son problemas secundarios, mientras que la seguridad es la prioridad principal y casi única. En este entendido, la lógica de la excepcionalidad no solo reduce los derechos y garantías procesales a costos que pueden limitarse en situaciones coyunturales, sino también considera que la anormalidad de la situación de seguridad hace imposible enfrentar los problemas sociales (como la vulnerabilidad social de ciertos grupos o territorios). Así, esta lógica omite la incidencia que tienen estos factores en originar y reproducir el delito, por lo que, en palabras de Iturralde (2010), las prioridades y lógica de esta ideología es “el orden primero, los derechos después”.

En el caso del estado de cosas inconstitucional, la lógica de la excepcionalidad también tiene un efecto importante, pues ha imposibilitado y bloqueado gran parte de las medidas legislativas que buscaron contribuir a reducir el hacinamiento carcelario. Como se mencionó anteriormente, proyectos de ley

que buscaron reducir el hacinamiento (tales como el 148 de 2016 o los proyectos de ley de jubileo) enfrentaron una fuerte oposición por fomentar una excarcelación masiva que afectaría la seguridad, mientras que leyes como la 1760 de 2015 fueron aplazadas bajo el mismo argumento. Así, la lógica de la excepcionalidad también parece considerar que la dignidad humana y los derechos fundamentales de la población privada de la libertad son sacrificables en aras de mantener la seguridad en la sociedad.

### **3.3. La paradoja punitiva: el círculo vicioso de una política criminal inflacionaria**

Luego de analizar las características de la política criminal colombiana, su ideología y su tendencia a la inflación punitiva, vale la pena preguntarse si esta, a pesar de todos sus problemas fácticos (la crisis carcelaria que generó) y políticos (su falta de legitimidad filosófica y política), sigue siendo una política viable o eficaz. Después de todo, ¿puede una política de este tipo, incluso si trastoca los principios y la legitimidad del Estado, reducir la criminalidad?

Aunque intuitivamente podría pensarse que la política criminal excesivamente punitiva y centrada en la seguridad puede ser una solución al delito, en realidad este tipo de política es contradictoria e ineficiente, pues en vez de reducir el delito, reproduce un círculo vicioso que perpetua la criminalidad. Este círculo pasa por las contradicciones que esta forma de ver la política criminal genera a nivel de principios constitucionales, pero también por su efectividad fáctica para reducir la criminalidad.

El primer problema de este círculo vicioso inicia con la motivación misma de la inflación punitiva. La motivación inicial de proyectos de inflación punitiva suele ser que los gobiernos y congresistas han pretendido mostrar que tienen la “determinación” de luchar contra la criminalidad, de modo que, al considerar que el delito es un problema de personas peligrosas y que no tiene causas sociales, comienza a emplearse un discurso moralizante en el cual el uso de la fuerza punitiva del Estado es la única respuesta para “normalizar” o “pacificar”

la sociedad. Por esto, frente a la criminalidad e inseguridad se implementan reformas que buscan aumentar el número de personas que entran a prisión y asegurar que pasen más tiempo privados de la libertad, haciendo prioritario el rol inocuidador de la prisión —bien sea aumentando penas, reduciendo la aplicación de medidas alternativas o haciendo más fácil utilizar la detención preventiva—.

Como ya se ha mencionado, esto es en sí mismo un problema porque erosiona la legitimidad de las sanciones, pues las vuelve desproporcionadas, arbitrarias, injustificadas o excesivas. Por esto, esta forma de entender el derecho penal olvida que estos derechos y garantías (como la proporcionalidad, la lesividad, la culpabilidad, la presunción de inocencia, etc.) no son “concesiones”, “beneficios” o “liberalidades” que el Estado ofrece a la ciudadanía en tiempos de normalidad y que, por lo tanto, pueden ser restringidos en circunstancias “anormales”. Por el contrario, estos principios son el fundamento mismo de la legitimidad del poder punitivo del Estado. Al considerarlos de esta manera, la política criminal inflacionaria termina por acercar esta manera de ver el delito a una forma autoritaria y eficientista del derecho penal, en el cual los principios que legitiman la aplicación del castigo son sacrificables para obtener seguridad.

Pero, además de este problema, el efecto directo de implementar un acercamiento punitivo de esta naturaleza no es la reducción del delito, sino el incremento acelerado de la población carcelaria. Después de todo, el objetivo de estas políticas es precisamente ese: asegurar que las personas que cometen delitos pasen más tiempo en prisión, como una medida de aislamiento e inocuidación. Sin embargo, en países como Colombia, los aumentos en la población carcelaria tienen un impacto negativo en las condiciones de vida en las prisiones, pues ante la falta de recursos de infraestructura, presupuestales, de salud y otros, surgen altos niveles de hacinamiento y muchas otras violaciones de derechos fundamentales.

Por supuesto, este deterioro de las condiciones de vida hace no solo que las personas privadas de la libertad vean sus derechos fundamentales vulnerados, sino que promueve su de-socialización al someterlas a un régimen de vida que

genera, entre otros, secuelas como el estrés postraumático o depresión (Baranyi, Cassidy, Fazel, Priebe & Mundt, 2018), la estigmatización por parte de la sociedad (Petersilia, 1987) e incluso el suicidio (Byng, Howerton, Owens & Campbell, 2015). Así, este tipo de política inflacionaria termina por corroer la capacidad del sistema penitenciario de ofrecer una verdadera resocialización y reducir la reincidencia. En palabras de la Corte Constitucional, “el hacinamiento desvirtúa de manera absoluta los fines del tratamiento penitenciario” (Sentencia T-153, 1998).

Por supuesto, otro efecto del discurso moralizante de la nueva ideología penal es que la resocialización pasa a ser una prioridad secundaria, mientras que la retribución, el castigo y la seguridad son los fines predominantes. Por tanto, el interés político, los recursos invertidos, el modelo carcelario (como la infraestructura) implementarán actividades de resocialización solo como un fin secundario o incidental, cuando en realidad, debido no solo al derecho internacional sino a la misma Constitución Política de Colombia, debería ser considerada como su indicador principal de éxito. Esto, traducido en una política penitenciaria, tiene como efecto que las actividades y esfuerzos para resocializar a las personas condenadas o brindarles un apoyo luego de que salen de prisión sean nulos, estén desfinanciados y sean poco eficientes, a pesar de que, como lo muestra un estudio, un sistema penitenciario que se concentre en la resocialización y no genere condiciones de vida inhumanas tiene la capacidad reducir la reincidencia de las personas condenadas (Bhuller, Dahl, Loken, & Mogstad, 2018).

Si a este problema fáctico se agrega que, debido a que la política criminal inflacionaria disocia constantemente el delito de sus causas sociales, la marginalización y estigmatización de la población pospenada se convierte en un factor que incentiva su reincidencia, se hace claro que esta ideología degrada el sistema penitenciario y no reduce, sino que reproduce, el delito. Como lo muestra el estudio de Mueller-Smith, estos problemas llevan a que la prisión no solo incentive la reincidencia, sino que además las conductas que sean cometidas en un futuro sean más graves.

Por supuesto, al disociar las causas sociales del delito e imputar la criminalidad solo a la responsabilidad individual del

delincuente, la política criminal inflacionaria tampoco busca subsanar las situaciones que generan criminalidad en la sociedad en general, tales como la desigualdad y la vulnerabilidad social. Por esto, nuevos casos de criminalidad, y en particular casos de reincidencia, solo incentivan un nuevo proceso de inflación punitiva: para enfrentar los fracasos del sistema, aparecerán de nuevo clamores por parte de medios de comunicación y actores políticos que exigirán una nueva inversión en más seguridad, en medidas más represivas y en un derecho penal más autoritario.

De este modo, amparada en su ideología penal, una política criminal inflacionaria repite y refuerza el círculo vicioso de la criminalidad, y también retroalimenta y legitima las políticas de la represión y la mano dura como la única respuesta (Iturralde, 2010). Por esto, puede decirse que la ideología penal de la política criminal colombiana, así como otras políticas criminales inflacionarias, es paradójica, pues ante su propio fracaso al implementar políticas de mano dura, solo puede responder con políticas que tengan una mano aún más dura; un círculo vicioso que no resuelve el problema, pero que genera no solo la degradación de los principios democráticos del Estado, sino también la violación de la dignidad humana de miles de personas y el aumento de los hechos delictivos que pretende resolver.

Esta es la paradoja punitiva que aqueja a la política criminal colombiana y a la de otros Estados de América. Sin embargo, no todos los países verán los problemas en sus sistemas penitenciarios con la misma magnitud. Aunque en general esta ideología penal ve la retribución, el sufrimiento y la “austeridad” de las cárceles como elementos esenciales de su discurso (Pratt & Eriksson, 2013), países con amplios recursos pueden ampliar de manera desmedida sus sistemas penitenciarios, y así evitar que el hacinamiento represente un desmedro drástico en las condiciones de vida de la población reclusa. Este, por ejemplo, es el caso de Estados Unidos, que ha logrado mantener la población privada de la libertad más grande del planeta sin enfrentar niveles tan dramáticos de hacinamiento y de violación de derechos humanos como los de América Latina.

Sin embargo, países como Colombia, debido a que tienen menos recursos, se ven obligados a entrar en una disyuntiva, pues mientras los sistemas de justicia procesan a más personas,

imponen penas de prisión cada vez más altas o más detenciones durante el proceso, no pueden expandir sus prisiones y sus cárceles al mismo ritmo. Frente a esto, estos países deben preguntarse si la población carcelaria debería crecer a ese ritmo. ¿Debe ser la política criminal de la exclusión y del aislamiento la forma en la que el Estado responde a los problemas sociales? Y, en vez de reforzar sus formas represivas, ¿no debería el Estado abandonar la ideología penal que olvida el aspecto sociológico de la criminalidad, y enfrentar la vulnerabilidad social de grandes sectores de la población de manera directa (sin abandonar, por supuesto, el juzgamiento y la sanción de conductas delictivas individuales)?

Sin duda alguna, una reforma a esta manera de utilizar la política criminal involucra no solo consideraciones técnicas o cuantitativas que permitan que el sistema funcione de manera equilibrada y sostenible, sino también se requiere que sus formuladores (Congreso de la República, la Presidencia, la Fiscalía General y la Rama Judicial) enfrenten las preguntas político-criminales de fondo. ¿Qué tipo de delitos requieren de resocialización en prisión y qué otros tienen una mejor resocialización con tratamientos en libertad? ¿Qué factores criminológicos deben guiar el uso de las prisiones, la sanción más fuerte de las que dispone el Estado? ¿Es la exclusión de la sociedad, y no la inclusión, la manera adecuada de tratar delitos como hurtos o la venta de droga por personas que vienen de circunstancias graves de vulnerabilidad social? Y quizá, la más importante: ¿la seguridad de la sociedad en realidad justifica una lógica penal que genera elevados costos en términos de derechos, sufrimiento humano y recursos económicos, además de representar una pérdida de coherencia con los principios que hacen legítima la justicia penal de una sociedad democrática? ¿No hay alternativas?



**Segunda parte**  
**Análisis normativo de las**  
**medidas alternativas al**  
**encarcelamiento y la inflación**  
**punitiva en Colombia**

## 1. Fundamentos, estructura institucional y marco constitucional del sistema penal colombiano

La inflación punitiva en la política criminal puede ser un fenómeno que tiene su origen en las dinámicas políticas y culturales de un Estado en particular, pero a su vez, es un fenómeno normativo que tiene efectos profundos en el diseño y funcionamiento del sistema penal. Por esta razón, abordar la inflación punitiva requiere también abordar el sistema normativo en el cual esta aparece, de modo que se puedan estimar los impactos y problemas que genera en el sistema penal —especialmente en los cambios de diseño que pueden, directa o indirectamente, afectar la sostenibilidad del sistema—. Por esto, en este capítulo se busca contextualizar la forma en la cual la privación de la libertad y sus medidas alternativas son utilizadas.

Por supuesto, además de la discusión teórica y política que la rodea, la privación de la libertad es una institución jurídica que existe en medio de un andamiaje jurídico e institucional complejo. Desde un punto de vista normativo, es una medida muy regulada, pues por su gravedad, se encuentra limitada por varias normas internacionales sobre derechos humanos, por los derechos y normas constitucionales y por la legislación penal, procesal penal y penitenciaria. Pero desde un punto de vista institucional, también es una medida que involucra la acción de muchas instituciones y personas: desde el Congreso que define la legislación penal, pasando por la Rama Judicial que investiga, juzga y sanciona, por el Ejecutivo y las entidades territoriales que administran las cárceles y prisiones, hasta los contratistas que prestan servicios en su interior.

## 1.1. Arquitectura institucional del sistema penal colombiano

En términos generales, el sistema penal colombiano está atravesado por las tres fases de la política criminal, las cuales fueron identificadas por la Corte Constitucional (Sentencia T-388, 2013) y la Comisión Asesora de Política Criminal (2012). Estas tres fases involucran a las tres ramas clásicas del poder público. La fase de *criminalización primaria* es aquella en la cual una conducta es definida legislativamente como delictiva y se determina su consecuencia jurídica, siendo una fase de competencia exclusiva del Congreso de la República. Sin embargo, dado que el presidente de la República, la Fiscalía General de la Nación y otras entidades tienen iniciativa legislativa, estas también han tenido un rol central en su definición. La fase de *criminalización secundaria* corresponde a la etapa de investigación y juicio de la responsabilidad individual por un hecho punible por el poder judicial, por lo que recae principalmente en la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación, aunque también involucra a entidades administrativas brindan labores de apoyo<sup>47</sup>. La fase de *criminalización terciaria* es aquella en la que, una vez individualizado el delito y determinada la responsabilidad del acusado, se procede a la ejecución de la pena impuesta.

Para el caso de la pena privativa de la libertad, su ejecución implica la intervención preponderante de entidades de la Rama Judicial y del Poder Ejecutivo. Por una parte, la ejecución de la pena se encuentra sometida a las decisiones y control del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, que tiene múltiples funciones relativas a ordenar el cumplimiento de la pena, tales como la concesión de beneficios como la libertad condicional, la redención de penas y la extinción de la sanción, entre otros asuntos (Ley 906, 2004, Art. 38).

---

47 Cabe resaltar que, en Colombia, aunque la Constitución permita que autoridades administrativas cumplan funciones jurisdiccionales, se encuentra expresamente prohibida la posibilidad de que estas entidades asuman funciones en materia penal. Sin embargo, entidades como la Policía, el Ejército, o las Superintendencias pueden cumplir roles importantes en el suministro de pruebas, de la aprehensión del sujeto acusado, entre otras. Constitución Política de Colombia (1991, Art. 116).

Por otra parte, la ejecución de las medidas privativas de la libertad se encuentra en manos de instituciones gubernamentales encargadas de la administración, gestión, vigilancia y prestación de todos los servicios de salud, alimentación, aseo, higiene y sostenimiento de la población privada de la libertad en los centros de reclusión del sistema penitenciario y carcelario. Esta función aplica tanto para personas privadas de la libertad condenadas, como para aquellas que se encuentran bajo detención preventiva. Esta es ejercida principalmente por dos entidades adscritas al Ministerio de Justicia y del Derecho, a saber, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), y la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC) (Ley 65, 1993, Art. 14). El INPEC administra, vigila y gestiona el funcionamiento de los centros de reclusión del orden nacional (Decreto 2160, Arts. 3 y 4), y la USPEC administra y gestiona el suministro de bienes y servicios requeridos (y puede hacerlo con privados) (Decreto 4150, Arts. 4 y 5). Adicionalmente, las entidades territoriales tienen ciertas responsabilidades, aunque debido a la ambigüedad de la legislación sobre este punto y al centralismo del sistema penitenciario y carcelario, la población reclusa en estos establecimientos representa un porcentaje pequeño de toda la población privada de la libertad (Ley 65, 1993, Art. 17)<sup>48</sup>.

## 1.2. El marco constitucional de la privación de la libertad en Colombia

En Colombia, la Constitución Política cumple un rol importante en definir y limitar el alcance del poder punitivo del Estado, y en particular de la aplicación de la privación de la libertad. Esto se debe a que las disposiciones de la Constitución Política (1991) priman sobre las demás normas, por lo que es un sistema que, en palabras de Ferrajoli, tiene un constitucionalismo rígido con múltiples niveles de validez normativa (Art. 4). Esto quiere

---

48 Para diciembre de 2019, la población reclusa en establecimientos municipales o distritales eran 2922 personas, es decir, el 1,5% de la población privada de la libertad en todo el país, mientras que en establecimientos de la Fuerza Pública estaban reclusas 842 personas o el 0,4% respectivamente (INPEC, 2019, p. 14).

decir que los derechos fundamentales y normas constitucionales tienen el poder de invalidar normas jurídicas inferiores o decisiones concretas que los contraríen mediante el control de constitucionalidad (Arts. 241 y 237, respectivamente) y la acción de tutela (Art. 86). Esta última ha sido un mecanismo crucial en materia carcelaria, pues ha sido mediante la tutela que las personas privadas de la libertad han logrado reclamar sus derechos y que la Corte ha declarado los dos estados de cosas inconstitucionales (Jaramillo Pérez, Uprimny Yepes, & Guarnizo, 2016).

La Constitución también integra en su régimen interno normas y tratados internacionales y, en particular, los tratados e instrumentos de derechos humanos<sup>49</sup>. Estos instrumentos tienen una incidencia fundamental, puesto que los tratados de derechos humanos que no pueden limitarse en estados de excepción hacen parte integral de la Constitución, mientras que los otros se han considerado como herramientas de interpretación de la Constitución (Uprimny Yepes, 2005). Entre los instrumentos destacables se encuentran normas internacionales como las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos (ONU, 2015) y las Reglas de Bangkok (ONU, 2010a), las cuales regulan aspectos específicos de la vida en privación de la libertad, desde la prestación de los servicios de salud hasta la posibilidad de recibir visitas de sus familiares.

Un tercer instrumento internacional relevante son las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad o Reglas de Tokyo (ONU, 2010b), las cuales establecen reglas mínimas para la aplicación de medidas alternativas a la privación de la libertad. Este instrumento establece principios generales sobre el uso de la privación de la libertad y sus alternativas, entre las cuales están: i) el carácter excepcional de la prisión preventiva durante el proceso penal; ii) la promoción de la participación de la sociedad en

---

49 Otro punto relevante de este artículo fue el inciso tercero, agregado por el Art. 1 del Acto Legislativo 02 de 2001, en el cual se habilitó el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional de acuerdo a lo establecido en el Estatuto de Roma (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 93).

estas medidas (por ejemplo, en programas comunitarios en libertad); iii) que estas medidas tendrán por finalidad flexibilizar el sistema penal, evitar el uso innecesario de la pena de prisión y crear tratamientos compatibles con la personalidad del condenado y la gravedad del delito; iv) la obligación de los Estados de ofrecer medidas alternativas durante el juicio, como pena o luego de una ejecución parcial de la pena privativa de la libertad (por ejemplo, la libertad condicional), entre otros (ONU, 2010b, Reglas 2, 6, 8 y 9).

La primacía de la Constitución en el ordenamiento tiene otro efecto importante. Las garantías y los principios fundamentales del derecho penal moderno se encuentran consagrados como principios de la legislación penal, pero también como derechos fundamentales o como principios constitucionales, por lo cual tienen primacía normativa sobre las leyes penales ordinarias (Sentencia T-718, 2015). Tal es el caso del derecho al debido proceso, que incluye el derecho a la defensa, el principio de legalidad estricta de la ley penal, el derecho a ser presumido inocente, el derecho a ser juzgado públicamente, el derecho a ser castigado solo por lo que se es individual y subjetivamente responsable, etc.

Además de esto, la Constitución restringe explícitamente la ejecución de la pena a castigos “humanos” que respeten los derechos fundamentales a la vida, la dignidad y la integridad física y psicológica, dado que prohíbe la aplicación de penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 12). Sin embargo, si bien el régimen penal ordinario no tiene penas corporales, estos castigos se han considerado acordes a la Constitución en el marco de la jurisdicción especial de los pueblos indígenas. Según la Corte Constitucional, penas como el fuate o el cepo deben ser valoradas y entendidas desde su propia tradición y valores culturales, y no desde ópticas externas (Corte Constitucional, Sentencias T-523, 1997, T-549, 2007, T-812, 2011). Así, en estas jurisdicciones castigos como estos no caben dentro de la definición de penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes, pues hacen parte de las tradiciones propias de los pueblos indígenas (Sentencia T-349, 1996).

La Corte Constitucional ha tenido un rol importante en materia de privación de la libertad dentro de la política criminal. Como lo evidencia su jurisprudencia, la Corte ha sido una institución crucial para asegurar la garantía de los derechos y principios constitucionales de las personas privadas de la libertad, ya que ha influido de manera directa en la vida cotidiana de los sistemas penitenciarios (fase terciaria). Sin embargo, su intervención en las fases legislativa y judicial usualmente ha sido aislada e indirecta.

En primer lugar, la intervención de la Corte en la fase de criminalización primaria ha sido la más restringida, principalmente para respetar la competencia legislativa del Congreso de la República en materia penal (Jaramillo Pérez *et al.*, 2016).<sup>50</sup> Sin embargo, cuando ha intervenido, la Corte lo ha hecho de tres formas: i) al declarar la inexecutable de delitos por la violación de principios o derechos constitucionales, como los principios de dignidad humana o libertad de expresión;<sup>51</sup> ii) limitando parcialmente o de forma condicionada la forma de la penalización, principalmente por principios como el de legalidad, proporcionalidad o de *última ratio*, entre otros;<sup>52</sup> y iii) ampliando la penalización elaborada por el Congreso, para garantizar el derecho a la igualdad o para evitar que se desprotejan derechos fundamentales o incumplan normas internacionales (Jaramillo Pérez *et al.* 2016)<sup>53</sup>.

En la fase secundaria, la Corte Constitucional también ha limitado la aplicación de la detención preventiva al condicionar

---

50 Los autores citan como ejemplo de esta libertad la declaración de exequibilidad de la penalización de la bigamia, así como su despenalización (Sentencias C-659, 1997; C-226, 2002).

51 Sentencias que despenalizaron la dosis personal y la eutanasia: C-221, 1994; C-239, 1997.

52 Sentencias que limitaron o declararon inexecutable los delitos de acceso ilegal o prestación ilegal de servicios de comunicaciones, el pago de rescate ante secuestro extorsivo, la desobediencia de asistentes en audiencia y algunas contravenciones: C-739, 2000; C-542, 1993; C-364, 1996; C-897, 2005.

53 Sentencias que ampliaron la aplicación o la pena establecida para los delitos de genocidio, violencia sexual entre cónyuges, el homicidio en el Código Penal Militar, entre otros: C-177, 2001; C-148, 2005; C-459, 1995; C-285, 1997; C-538, 1997.

su procedencia, si bien no declaró su inexequibilidad (Jaramillo Pérez *et al.*, 2016). Esta solo procede en virtud de tres finalidades consignadas en la Constitución<sup>54</sup> y la ley penal (Ley 906, 2004, Art. 308): i) para evitar la fuga del imputado, ii) para evitar la obstrucción del proceso, y 3) para proteger a la víctima o a la sociedad. Sin embargo, la Corte ha sostenido de manera reiterada en su jurisprudencia que para que la restricción de los derechos fundamentales producto de la detención preventiva sea procedente, esta adicionalmente tiene que ser i) idónea, ii) necesaria, y iii) proporcional, como se verá más adelante (Sentencias C-327, 1997; C-121, 2012; C-1198, 2008; C-774, 2001).

Por su parte, la intervención en la tercera fase de la política criminal se ha concentrado en intervenir las condiciones de la vida cotidiana de los centros de reclusión, sobre todo en la garantía de derechos de los reclusos. Una persona privada de la libertad, aunque pueda ver sus derechos limitados, no deja de tenerlos y poder gozar ellos (Sentencia T-282, 2014), pues:

[...] a pesar de tener suspendido su derecho a la libertad física, aún es titular y ejerce sus otros derechos fundamentales, los cuales sólo pueden ser restringidos en menor o mayor magnitud debido a su nexos con la reclusión, pero permanecen intactos en su núcleo esencial (Sentencia T-065, 1995).

Así, la Corte ha declarado que las personas privadas de la libertad son sujetos de especial protección por parte del Estado, dado que, mediante la privación de la libertad, se encuentran en una relación especial de sujeción al Estado (Sentencias T-596, 1992; T-705, 1996; T-153, 1998) y se someten a un régimen disciplinario que imposibilita que satisfagan sus propias necesidades básicas (Sentencia T-065, 1995). Esta relación permite limitar el ejercicio de algunos derechos fundamentales, como el derecho de reunión, trabajo, educación, o intimidad (Jaramillo Pérez *et al.*, 2016; Sentencia T-490, 2004).

---

54 Art. 250, núm. 1 (Constitución Política, 1991), según quedó modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002, Art. 3. Sin embargo, estas finalidades fueron las únicas que la Corte Constitucional había considerado constitucionalmente admisibles antes de su inclusión en la Constitución. Ver: Corte Constitucional. Sentencia C-774, 2001.

Además de esto, la Corte Constitucional creó en su jurisprudencia un régimen tripartito de limitación de derechos en la privación de la libertad. Estos son los derechos limitados o suspendidos absolutamente (como la libertad personal o de circulación), los restringidos (como la libertad de expresión, la intimidad personal, entre otros), y los derechos no restringidos (como la salud, la vida, la integridad personal, y otros de importancia similar) (Jaramillo Pérez *et al.*, 2016). Esto ha impedido que la reclusión conlleve la limitación o la suspensión de derechos que no deberían limitarse o suspenderse, como la vida, la integridad personal, o la salud (Sentencias T-065, 1995; T-705, 1996), puesto que la limitación o suspensión de derechos tiene que fundarse en una finalidad legítima asociada con la privación de la libertad (Sentencias T-596, 1992; T-705, 1996) y debe ser estrictamente necesaria. “[T]oda limitación adicional debe ser entendida como un exceso y, por lo tanto, como una violación de tales derechos” (Sentencia T-596, 1992).

## 2. La detención preventiva y sus medidas alternativas en Colombia

A pesar de ser la forma arquetípica de castigo en los sistemas penales modernos, durante la mayor parte de la historia la privación de la libertad no fue utilizada como una medida sancionatoria. Por el contrario, en vez de ser la conclusión natural del proceso penal (el castigo), era y sigue siendo usada durante el proceso penal para asegurar el sometimiento del acusado al sistema de justicia, evitar que afecte el proceso (por ejemplo, intimidando testigos) y, en algunas ocasiones, para evitar que el acusado continúe cometiendo delitos (Neuman, 1984).

En Colombia, la privación de la libertad preventiva o cautelar existe en varias de sus jurisdicciones penales, llamada la detención preventiva intramural en el sistema penal ordinario para adultos (Ley 906, 2004, Art. 307) y en la justicia penal militar (Ley 1407, 2010, Art. 52), e internamiento preventivo en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes (Ley 1098, 2006, Art. 181). Esta es una medida de aseguramiento que consiste en la privación de la libertad durante el proceso penal en un centro de reclusión y, en principio, solo puede ser ordenada

por un juez (bajo la Ley 600 de 2000, que todavía es aplicable a algunos casos, esta era decretada por el fiscal). En este capítulo se abordará esta figura en el sistema penal colombiano, con el fin de analizar los problemas de diseño normativo y de implementación de las medidas alternativas a esta forma de privación de la libertad.

### 2.1. La detención preventiva en el derecho penal colombiano

La detención preventiva en Colombia es una medida de aseguramiento que, en principio, es excepcional, pues solo puede ser impuesta en un proceso penal para asegurar su terminación exitosa y solo cuando es estrictamente necesaria para tal fin (Ley 906, 2004, Arts. 2, 306 y 307). Según la legislación procesal penal, cualquier medida de aseguramiento solo puede imponerse cuando se cumplan sus finalidades, y estipula las formas específicas en las que cada una debe entenderse como cumplida. Según el Código de Procedimiento Penal, estas finalidades son:

- i) Evitar el riesgo de obstrucción de la justicia. Para que esta causal se configure, se debe entender que existen motivos graves y fundados para inferir que el imputado podrá destruir, modificar, dirigir, impedir, ocultar o falsificar elementos de prueba, que inducirá a testigos a dar testimonios falsos o dificultar la realización de diligencias de la investigación (Ley 906, 2004, Art. Art. 309);
- ii) Prevenir un peligro para la comunidad. Para determinar la existencia de este peligro debe tenerse en cuenta si la libertad del imputado permitirá la continuación de la actividad delictiva o su vinculación a organizaciones criminales, el número de delitos imputados y su naturaleza, y si el imputado se encuentra bajo medida de aseguramiento en otro proceso, o está acusado o condenado previamente por delitos dolosos o preterintencionales (Ley 906, 2004, Art. Art. 310).
- iii) Prevenir un peligro para la víctima. Se entiende que se configura este peligro cuando existen motivos fundados

para inferir que el imputado, de estar en libertad, podrá atentar contra la víctima, su familia o sus bienes (Ley 906, 2004, Art. Art. 311).

- iv) Asegurar la comparecencia del procesado al proceso penal. Este riesgo se configura cuando hay una inferencia razonable de que el imputado no se sujetará a la investigación, a la persecución penal y al cumplimiento de la pena, para lo cual deberá tomarse en cuenta la modalidad y gravedad del hecho y la pena imponible, la falta de arraigo de la comunidad del imputado (por ejemplo, su arraigo en cierto domicilio, asiento de la familia, sus negocios, trabajo, facilidad para dejar el país u ocultarse), la gravedad del daño causado y la actitud del imputado frente a este, y el comportamiento del imputado durante el proceso o en otro anterior (Ley 906, 2004, Art. Art. 312).

Pero, además de estos requisitos, no basta que estos riesgos se presenten en abstracto para la imposición de la detención preventiva, pues, según los principios constitucionales, la privación de la libertad preventiva o cautelar debe ser excepcional. En este sentido, la Corte Constitucional ha reiterado en su jurisprudencia que la imposición de la detención preventiva, así como de las demás medidas de aseguramiento, debe ser: i) idónea para evitar la materialización del riesgo identificado (sea fuga, obstrucción de la justicia, peligro para la víctima, etc.); 2) necesaria para evitar su materialización; y iii) proporcional a la magnitud del riesgo en el caso concreto (Sentencia C-327, 1997). Solo según estos criterios puede considerarse que la limitación a la libertad personal durante el proceso es legítima y válida constitucionalmente (Sentencias C-121, 2012; C-1198, 2008; C-774, 2001), ya que, se recuerda, es una privación de la libertad previa a la emisión de la sentencia (Ley 599, 2000, Art. 37, numeral 3). Esta jurisprudencia también ha sido acogida por la Fiscalía General de la Nación mediante la Directiva 0013 de 2016.

Además de lo anterior, la detención preventiva intramural tiene reglas específicas de procedencia que regulan su uso. Así, la detención preventiva solo puede declararse en el caso de ciertos delitos (Ley 906, 2004, Art. 313): i) aquellos de competencia

de los jueces penales de circuito especializado (delitos como genocidio, homicidio agravado o desaparición forzada)<sup>55</sup>; ii) los delitos que puedan ser investigados de oficio (Ley 906, 2004, Arts. 74 y 75) cuando tengan una pena mínima superior a 4 años; iii) por conductas en contra de derechos de autor que sean de gran cuantía; y iv) también procede cuando la persona haya sido capturada por un delito o contravención dentro de los tres años anteriores, salvo que la actuación anterior haya precluido o la persona haya sido absuelta<sup>56</sup>.

Las causales de procedencia de la detención preventiva referentes a la pena mínima de cuatro años y por una captura previa son particularmente problemáticas. Por una parte, el requisito de exigir una pena mínima para la procedencia de la detención preventiva parece ser una regla razonable, toda vez que busca limitar esta medida a los delitos con mayor pena. Sin embargo, debido a la inflación punitiva que ha sufrido el sistema penal colombiano (en particular de las penas mínimas), el número de delitos para el cual es aplicable ha ido en aumento (Cita & González, 2017). Así, según las penas del año 2000, la detención preventiva solo era procedente para el 21,9% de las modalidades delictivas del Código Penal (103 modalidades delictivas de las 471), mientras que para 2016 esta procedía para 390 de las 631 modalidades delictivas, es decir, para un 61,8% de los delitos contemplados en la legislación (Cita & González, 2017).

Pero, por otra parte, la detención preventiva procede contra imputados que hayan sido capturados por un delito o contravención dentro de los tres años anteriores a la nueva captura o imputación, independientemente de la pena mínima o competencia del delito (Ley 906, 2004, Art. 7). Esta medida había sido originalmente creada por la Ley 1142 de 2007, en la cual el tiempo exigido era de 1 año (Art. 26), pero la Ley 1826 del 2017 extendió el periodo a 3 años y estipuló adicionalmente que cuando este

---

55 Estos delitos pueden consultarse específicamente en el Art. 35 del CPP.

56 Art. 313 (Ley 906, 2004), según fue modificado por la Ley 1826 del 12 de enero de 2017, art. 7. Este numeral apareció con la Ley 1142 de 2007, que estipuló el tiempo en 1 año. Luego, la ley 1453 de 2011 amplió el tiempo a tres años, y la Ley 1826 de 2017 aclaró que dichos años son contados a partir de la nueva captura o imputación.

supuesto se cumpla, se entenderá que el capturado representa un peligro futuro para la sociedad (Ley 1826, 2017, Art. 7).

Como puede observarse, esta causal es problemática por varias razones. Primero, porque exige únicamente que se trate de una captura y no una condena en firme —lo que quiere decir que no son reincidentes propiamente (más adelante se aborda el tema de la reincidencia de manera más detallada)—. Segundo, porque establece la procedencia de la detención preventiva no solo para cualquier delito, sino que, además, esta causal se activa por la mera captura, e incluso por una contravención, conductas que incluyen hechos como la riña (Ley 1801, 2016, Art. 201), el hacer ruido en fiestas por la noche que perturben la tranquilidad de los vecinos (Ley 1801, 2016, Art. 202, numeral 3o), entre otras. Y tercero, porque, una vez se cumplen las condiciones de esta causal, se entiende configurada la existencia de un peligro futuro para la comunidad, es decir, da por cumplidas las condiciones para que la Fiscalía pueda solicitar la imposición de una medida de aseguramiento, incluida la detención preventiva.

Todos estos factores permiten concluir que la detención preventiva es una medida que tiene una aplicabilidad amplia desde el plano de diseño normativo. Esto también puede explicar que un porcentaje grueso de la población privada de la libertad en Colombia se encuentra bajo detención preventiva y que esta impacta en el hacinamiento. Según el INPEC (2019), para julio de 2019 el sistema penitenciario y carcelario mantenía un total de 41.330 personas bajo detención preventiva, es decir, un 33,6 % de la población total a cargo de esta institución. Mientras tanto, 30.075 se encontraban en julio de 2019 en detención domiciliaria (INPEC, 2019).

Finalmente, es necesario resaltar que la detención preventiva fue limitada recientemente por la Ley 1760 de 2015 en varios aspectos. Antes de esta ley, la Corte Constitucional había señalado que la detención preventiva no podía ser igual o superior al cumplimiento anticipado de la pena por atentar contra la presunción de inocencia (Sentencia C-634, 2000), pero esta Ley estableció para la detención preventiva una duración máxima de 1 año, prorrogable por la misma duración en el caso

de delitos graves, cuando hay más de 3 imputados, entre otras circunstancias (Ley 1760, 2015, Art. 1).

Esta ley también convirtió a la detención preventiva, por lo menos en principio, en una medida de aseguramiento subsidiaria, la cual procede solo cuando haya sido demostrado que las medidas no privativas de la libertad son insuficientes para prevenir los riesgos de cada una de las causales (Ley 1760, 2015, Art. 1, parágrafo 2). Sin embargo, como se verá más adelante, la subsidiariedad de la detención preventiva parece estar limitada por una disposición que restringe la aplicación de las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad a ciertos delitos, lo que genera una aparente contradicción normativa.

A pesar de lo anterior, como se comentó en el capítulo 2.3 de la primera parte, en 2016 la entrada en vigencia de la duración límite de la detención preventiva se pospuso para el año siguiente (6 de julio de 2017) (Ley 1780, 2016, Art. 5), debido a la preocupación pública de muchos sectores y funcionarios públicos por la excarcelación de un estimado de 25.000 personas (*El Tiempo*, 2016). Con esto, se esperaba la evacuación de procesos durante el año siguiente y evitar la liberación inmediata de estas personas. Sin embargo, dicho proceso de descongestión y avance en los procesos no ocurrió, y la entrada en vigencia de esta disposición generó nuevamente preocupación pública de medios de comunicación y de algunos funcionarios públicos, que propusieron desmontar o aplazar nuevamente los efectos de esta ley (*El Tiempo*, 2017a; *Revista Semana*, 2017b).

Adicionalmente, debe destacarse que en 2018 se expidió la Ley 1908, la cual crea un régimen diferenciado en materia de detención preventiva para miembros de Grupos Delictivos Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados (GAO), además de crear nuevos delitos y crear penas más gravosas por concierto para delinquir (Ley 1908, 2018, Arts. 2-10). Según esta nueva norma, se constituyen como criterios de peligro futuro o riesgo de comparecencia varias circunstancias, como que estos grupos hayan existido más de 2 años, la gravedad de las conductas asociadas con el grupo, el uso de armas letales, si la zona donde operan hace parte de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), cuando el grupo sea de más de 15 personas, el que la persona haya sido capturada o

imputada dentro de los tres años anteriores, que las víctimas sean defensores de derechos humanos o población con especial protección constitucional y la utilización de menores de edad en la comisión de delitos (Ley 1908, 2018, Art. 24).

Por supuesto, un problema importante de esta Ley es que la definición de pertenencia al grupo es relativamente genérica y puede significar un aumento considerable en la duración de la detención preventiva en Colombia. Al definir Grupo Delictivo Organizado, la Ley entiende un grupo de 3 o más personas que tenga una duración “de cierto tiempo”, que actúe de manera concertada para cometer delitos graves y que su fin sea obtener beneficios económicos o materiales, directos o indirectos. Sin embargo, aunque esta ley hace referencia a la Convención de Palermo y se refiere a delitos graves, permite que los delitos no tengan una naturaleza transnacional y también afirma que “se abarcan los delitos tipificados en el Código Penal Colombiano”. Por esto, su aplicación no es clara y puede potencialmente agravar el régimen para parte importante de la población carcelaria —por ejemplo, un grupo de personas dedicadas al hurto de celulares—. Por su parte, la definición de un Grupo Armado Organizado exige que el grupo tenga control territorial para realizar operaciones militares sostenidas y concertadas (Ley 1908, 2018, Art. 2).

En materia de detención preventiva, la Ley 1908 maximizó su uso contra los miembros de estos grupos de varias maneras. Por ejemplo, extendió la duración máxima de la detención preventiva a 3 años en caso de miembros de GDO y a 4 años para miembros de GAO (Ley 1908, 2018, Art. 23). Por su parte, también se ampliaron sustancialmente los términos procesales que, en caso de vencerse, constituían causales de libertad, como la demora entre la imputación y la acusación (de 60 a 400 días), entre la acusación y la audiencia de juicio (de 60 a 500 días), y se estableció un término máximo entre la audiencia de juicio y la emisión del fallo (de 500 días) (Ley 1908, 2018, Art. 25). Más aún, la solicitud de causal de libertad por vencimiento de estos términos o la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento solo se puede presentar en el municipio o ciudad donde se formuló la imputación, es decir, ante la misma autoridad que la impuso (Ley 1908, 2018, Art. 23 y 25).

Aunque la limitación temporal de la duración de la detención preventiva fue, sin duda, una reforma positiva, los impactos reales de esta reforma son dudosos, aún más cuando se tiene en cuenta que la Ley 1908 de 2018 habilitó el uso prolongado de la detención preventiva sobre ciertas personas. Según datos del INPEC (2019), para julio de 2019 cerca de 17.748 personas llevan más de 10 meses bajo detención preventiva (el 43,0 % de la población detenida). De estas, 2193 personas llevan detenidas entre 26 y 35 meses, y 3432 personas más de tres años.

## 2.2. Las medidas alternativas a la detención preventiva

La legislación procesal penal colombiana contempla un amplio número de figuras jurídicas que pueden considerarse como medidas alternativas a la detención preventiva, pero parecen no ser muy utilizadas. La gran mayoría de estas están establecidas en la legislación como medidas de aseguramiento no privativas de la libertad, las cuales pueden imponerse de manera autónoma, pero también pueden sustituir la detención preventiva intramural cuando esta supera su duración máxima. Otras, como la detención hospitalaria (que reemplaza la detención preventiva intramural para permitir el cuidado hospitalario de la persona detenida) y la domiciliaria (que permite la reclusión en el domicilio del imputado) son medidas de aseguramiento que solo proceden como formas sustitutivas de la detención intramural.

A continuación, la tabla 1 muestra las medidas de aseguramiento que pueden considerarse como medidas alternativas a la detención preventiva. Estas son la detención domiciliaria y hospitalaria (medidas alternativas al encarcelamiento), y las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad (medidas alternativas a la privación de la libertad). Se aclara que, debido a la amplia gama de medidas no privativas de la libertad, en la tabla no se especifica el nombre de cada una, sino que, para mayor claridad, se clasifican de acuerdo con su naturaleza, según sean obligaciones, prohibiciones o de otro tipo.

Las medidas alternativas con las cuales cuenta el sistema penal colombiano responden a principios y lógicas muy diferentes. La gran mayoría de estas son de algún tipo de vigilancia

TABLA 1. MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA DETENCIÓN PREVENTIVA

Naturaleza de la medida	Efecto	Requisitos
Obligaciones	<p>Puede imponerse la obligación de:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Llevar un mecanismo de vigilancia electrónica.</li> <li>- Someterse a la vigilancia de una persona o institución.</li> <li>- Presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez o una autoridad designada.</li> <li>- Observar buena conducta individual, familiar y social.</li> </ul>	<p>Cumplir con la finalidad general establecida para las medidas de aseguramiento.</p> <p>Adicionalmente, para que puedan aplicarse de manera autónoma, se requiere que la pena mínima de prisión sea inferior a 4 años, que se trate de un delito querellable, o que no sea un delito con pena de prisión —aunque este requisito es establecido por una disposición legal que no es clara.</p>
Prohibiciones	<p>Puede imponerse la prohibición de:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Salir del país, del lugar territorial de residencia o de otro ámbito territorial.</li> <li>- Concurrir a determinadas reuniones o lugares.</li> <li>- Comunicarse con determinadas personas o con las víctimas (dentro del ejercicio del derecho a la defensa).</li> </ul>	<p>El incumplimiento de las obligaciones derivadas implicará la imposición de medidas de aseguramiento adicionales, o incluso de la detención preventiva intramural.</p>
Caución económica	<p>Consiste en la prestación de una garantía económica por parte del imputado o por parte de otra persona. Puede ser depósito de dinero, valores, prenda, hipoteca o la fianza.</p>	

Naturaleza de la medida	Efecto	Requisitos
Sustitución por detención domiciliaria	<p>El imputado puede recibir esta medida de manera sustitutiva a la detención privativa de la libertad, una vez se cumplen con ciertos requisitos, los cuales son los mismos de la sustitución de la pena privativa de la libertad intramural por la prisión domiciliaria. Cuando se cumplan, la persona con medida de aseguramiento será privada de su libertad en el domicilio y tendrá permisos específicos para tener controles de salud, trabajar, etc., según el caso.</p> <p>Esta forma de sustitución puede ir acompañada de obligaciones de no cambiar de residencia, concurrir ante autoridades cuando sea requerido o someterse a vigilancia electrónica o de una persona o institución.</p> <p>El incumplimiento de las obligaciones de estas medidas implicará la imposición de medidas de aseguramiento adicionales, o incluso de la detención preventiva intramural.</p>	<p>Se puede imponer de manera sustitutiva cuando (Ley 599, 2000, Art. 38):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Se trata de delitos con una pena mínima de 8 años o menos.</li> <li>- Es suficiente para cumplir los fines de las medidas de aseguramiento.</li> <li>- El imputado sea mayor a 65 años y, por la naturaleza del delito, sea viable.</li> <li>- Sea una madre gestante</li> <li>- Si la imputada es madre cabeza de familia y tiene bajo su cuidado a un menor de edad o a una persona con discapacidad permanente.</li> </ul> <p>Esta sustitución requiere la prueba de varias circunstancias, dependiendo de cada una de las causales. Como requisito adicional, debe tratarse de delitos que no estén excluidos de este beneficio.</p>
Sustitución por detención hospitalaria	<p>Se impone la detención en la residencia o en un centro hospitalario cuando el acusado padece de enfermedad grave.</p>	<p>Requiere prueba de la enfermedad y la necesidad de la atención hospitalaria fuera de la cárcel.</p>

Fuente: elaboración propia con base en el Código Penal, Artículo 38, y Código de Procedimiento Penal, Artículos 307 al 320.

judicial, de autoridades carcelarias o policiales (la vigilancia electrónica, la obligación de reporte periódico ante la autoridad judicial), o el cumplimiento de una obligación o prohibición específica (como la prohibición de salir del país o de algún territorio). También existen dos alternativas al encarcelamiento que implican la privación de la libertad en otro lugar (la detención domiciliaria u hospitalaria), y la caución es la única medida económica que consiste en el pago de un depósito que asegure la comparecencia. Por su parte, solo existe una obligación que podría considerarse como una medida alternativa de naturaleza comunitaria, que es en la cual se asigna la vigilancia a una “persona o institución”.

A pesar de su consagración legal, las medidas alternativas no son muy utilizadas de manera independiente, es decir, como formas de cautelar el proceso penal sin necesidad de imponer la privación de la libertad. Según el INPEC (2019), para julio de 2019 33,6% de la población total a cargo de esta institución estaba bajo detención preventiva (41.330 personas), mientras que 30.075 se encontraban en detención domiciliaria y solo 1135 bajo vigilancia electrónica. Estos datos muestran que, cuando se considera que es necesario imponer una detención privativa de la libertad, suele utilizarse más a menudo la detención intramural que la domiciliaria o la vigilancia electrónica, incluso en las condiciones actuales de hacinamiento.

Por su parte, no existen datos disponibles que permitan identificar cuantas personas han tenido libertad bajo caución, libertad vigilada por autoridad judicial u otra institución, u otras medidas de aseguramiento no privativas de la libertad. Esta ausencia de datos, que es un problema en sí mismo, sugiere que estas medidas no suelen ser utilizadas y que no existen mecanismos institucionales que permitan garantizar su adecuado funcionamiento como medidas de aseguramiento (por ejemplo, vigilancia efectiva de las personas dejadas en libertad).

El poco uso de las medidas alternativas a la detención preventiva puede explicarse, en parte, debido a problemas de orden jurídico y a problemas de orden institucional. Como se verá a continuación, la legislación penal actual cuenta con ambigüedades y reglas restrictivas que limitan de manera importante la aplicabilidad jurídica de las medidas alternativas. Además,

existe una serie de obstáculos y debilidades institucionales que restringen la viabilidad de las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad como formas de cautelar de manera eficiente el proceso penal.

### *a) Obstáculos jurídicos*

En términos generales, los obstáculos jurídicos pueden resumirse en tres: i) la legislación sobre las medidas de aseguramiento, a pesar de contar con principios generales de orden constitucional y legal, es contradictoria y ambigua; ii) la pena asignada al delito que se imputa y su naturaleza son utilizados como un criterio de procedencia de las medidas de aseguramiento diferentes a la detención preventiva intramural; y iii) la tendencia general hacia evaluar la peligrosidad del procesado como criterio para imponer la privación de la libertad preventiva.

#### *– Limitaciones excesivas al uso de medidas de aseguramiento diferentes a la detención preventiva por tipo de delito y magnitud de la pena*

El primer obstáculo jurídico consiste en que, por regla general, las medidas alternativas encuentran limitaciones debido a la naturaleza del delito imputado y también por la magnitud de pena. Así, el Artículo 314 (parágrafo) del Código de Procedimiento Penal, adicionado por la Ley 1474 de 2011, excluye de manera expresa la aplicación de la sustitución de la detención preventiva por detención domiciliar para una lista de delitos, siendo, en términos generales, delitos graves<sup>57</sup>. Sin embargo, esta prohibición tiene dos problemas.

Primero, desde un punto de vista constitucional, este sistema de exclusión toma en cuenta el delito imputado por la Fiscalía como una causal para evitar que se utilicen medidas alternativas, pero esto entra en contraposición con la presunción de inocencia, pues al imputado no se le ha demostrado su

---

57 Entre estos se encuentran los delitos que son competencia de jueces penales del circuito especializados (como homicidio agravado, lesiones personales, delitos contra el DHH, desaparición forzada, o tortura), así como el acceso carnal o actos sexuales con incapacidad de resistir o la violencia intrafamiliar.

responsabilidad penal sobre dicha conducta. En este sentido, resulta poco justificado que se tome en cuenta la calificación jurídica de la Fiscalía como criterio para excluir a una persona de recibir la detención domiciliaria, pues no tendría relación con la prueba y valoración de los riesgos y finalidades que gobiernan las medidas de aseguramiento.

Segundo, este sistema de exclusión incluye delitos que no comparten el grado de lesividad social de los delitos graves, como lo son el hurto calificado, el porte de estupefacientes o el porte ilegal de armas, que parecen no tener la lesividad de otros delitos excluidos, como el homicidio, genocidio y similares. Como se verá más adelante, este es uno de los aspectos que materializan la subordinación de la política criminal a la política de seguridad.

Adicionalmente, la procedencia de la sustitución de la detención preventiva por domiciliaria también se encuentra limitada por la magnitud de la pena. La posibilidad de sustituir la detención preventiva existía previamente en el Artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, y no tenía limitaciones por magnitud de la pena. En cambio, podía sustituirse cuando: i) los fines previstos para la medida de aseguramiento estuvieran satisfechos con la reclusión domiciliaria, ii) en el caso de adultos mayores cuya reclusión intramural no fuera aconsejable, iii) en el caso de una madre gestante o madre durante 6 meses posteriores al parto, iv) por enfermedad del imputado, y v) en el caso de madres cabeza de familia con hijo menor de edad o con discapacidad.

Sin embargo, la Ley 1709 de 2015 modificó el Artículo 38 del Código Penal (no el de Procedimiento Penal) y agregó el siguiente párrafo:

**Parágrafo.** La detención preventiva puede ser sustituida por la detención en el lugar de residencia en los mismos casos en los que procede la prisión domiciliaria. En estos casos se aplicará el mismo régimen previsto para este mecanismo sustitutivo de la prisión (Ley 599, 2000, Parágrafo del Art. 38).

Así, dado que la prisión domiciliaria puede ser concedida únicamente para delitos cuya pena mínima sea de 8 años, este

requisito parece ser aplicable a la detención preventiva —lo cual limitó, *de facto*, la posibilidad de aplicación de esta en casos en los que se considera que no es necesaria, pero el delito tiene una pena mínima superior a 8 años<sup>58</sup>.

Esto ha hecho que la procedencia de la detención domiciliaria sea particularmente vulnerable a los aumentos punitivos de las penas mínimas que, según reporta el Ministerio de Justicia y del Derecho, han sido significativos desde la expedición del Código Penal. Por ejemplo, los delitos asociados con el porte de armas han tenido un aumento de su pena mínima del 800 % entre 2000 y 2016, y el favorecimiento al contrabando, del 500 % en el mismo periodo (Cita & González, 2017).

Además, lo anterior creó un sistema de exclusiones concurrente, dado que la sustitución de la pena por prisión domiciliaria por pena baja se encuentra limitada por el Artículo 68A del Código Penal (que, como se verá, excluye de beneficios a personas que hayan sido condenadas por delitos dolosos en los 5 años anteriores, o que se trate de delitos graves, pero la lista incluye delitos de una lesividad mucho menor).<sup>59</sup> Por lo tanto, a la detención domiciliaria le parecen aplicar dos sistemas de exclusión: el del Artículo 68A del Código Penal y el del Parágrafo 1 del Artículo 314 del Código de Procedimiento Penal. Además, se puede incluir un tercer régimen de exclusión aplicable, contenido en el Código de la Infancia y la Adolescencia, que prohíbe la sustitución de la medida cuando el delito imputado se haya cometido contra un niño, niña o adolescente (Ley 1098, 2006, Art. 199, numeral 2).

Por supuesto, esta prohibición general podría ser considerada inconstitucional o inválida en el marco de una interpretación sistemática de la normatividad. En esta línea, la Corte Constitucional consideró en su Sentencia C-318 del 2008 que la prohibición definitiva y automática de la sustitución de la

---

58 Es decir, según la causal 1 del Art. 314 del Código de Procedimiento Penal.

59 Debe mencionarse que la exequibilidad de este inciso fue demandada ante la Corte Constitucional, pero esta se consideró inhibida por ineptitud sustantiva de la demanda (Corte Constitucional. Sentencia C-646, 2016).

detención preventiva no responde al principio de necesidad de las medidas de aseguramiento. Por esto, la Corte declaró constitucional la prohibición de sustitución, siempre y cuando se entienda que, si la detención domiciliaria cumple con los fines de la medida de aseguramiento, el juez podría decretarla independientemente del delito. Sin embargo, en esta decisión la Corte abrió esta posibilidad refiriéndose solo a los casos de madres gestantes, madres cabeza de familia con personas a su cargo, o los casos de sustitución por enfermedad grave, por lo cual el régimen de prohibición automática se mantiene en los casos en los que estas causales no se configuran, pero la detención intramural se considera innecesaria (Sentencia C-318, 2008).

Por esto, el Artículo 68A fue posteriormente modificado, y se incluyó un tercer inciso que establece que:

Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del Artículo 314 de la Ley 906 de 2004 (Ley 599, de 2000, Art. 68ª).

Sin embargo, el numeral 1 del Artículo 314, que contempla la sustitución para el caso en el cual la reclusión domiciliaria es suficiente para cumplir los fines de las medidas de aseguramiento, no fue incluido en el párrafo del Artículo 68A ni en la sentencia C-318 del 2008. Lo anterior, además de agregar otro ejemplo que ilustra la complejidad caótica y ambigua de la legislación penal en esta materia, evidencia que la sustitución por detención domiciliaria parece estar prohibida por dos regímenes de exclusión a la vez —paradójicamente, solo en la causal 1 del Artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, que permite la sustitución de la detención intramural por domiciliaria cuando esta última se considera suficiente y la primera innecesaria—.

– *La falta de claridad de la legislación sobre la procedencia de las medidas alternativas*

El segundo obstáculo jurídico, más general que el anterior, es que el sistema está construido de tal forma que la detención preventiva intramural procede para la gran mayoría de casos

(Cita & González, 2017), mientras que la ambigüedad y falta de claridad de la legislación que habilita la imposición de medidas alternativas dificulta su uso, lo que, a su vez, incentiva que los funcionarios judiciales utilicen la medida que tiene menos obstáculos (la detención preventiva) y menos requisitos.

Un primer ejemplo de la forma antitécnica de la legislación se encuentra en la detención domiciliaria, la cual se encuentra consagrada como una medida de aseguramiento sustitutiva. Esto quiere decir que, por lo menos en principio, esta medida parece aplicar solo en los mismos casos en los que puede reemplazarse la pena de prisión por prisión domiciliaria, es decir, que el delito tenga contemplada una pena mínima de 8 años y en los que el detenido demuestre arraigo familiar (Ley 599, 2000, Art. 38, parágrafo), o en casos especiales en los que la reclusión afecta de manera importante la salud del detenido o es mayor de 65 años, entre otros (Ley 906, 2004, Art. 314). Así, esto parece indicar que, de no cumplirse estos requisitos, la medida de aseguramiento deberá ser la detención intramural.

Otro ejemplo de este problema es la ambigüedad interpretativa alrededor de la procedencia de las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad contenida en el Artículo 315 del Código de Procedimiento Penal, que parece estar en contravía de los principios constitucionales. Según esta disposición,

Cuando se proceda por delitos cuya pena principal no sea privativa de la libertad, o por delitos querellables, o cuando el mínimo de la pena señalada en la ley no exceda de cuatro (4) años, satisfechos los requisitos del Artículo 308, se podrá imponer una o varias de las medidas señaladas en el Artículo 307 literal B (las medidas no privativas de la libertad), siempre que sean razonables y proporcionadas para el cumplimiento de las finalidades previstas (Ley 906, 2004, Art. 315).

Como se puede observar, el Artículo 315 parece habilitar la imposición de las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad solo en ciertas circunstancias (dependiendo de la naturaleza de la pena, si esta es inferior a 4 años de prisión, o si el delito es querellable). Por supuesto, esta interpretación literal va en contravía de los principios de idoneidad, proporcionalidad

y necesidad de las medidas de aseguramiento. Así, bajo una interpretación sistemática es posible argumentar que esta disposición no limita su aplicación según la pena<sup>60</sup>, pues contraría los principios constitucionales y hace inocuo el requisito de procedencia según el cual la detención preventiva intramural solo procede cuando se demuestre plenamente la insuficiencia de las demás medidas de aseguramiento (Ley 1760, 2015, Art. 1). También es posible considerar este artículo fue derogado implícitamente por la Ley 1760 de 2015 o la 1786 de 2016, ya que sería contraria al carácter subsidiario de la detención preventiva, que utilizaron la derogatoria usual de “todas las disposiciones que le sean contrarias” (Ley 1760, 2015, Art. 5; Ley 1786, 2016, Art. 5). Sin embargo, esto ilustra la forma confusa en la que el sistema de medidas de aseguramiento ha sido diseñado.

Finalmente, el último ejemplo que muestra la falta de coherencia y sistematicidad de la legislación es la existencia de múltiples sistemas de exclusión que prohíben la procedencia de medidas alternativas a la detención preventiva. Como se mencionó, estas reglas están contenidas en leyes distintas y están desarticuladas, por lo que establecer con claridad a qué casos aplican y a cuáles es difícil<sup>61</sup>.

*– La peligrosidad como criterio para limitar las medidas alternativas a la detención preventiva*

El tercer problema identificado es que, por regla general, la legislación procesal penal regula el régimen de medidas de aseguramiento según la “peligrosidad” del individuo procesado. El primer y más evidente ejemplo de esto es que las medidas de aseguramiento, como se expuso más arriba, pueden imponerse para cumplir tres finalidades, dos de las cuales son las

---

60 Esta lectura sistemática es sostenida, por ejemplo, por la citada Directiva 0013 de 2016 de la Fiscalía General de la Nación, la cual, a pesar de ser consistente con los principios constitucionales, no es vinculante para los fiscales, quienes gozan de autonomía para adelantar sus casos.

61 A saber, el párrafo del Artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, la posible aplicación del Artículo 68A del Código Penal y la exclusión del Artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

tradicionales de la privación de la libertad preventiva o cautelar (evitar la fuga o la obstrucción de la investigación), y la tercera consiste en la peligrosidad del procesado. Si bien las dos primeras tienen problemas en la práctica de los funcionarios judiciales colombianos (por ejemplo, que suelen argumentar el riesgo de fuga debido a la magnitud de la pena del delito) (Ley 906, 2004, Art. 312, numeral 2), el peligro representado por el procesado para la comunidad y para la víctima es una causal que depende de la evaluación de conductas futuras por parte del fiscal y del juez en el proceso. Una evaluación de este tipo se acerca a una valoración de las características personales del individuo y no, siguiendo los postulados del derecho penal moderno, en factores objetivos.

Sin embargo, esta evaluación de la peligrosidad del individuo no solo existe como un criterio para imponer medidas de aseguramiento, sino que se cristaliza en las disposiciones relativas a la gravedad del delito o por las capturas previas por contravenciones o delitos. Así, el sistema de exclusiones por el tipo de delito parece fundarse en que, debido a la gravedad de las conductas imputadas, el procesado representa un mayor peligro para la sociedad o la víctima. Este tipo de valoración también se encuentra en el Artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, el cual establece que el juez deberá tener en cuenta, además de las causales mencionadas anteriormente (que incluyen el número de conductas y la naturaleza del delito), “[...] la gravedad del hecho y la pena imponible” (Ley 906, 2004, Art. 310).

A pesar de que la Ley 1760 de 2015 intentó evitar que la calificación jurídica de la conducta fuera usada como único requisito para imponer una medida de aseguramiento (Ley 906, 2004, Art. 308, parágrafo, según fue agregado por el artículo 2 de la Ley 1760 de 2015.), la Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil a la Sentencia T-388 de 2013 (2018) encontró en una revisión de diferentes autos que la calificación jurídica, la magnitud de la pena (para justificar la fuga) y otros argumentos peligrosistas siguen siendo usados por fiscales y jueces para sustentar la imposición de la detención preventiva. Estos argumentos no son problemáticos solo por ser argumentos débiles para justificar la imposición de la medida (pues son argumentos

formales y que no se sustentan en información objetiva), sino también porque son cercanos a una visión del derecho penal de autor en el cual la seguridad debe primar sobre las garantías de la persona procesada.

Por supuesto, el criterio del peligro es problemático, mas no del todo irrazonable. En principio, dado que las medidas de aseguramiento se imponen luego de la formulación de imputación, se entiende que la Fiscalía tiene evidencia suficiente para creer razonablemente que el imputado es el autor de la conducta imputada —base probatoria que aumenta una vez se llega a la fase de acusación—. De este modo, parece que sí hay razones para considerar que la naturaleza de la conducta es un indicador de la potencial peligrosidad. La Corte Constitucional ha considerado en su jurisprudencia que esta causal, además, es materialización del deber del Estado de salvaguardar derechos cuando hay razones fundadas para creer que están en peligro:

La protección de la comunidad, como concepto general, encuentra un robusto fundamento constitucional en los principios y fines esenciales del Estado [...]. Esto quiere decir que cuando se invoca la protección de la comunidad para decretar la medida de aseguramiento se pretende en realidad proteger derechos que, a partir de una seria inferencia, se encuentran en posibilidad concreta y efectiva de ser menoscabados (subrayado fuera del texto) (Sentencia C-469, 2016).

En concordancia con lo anterior, el peligro para la comunidad puede considerarse como una causal suficiente para restringir el derecho a la libertad individual (incluso limitando, en este sentido, el derecho a la presunción de inocencia) dada la primacía del interés general sobre el particular consagrada en la Constitución Política (1991, Arts. 1).

Sin embargo, esta causal es problemática porque no es claro cómo debe graduarse y valorarse este tipo de riesgos para configurar una “seria inferencia”, y más aún para acoplarse a la proporcionalidad que debe guardar detención preventiva y sus medidas alternativas respecto del riesgo inferido. En la actualidad, estos juicios dependen en gran medida de la valoración subjetiva del fiscal y del juez de estos riesgos, situación que es

susceptible a empeorar cuando existen presiones mediáticas o cuando los funcionarios judiciales usan argumentaciones débiles (Bernal & La Rota, 2013).

Adicionalmente, debe señalarse que la configuración automática del riesgo por peligrosidad en el caso de haber ocurrido una captura dentro de los tres años anteriores por cualquier delito o contravención no solo entra en pugna directa con la presunción de inocencia, sino que la destruye (Ley 906, 2004, Art. 7). Esto se debe a que esta disposición establece de entrada la peligrosidad del procesado por la mera captura (la cual puede darse por error o en casos de homonimia), y no está atada a la responsabilidad penal y es, en general, un indicador de culpabilidad mucho más débil que la imputación o la acusación. Más aún, si se tiene en cuenta que las contravenciones incluyen conductas muy poco lesivas (como riñas o conflictos vecinales), los dos criterios (la captura y su contenido) no son bases razonables que permitan inferir que es necesario utilizar medidas de aseguramiento, y menos aún un criterio razonable para utilizar la detención preventiva.

Por lo anterior, una forma razonable de identificar la peligrosidad no es la identificación de la mera captura o de las conductas imputadas, sino una valoración propia del comportamiento de la persona y si presenta patrones violentos, si tiene apoyo de organizaciones que puedan ejercer violencia o presiones, entre otros, en donde se pueden incluir condenas (no capturas ni imputaciones) previas. Una evaluación de este tipo requiere, por este motivo, el uso de información objetiva sobre la persona —un aspecto que es uno de los obstáculos institucionales para el adecuado funcionamiento de las medidas alternativas a la detención preventiva—.

La Ley 1908 de 2018 también introdujo algunos criterios problemáticos para determinar la peligrosidad y el riesgo de fuga, incluso si su motivación —identificar y diferenciar los fenómenos de crimen organizado y distinguirlos de criminalidad ordinaria— puede verse como positiva. Por una parte, esta Ley introdujo criterios para determinar el peligro para la comunidad y el riesgo de fuga que son sin duda válidos, tales como el uso de armas letales por la organización, la gravedad de las conductas que cometen y el tamaño del grupo. Sin embargo,

esta lista también incluye criterios dudosos como la captura o imputación del sujeto durante los 3 años anteriores o el que el grupo haya existido por más de dos años, ambos criterios que no son bases razonables para determinar la existencia del riesgo de fuga o la peligrosidad (Ley 1908, 2018, Art. 24).

Pero, por otra parte, la Ley 1908 de 2018 también tiene una definición amplia y poco clara de los GDO, lo que puede hacer que sea aplicable a un grupo amplio de personas procesadas. Dentro de la definición de GDO cabe cualquier grupo criminal de más de tres personas que cometan “delitos graves” para obtener beneficios económicos materiales de manera directa o indirecta y que dure un “cierto tiempo”. Sin embargo, la Ley no aclara qué se entiende por delitos graves, pero sí dice que se abarcarán los delitos de la Convención de Palermo, incluso cuando no sean transnacionales, y los delitos tipificados en el Código Penal, es decir, todos los delitos (Ley 1908, 2018, Art. 2).

Por este motivo, esta definición puede aplicar no solo a organizaciones criminales que utilizan violencia organizada, que cuentan con fuentes importantes de recursos y que cuentan con la posibilidad de atentar fácilmente contra el proceso penal, sino también a pequeñas organizaciones, como grupos pequeños de venta de drogas o pequeñas pandillas dedicadas al hurto callejero. En este sentido, aunque la identificación de fenómenos de crimen organizado es relevante para utilizar la detención preventiva y asegurar una efectiva administración de justicia, los criterios no pueden ser tan amplios que cualquier grupo de personas acusadas de un delito puedan considerarse una organización criminal. Por el contrario, el tamaño y el historial criminal del grupo, sus recursos económicos, el tamaño de su armamento y su capacidad de utilizar violencia organizada sí son factores que permiten diferenciar entre grupos criminales ordinarios o de bajo perfil y fenómenos de delincuencia organizada que pueden poner en riesgo la administración de justicia.

#### *b) Obstáculos institucionales*

En cuanto a los problemas de orden institucional, es posible identificar tres problemas. El primero y más grave es la ausencia de infraestructura institucional que permita la viabilidad

de las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad, sobre todo en dos aspectos: i) la ausencia de mecanismos de recolección de información que permita a fiscales y jueces valorar los riesgos de fuga, obstrucción de la justicia y peligro para la comunidad o víctima de manera objetiva, y ii) la falta de la capacidad y de mecanismos que hagan viable la aplicación de medidas alternativas para el cumplimiento de las finalidades cautelares.

*– Ausencia de mecanismos de recolección de información  
objetiva sobre riesgos de fuga, obstrucción  
o peligro para la comunidad*

El primero de estos problemas se debe a que, en principio, los fiscales y los jueces no son funcionarios adecuados para evaluar la probabilidad o el riesgo de que un individuo no comparezca al proceso, vaya a obstruir el proceso penal o represente un peligro para la comunidad o la víctima. Esto se debe a varias razones, que incluyen su formación como abogados, la relativa vulnerabilidad y falta de independencia de los fiscales y jueces de diferentes actores (medios de comunicación, contrapartes, superiores, etc.), la práctica o cultura profesional en la que los funcionarios se encuentran inmersos y su capacidad para recoger información objetiva sobre los riesgos y valorarla.

Por una parte, debe señalarse que los jueces y fiscales suelen tener presiones para imponer la detención preventiva. Según Bernal y La Rota (2013), estos funcionarios enfrentan presiones mediáticas y de opinión pública para decretar la detención preventiva en casos que reciben mucho cubrimiento, o incluso en casos en los que entidades del Ejecutivo piden la imposición de esta medida como una forma de garantizar la seguridad ciudadana. Estos autores también documentan presiones sobre estos funcionarios como la apertura de procesos disciplinarios o penales cuando no solicitan o niegan la imposición de la detención preventiva.

Por otra, en esto también pueden influir factores más generales de la cultura profesional de jueces y fiscales, así como de la sociedad en general. Bernal y la Rota (2013) señalan que en Colombia suele confundirse en el ideario colectivo la detención preventiva con una forma de “éxito” o “eficacia” de la

investigación (en casos extremos, como medida de la “impunidad”). También señalaron que, en algunos casos, la detención preventiva parece ser utilizada como una herramienta de presión sobre la contraparte para incentivar la celebración de un preacuerdo o aceptación de cargos, e incluso como una forma de sanción anticipada. En todo caso, otro factor que puede influir en el relativo poco uso de las medidas alternativas a la detención preventiva es la percepción de su falta de efectividad para asegurar la comparecencia del procesado, o la falta de infraestructura que las haga medidas viables.

Finalmente, realizar un examen adecuado de los riesgos de fuga, obstrucción o peligro para la víctima requiere la evaluación de muchos factores del individuo en cuestión, información que fiscales y jueces suelen no recoger y suelen no estar capacitados para valorar. Por ejemplo, la evaluación del nivel de arraigo familiar o social que tenga el imputado, su tendencia a responder o no frente a las responsabilidades, sus datos de contacto, o incluso su estado psicológico son todas variables que pueden afectar estos riesgos. Sin embargo, los argumentos que sustentan las detenciones preventivas se basan no en información objetiva sino en argumentos débiles. Por ejemplo, la Comisión de Seguimiento a la Sentencia T-388 documentó casos en los que la detención preventiva se basa en la gravedad del delito, en la magnitud de la pena o argumentos peligrosistas, y Bernal y La Rota (2013) muestran casos en los que se utilizan los recursos económicos del procesado como prueba del peligro de fuga o la mera reunión con testigos como forma de obstrucción a la justicia.

Por esta razón, como se verá más adelante, países como Estados Unidos, Inglaterra o México cuentan con agencias especializadas que prestan servicios previos al juicio. Estos servicios suelen consistir en la recopilación y valoración de información relevante para valorar el riesgo de fuga, no comparecencia, obstrucción de la justicia (y en algunos casos, de la peligrosidad, lo que no deja de ser problemático) por parte de oficiales especialmente entrenados para esta tarea. Con dicha información, las agencias construyen conceptos no-vinculantes que son presentados al ente acusador o al juez, en los cuales

valora el riesgo de fuga, no comparecencia o de incurrir en conductas delictivas del imputado, e incluso recomendar las medidas viables y más idóneas para manejar los riesgos hallados. En algunos casos, estas mismas agencias suelen tener programas de vigilancia o de seguimiento a los procesados para asegurar su comparecencia.

– *Ausencia de capacidad institucional para garantizar la efectividad de las medidas no privativas de la libertad*

El segundo problema es que las capacidades institucionales son insuficientes para implementar de manera efectiva las medidas alternativas a la detención preventiva, de forma que estas puedan ser utilizadas como formas viables para cautelar el proceso penal. Por ejemplo, el INPEC es la entidad encargada de administrar y vigilar a la población que se encuentra en reclusión domiciliaria, pero es común que se hagan reportajes en los que personas bajo reclusión domiciliaria son capturadas por estar cometiendo delitos (*El Tiempo*, 2017d), incluso aquellos que estaban con vigilancia electrónica (*El Tiempo*, 2018d).

Como lo reportó recientemente un informe del Grupo de Prisiones de la Universidad de los Andes, para marzo de 2017 la Cárcel la Modelo en Bogotá (que tenía una población privada de la libertad de 4856) contaba con un personal de 412 guardias para la custodia y vigilancia. Sin embargo, solo 2 de estos guardias eran los encargados de pasar revista y hacer seguimiento a las 1656 personas en algún tipo de detención extramural asociados con este establecimiento (Grupo de Prisiones, 2018).

Esta debilidad institucional intentó ser resuelta en el Proyecto de Ley 148 de 2016, el cual pretendió habilitar legalmente a la Policía Nacional para vigilar el cumplimiento de medidas como estas. Por su parte, en Colombia no existen agencias o entidades que estén especializadas o encargadas de tener programas de vigilancia o supervisión en libertad (en otros países, el sistema de *probation*). Como se verá, esta es una de las formas principales en las cuales otros países han logrado reducir el uso de la detención durante el proceso penal de manera efectiva, limitándola solo a los casos en los que esta es necesaria.

### 3. La pena de prisión y sus medidas alternativas en Colombia

La pena de prisión, a pesar de ser solo una de las formas con las cuales el Estado puede investigar y sancionar el delito, es hoy la sanción predominante en el sistema colombiano, y la inflación punitiva ha aumentado no solo la preponderancia de su rol en el sistema penal, sino también la magnitud con la cual esta se aplica sobre la persona condenada. Por esto, si bien la detención preventiva tiene un impacto significativo en la crisis carcelaria y en el hacinamiento, la utilización de la prisión como pena se mantiene como uno de los aspectos determinantes de la crisis: esta no solo es vista como una herramienta de seguridad con la cual se “saca de circulación” a las personas peligrosas, sino también como la única pena que “realmente” sanciona el delito, que tiene un efecto disuasivo o que constituye la “justa retribución” por la infracción de la ley.

Pero, a diferencia de la distorsión que ha sufrido la detención preventiva, la inflación punitiva ha llegado a desnaturalizar el uso, las finalidades y los principios que gobiernan la prisión en Colombia. Así, en vez de ser un mecanismo que padece de criterios problemáticos o causales mal diseñadas, la pena de prisión ha sufrido de manera directa el influjo de la inflación punitiva, de modo que se ha convertido en una sanción que no persigue su fin constitucional (la resocialización), que es utilizada de manera desproporcionada sobre delitos según criterios de seguridad y no por la lesividad real de la conducta criminal (como los delitos de drogas o el hurto callejero), y que trae consigo penas adicionales como la violación de la dignidad humana y la estigmatización. Mientras tanto, las penas alternativas y otras medidas no privativas de la libertad, las cuales ofrecen otras formas de abordar, sancionar y corregir el delito, son cada vez menos utilizadas (Cita & González, 2017).

En este capítulo se analizarán la pena de prisión y sus medidas alternativas a la luz del diseño normativo del sistema penal, la forma en la que la inflación punitiva ha afectado su funcionamiento dentro del sistema penal y los obstáculos que las medidas alternativas enfrentan para ser utilizadas de una manera adecuada, ya sean penas alternativas, medidas

alternativas totales (aquellas que reemplazan la pena de prisión totalmente) o medidas alternativas parciales.

### 3.1. La pena de prisión en Colombia

El Código Penal define la privación de la libertad en prisión como una pena principal, por lo que esta no depende de la imposición de otra pena, como es el caso de las penas accesorias que suelen acompañarle (por ejemplo, la pérdida de derechos políticos) (Ley 599, 2000, Art. 34). La prisión solo puede ser ejecutada mediante sentencia condenatoria por la comisión de delitos prohibidos expresamente en la ley cuando el sujeto es hallado penalmente responsable (es decir, no es inimputable, y se encuentra demostrada su responsabilidad objetiva y subjetiva en la comisión de la conducta), y su ejecución está a cargo de las autoridades penitenciarias bajo la dirección del INPEC (Ley 906, 2004, Art. 459).

El Artículo 4 del Código Penal adscribe al sistema colombiano a una visión mixta del fin de la pena, según el cual la finalidad del castigo es la retribución justa, la prevención general y la especial, con especial atención a la reinserción social del condenado (Ley 599, 2000, Art. 4). Sin embargo, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los diferentes fines de la pena se encuentran distribuidos en diferentes fases de la política criminal que los agotan respectivamente: mientras la tipificación de la pena correspondiente a cada delito cumple la finalidad de prevención general, la declaración judicial de la responsabilidad del procesado cumple la finalidad retributiva, y la ejecución de la pena de prisión se encuentra cumpliendo exclusivamente finalidades resocializadoras (Sentencias C-430, 1996; C-806, 2002; T-718, 2015, entre otras).

A partir de esta interpretación de la Corte Constitucional, la privación de la libertad como forma de castigo (Ley 65, 1993, Art. 9) se fundamenta únicamente por la resocialización<sup>62</sup>. En el

---

62 Vale la pena destacar que, en la jurisprudencia constitucional, no se excluye de manera específica la inocuización del delincuente (prevención especial negativa) como fin de la pena de prisión, aunque solo menciona el fin resocializador como su fin especial (es decir, la prevención especial positiva).

mismo sentido, la Comisión Asesora de Política Criminal (2012) ha considerado que: “[l]as penas privativas de la libertad, como forma de reacción estatal contra el delito, están legitimadas en razón del fin resocializador que se le asigna como principal, tanto en las legislaciones internas como en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos” (p. 65) (Subrayado fuera del texto).

Además de fundarse en la idea de resocialización como el fin esencial de la pena de prisión, el sistema penitenciario en Colombia también sigue los principios de la prisión como técnica disciplinaria que fueron descritos anteriormente (ver página 43). Esta procede por medio de una sentencia judicial condenatoria que evalúa la culpabilidad, la exigibilidad, las condiciones particulares del delito y de su comisión. Su ejecución se encuentra sometida al control del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, cuya función es verificar el cumplimiento de la pena y modularla al conceder beneficios como la libertad condicional (Foucault, 2009). Adicionalmente, la reglamentación penitenciaria permite que la pena sea redimida mediante actividades como el trabajo, el estudio y la enseñanza (Ley 65, 1993, Art. 79 y ss., en cuanto a la educación, Art. 94 y ss.), como parte del tratamiento penitenciario (Foucault, 2009).

En la legislación penal colombiana, la pena de prisión para cada conducta se encuentra definida en el Código Penal, y se determina dentro de un rango definido en la ley entre el máximo y el mínimo de la pena posible y según las circunstancias de agravación o atenuación punitiva. En Colombia, algunos criterios orientan la modulación de la pena, de forma que esta es dosificada y controlada (Foucault, 2009). Los criterios para establecer la pena correspondiente en cada caso están definidos en los Artículos 55, 56, 57 y 58 del Código Penal, los cuales incluyen algunos aspectos que deben guiar al juez penal, tales como si el delito se cometió como parte de una coparticipación criminal, si se cometió sobre bienes o recursos públicos, si se cometió en un estado de ira e intenso dolor, etc. (Ley 599, 2000, Arts. 55-58).

Pero, a pesar de que la prisión como sanción está altamente reglada y limitada (tanto por principios filosóficos del derecho penal moderno, como por normas internacionales,

constitucionales y leyes internas), la inflación punitiva ha distorsionado de manera importante su uso. Esta inflación, bien sea bajo argumentos punitivistas o retributivistas, bien sea por argumentos sobre la seguridad ciudadana, ha maximizado el uso de la prisión como la sanción penal por excelencia, y ha comenzado a no solo aumentar progresivamente su magnitud (es decir, la cantidad de tiempo en la que esta sanción es utilizada), sino también en su espectro (es decir, sobre cada vez más conductas).

Este fenómeno ha sido corroborado por el análisis hecho por la Comisión Asesora de Política Criminal en 2012, por el Ministerio de Justicia y del Derecho en un estudio publicado en 2017 (Cita & González, 2017), y reconocido por la misma Corte Constitucional en las dos sentencias sobre el estado de cosas inconstitucional actual (Sentencia T-388, d 2013). Desde la expedición del Código Penal del año 2000, ha tenido muchas modificaciones: para el 2005 se habían introducido en la legislación 11 aumentos punitivos y 22 ampliaciones de tipos penales existentes (Cita & González, 2017), y para el 2010 ya se habían dado 42 aumentos punitivos y 29 ampliaciones a tipos penales más (Cita & González, 2017).

En cuanto a la magnitud de la pena de prisión, estas reformas afectaron particularmente las penas mínimas, aunque en ciertos delitos su aumento ha sido exponencial. Por ejemplo, los delitos de armas tuvieron un aumento del 800 % durante el periodo 2000-2016 en sus penas mínimas (Cita & González, 2017), y en los delitos de drogas, las penas mínimas de modalidades agravadas superaron las penas máximas establecidas originalmente (Cita & González, 2017). El aumento también ha sido generalizado e indiscriminado, pues se incrementó la pena mínima en un tercio (33,3 %) y en la mitad (50%) para las máximas en todos los delitos, y se aumentó la pena máxima a 60 años (Ley 890, 2004, Arts. 1 y 14), pena máxima que excede la expectativa de vida en Colombia (de 73,95 años en 2015) si se tiene en cuenta que solo son aplicables a mayores de 18 años (Cita & González, 2017).

Pero, además de esto, en Colombia la inflación punitiva se ha dado por medio de reformas antitécnicas e incoherentes, pues han estado motivadas como reacciones frente a la opinión

pública y normalmente han carecido de evidencia empírica que sustente la necesidad, utilidad o impacto de las reformas (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012). Muestra de esto se evidencia, por ejemplo, en el aumento de las penas mínimas que superan las penas máximas en los delitos de drogas; el aumento punitivo a una conducta considerada menos lesiva (como la inducción a la prostitución) que termina superando la pena de la conducta correlativa más lesiva (como el constreñimiento para la prostitución); e incluso la creación de penas que superan el máximo de pena permitido por la legislación penal colombiana (Cita & González, 2017).

La inflación punitiva en Colombia tuvo dos efectos que vale la pena destacar. Primero, ha desfigurado completamente la proporcionalidad del sistema penal y, al hacerlo, ha distorsionado el respeto que este sistema debe guardar por los principios del derecho penal moderno (proporcionalidad, lesividad, necesidad, etc.). Ejemplo de esto se encuentra en la magnitud de las sanciones para delitos como el porte de armas o los delitos leves de drogas (como la tenencia o el tráfico de pequeñas cantidades de drogas), en los cuales las penas actuales son superiores o cercanas a las de delitos como lesiones personales, delitos sexuales o incluso el homicidio. Este efecto fue analizado a profundidad por Dejusticia en los delitos de drogas, y se evidenció que, al compararse las penas mínimas y máximas de los delitos de tráfico de estupefacientes con las de delitos como el homicidio, acceso carnal violento y hurto con violencia sobre la persona, estas penas evidencian una clara desproporción respecto a su lesividad y antijuridicidad (Uprimny, Guzmán & Parra, 2013).

En segundo lugar, la inflación punitiva también ha hecho que el funcionamiento real de sus prisiones desvirtúe de manera directa la garantía de los derechos fundamentales de la población privada libertad. Esto se debe a que la inflación punitiva ha tenido una relación directa en el estado de cosas inconstitucional del sistema penitenciario y carcelario, pues ha aumentado el número de conductas y personas castigadas con privación de la libertad (con el aumento de delitos) y la cantidad de tiempo que deben permanecer reclusas en el sistema (directamente al aumentar la pena e indirectamente al excluir a las personas de

medidas alternativas a la pena de prisión). Lo anterior, como ya se mencionó en la primera parte, ha desbordado las capacidades reales del sistema penitenciario, haciendo imposible que este pueda garantizar condiciones dignas de reclusión y brindar una resocialización efectiva.

### 3.2. Las alternativas totales a la pena de prisión

En la legislación colombiana es posible encontrar tres tipos de medidas alternativas a la pena de prisión que la reemplazan en su totalidad (es decir, que no exigen un cumplimiento parcial de la privación de la libertad): la multa como pena autónoma (que es la única pena alternativa consagrada en el ordenamiento), la suspensión de la pena y la sustitución por prisión domiciliaria. Estas tres medidas suelen ser aplicables a delitos leves y someten a la persona condenada a una obligación pecuniaria (la multa) o a regímenes de vigilancia con ciertas obligaciones (suspensión de la pena o prisión domiciliaria, con la amenaza de prisión si se incumple el conjunto de obligaciones). El fundamento de estas tres medidas es que, dada la poca lesividad social de las conductas cometidas (principio de proporcionalidad), no se considera necesaria la resocialización en prisión (tabla 2).

De estas tres medidas, la multa es la única que se estipula como una pena alternativa autónoma propiamente, dado que está consagrada como la pena principal en algunos tipos penales. Sin embargo, su uso como mecanismo de sanción es muy poco. Según el Ministerio de Justicia y del Derecho, de las 631 modalidades de conductas punibles, tan solo 33 modalidades tienen contemplada la pena de multa como principal (es decir, el 5,7% de los delitos consagrados en el Código Penal), mientras que el 94,3% restante de las modalidades delictivas tienen estipulada o una pena de prisión (192 conductas) o la prisión y la multa simultáneamente (403 conductas) (Cita & González, 2017).

Además del uso limitado de la multa como pena alternativa, no debe olvidarse que esta puede generar efectos desproporcionados sobre personas que tengan capacidades adquisitivas diferentes. Por esto, el Código Penal establece una regla que define rangos de multa para diferentes ingresos: el primer grado

TABLA 2. MEDIDAS ALTERNATIVAS AL MOMENTO DE LA CONDENA

Tipo de alternativa	Requisitos	Efectos
<p>Multa (pena alternativa)</p>	<p>Esta pena alternativa solo procede para aquellos delitos que la tienen estipulada como pena principal, y suele acompañar en muchos tipos penales la pena de prisión como pena accesoria.</p>	<p>El condenado tendrá que pagar una suma de dinero al Estado derivado de la imposición de esta sanción. Esta puede amortizarse en plazos (en máximo 24 cuotas que deberán pagarse dentro de un plazo máximo de 2 años). Adicionalmente, ante la imposibilidad de pago, esta podrá ser amortizada mediante trabajo, a razón de una unidad de multa por 15 días de trabajo (Ley 599, 2000, Art. 39).</p> <p>En caso de no pago o amortización voluntaria, cada unidad de multa se convierte en cinco arrestos de fin de semana, cada uno con una duración de 36 horas durante los viernes, sábados o domingos. El arresto se ejecutará en el establecimiento carcelario donde reside el arrestado (Ley 599, 2000, Art. 39).</p>
<p>Suspensión de la pena</p>	<p>Se requiere que:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- La pena de prisión impuesta sea de 4 años o menos.</li> <li>- Que el condenado carezca de antecedentes penales y que no se trate de delitos prohibidos por el art. 68A del Código Penal.</li> <li>- Si el condenado es reincidente por un delito doloso cometido dentro de los 5 años anteriores, se requiere que los antecedentes personales, sociales y familiares indiquen que la privación de la libertad es innecesaria.</li> </ul>	<p>Se suspende por un periodo entre 2 y 5 años, durante los cuales el condenado debe cumplir con las siguientes obligaciones: i) informar todo cambio de residencia, ii) observar buena conducta, iii) reparar los daños producto del delito, salvo que se demuestre imposibilidad económica, iv) comparecer personalmente ante la autoridad judicial cuando fuera requerido, y v) no salir del país sin autorización previa.</p> <p>El incumplimiento de estas obligaciones implica la reclusión.</p>

Tipo de alternativa	Requisitos	Efectos
Prisión domiciliaria por pena baja	<p>Se requiere que:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- La condena sea por un delito con pena mínima de 8 años de prisión o menos.</li> <li>- El condenado demuestre que tiene arraigo familiar o social.</li> <li>- Se garantice mediante caución económica las obligaciones derivadas de este tipo de pena.</li> <li>- En el caso de delitos excluidos (Art. 68A del Código Penal), procede en los mismos casos que la detención domiciliaria (madre gestante, adulto mayor, madre cabeza de familia, o enfermedad grave).</li> </ul>	<p>Se impone pena de prisión domiciliaria sustitutiva de la pena de prisión intramural, y el condenado está bajo la supervisión periódica del INPEC, pudiendo imponerse vigilancia por mecanismos electrónicos.</p> <p>También, se impone la obligación de: i) no cambiar de residencia sin autorización, ii) reparar el daño, iii) comparecer personalmente cuando sea requerido por el juez y iv) someterse a la vigilancia.</p> <p>El incumplimiento de las obligaciones tiene como consecuencia la reclusión intramural.</p>

Fuente: elaboración propia con base en el Código Penal, Artículos 39, 40, 38, 38B, 38D, 63 y 65.

comprende a personas que hayan recibido ingresos promedio durante el último año de hasta 10 salarios mínimos mensuales vigentes, siendo cada unidad de multa de 1 salario mínimo vigente; el segundo comprende a personas con ingresos superiores a 10 salarios mínimos en el último año, y cada unidad equivale a 10 salarios mínimos; y, finalmente, el tercer grado comprende a personas con ingresos promedio superiores a 50 salarios mínimos en el último año, y cada unidad equivale a 100 salarios mínimos. Así, en cada grado la multa impuesta podrá ser de 1 a 10 unidades (Ley 599, 2000, Art. 39). Adicionalmente, el incumplimiento de los plazos para pagar la multa o la falta de voluntad para amortizarla por plazos o por trabajo acarrea para el condenado el arresto en centros carcelarios durante los fines de semana, es decir, una forma de privación de la libertad (Ley 599, 2000, Art. 40).

Por su parte, las otras dos medidas alternativas (la suspensión y la sustitución por prisión domiciliaria) también enfrentan varios problemas que limitan su aplicabilidad. Estos son: i) tienen como requisito para su procedencia un *quantum* de pena mínimo; y ii) existen regímenes de exclusión que son antitécnicos o que no responden a la lesividad de las conductas excluidas, además de contar con requisitos problemáticos. Estos dos problemas, por lo menos en parte, se deben a que el sistema ha concebido la privación de la libertad punitiva como la regla general y medida preponderante, mientras que las medidas sustitutivas son excepciones que solo proceden en ciertas condiciones determinadas.

*a) El criterio de la pena de prisión hace que las medidas alternativas sean vulnerables a los aumentos punitivos*

El primero es que, al igual que la detención domiciliaria, la suspensión de la pena y la prisión domiciliaria tienen como requisito para su procedencia un *quantum* de pena: en el caso de la suspensión de la pena, se exige que la pena impuesta en la sentencia sea menor de 4 años (Ley 599, 2000, Art. 63), mientras que la prisión domiciliaria es aplicable a casos en los que el delito tenga fijada una pena mínima no mayor a 8

años (Ley 599, 2000, Art. 38B). Debido a esto, la aplicabilidad de estas medidas es muy vulnerable a los aumentos punitivos, especialmente cuando estos se dan sobre las penas mínimas. Por supuesto, esto además tiene una incidencia importante en la crisis carcelaria, pues cambios repentinos en la aplicabilidad de medidas no privativas de la libertad pueden significar un aumento súbito en las personas que en un principio podían recibir sanciones no privativas de la libertad, pero que ahora deben ser enviadas a establecimientos de reclusión.

En cuanto a la aplicación de la suspensión de la pena como sanción sustitutiva, el número de delitos para el cual procedería es bajo. Según los datos del Ministerio de Justicia, en 2016 existía un total de 241 modalidades delictivas del Código Penal (el 38,9 %) que tienen una pena inferior a 4 años (a saber, sobre las que procede la detención preventiva), las cuales serían las conductas que podrían recibir por regla general esta medida alternativa. Mientras tanto, en el año 2000 había un total de 368 conductas delictivas (el 79,1 % de las modalidades delictivas) que no tenían una pena mínima de más de 4 años (Cita *et al.*, 2017). Según esta información, incluso si se ignora que la ampliación del requisito de pena hecho por la Ley 1709 de 2014 (que lo cambió de 3 a 4 años de pena impuesta) (Ley 1709, 2014), se puede estimar que la suspensión condicional de la pena, solo por los aumentos de penas mínimas, pasó de proceder para un 79,1 % de las conductas del Código Penal en el 2000 al 38,9 % de las conductas en 2016, es decir, una reducción de su aplicabilidad del 40,2 % desde un punto de vista de diseño normativo.

Por supuesto, una variable importante para la aplicación de esta medida alternativa es el uso de rebajas de pena de diferentes formas, entre las cuales se encuentra la aceptación de cargos y la celebración de preacuerdos. De acuerdo con el Código de Procedimiento Penal, la aceptación de cargos por parte del imputado en la audiencia de imputación permite que este reciba una rebaja hasta de la mitad de la pena de la conducta punible (Ley 906, 2004, Art. 351). Por su parte, los preacuerdos permiten que la fiscalía modifique los cargos contra una persona, incluyendo la posibilidad de imputar una conducta con menor pena, a cambio de que esta acepte cargos (Ley 906, 2004, Art. 350) (luego de la acusación, el preacuerdo solo podrá significar

una reducción de un 33 % de la pena) (Ley 906, 2004, Art. 352). De este modo, estas condiciones podrían hacer que los delitos que tengan penas superiores puedan eventualmente recibir una suspensión condicional como sanción.

Pero, a diferencia de la suspensión condicional de la pena, la prisión domiciliaria no utiliza como criterio la pena impuesta por el juez en la sentencia, sino el mínimo de pena establecido en la legislación. Por esto, la aplicabilidad de la prisión domiciliaria como medida alternativa total ha sido particularmente vulnerable a los aumentos de las penas mínimas (Ley 599, 2000, Art. 38B). Si bien en el año 2000 la prisión domiciliaria como alternativa total exigía que el delito tuviera una pena mínima de 5 años o menos, según las penas de ese momento, esta podía aplicarse al 74,3 % (350 de 471) de las conductas punibles de la época. Mientras tanto, en 2016 este aplicaba solo al 52,3 % (330 de 631) de las conductas punibles tipificadas en el Código, aunque la cercanía relativa de estos dos porcentajes se debe parcialmente a que la Ley 1709 de 2014 aumentó el umbral de aplicación a delitos que tengan una pena mínima igual o menor a 8 años de prisión, es decir, el porcentaje habría sido mayor de no ser por la aprobación de una ley que intentó enfrentar el hacinamiento carcelario<sup>63</sup>.

Al analizarse estos datos, se puede estimar que parte importante de la reducción en la aplicabilidad de la prisión domiciliaria se debe al régimen de exclusión del Art. 68A del Código Penal, pues este excluye a 229 conductas o el 36,3 % de las modalidades delictivas<sup>64</sup>. Sin embargo, la influencia de los

---

63 Estos cálculos se hicieron con base en el número de conductas delictivas —incluyendo modalidades agravadas— que tenían estipulada una pena mínima de 5 años en el 2000 y de 8 años en 2016, y se eliminaron de la cuenta las conductas que están tipificadas en el Art. 68A del Código Penal.

64 El cálculo de las conductas delictivas excluidas por el Art. 68A del Código Penal se realizó con la formulación vigente para la actualidad, según la última modificación que recibió este artículo en 2016 y que sigue vigente hasta la actualidad. Por supuesto, debe resaltarse que el cálculo es aproximado, toda vez que el Art. 68A, aunque identifica por el tipo delictivo según su definición en el Código Penal, sobre algunos delitos se refiere especialmente a una característica de la conducta, por ejemplo, la estafa cuando recae sobre bienes públicos (Ley 1776, 2016).

aumentos punitivos también ha sido notable. Si se calcula el número de delitos que podría recibir esta medida según las penas de 2016, según el criterio de pena de 5 años (el criterio original) y no de 8 (el de la Ley 1709 de 2014) y teniendo en cuenta las exclusiones del Art. 68A, la prisión domiciliaria solo resultaría aplicable para 261 de las 631 conductas delictivas, es decir, solo para el 41,7%. Mientras tanto, si se realiza este mismo cálculo sin tener en cuenta el régimen de exclusión del Art. 68A en 2016, esta medida solo hubiera aplicado a 333 conductas delictivas, es decir, al 52,8% de conductas.

Según esta información, es posible evaluar el impacto que han tenido los aumentos punitivos y el régimen de exclusión sobre el diseño normativo (no en la utilización real, que depende de otros factores) de la prisión domiciliaria total. Por una parte, los aumentos punitivos que ocurrieron entre el 2000 y el 2016 (entre ellos la Ley 890 de 2004) redujeron la procedencia de la prisión domiciliaria total en un 21,5%. Mientras tanto, el régimen de exclusión del Art. 68A, según su formulación actual (la de la Ley 1776 de 2016) tuvo un impacto aproximado de 11,1% de reducción en la aplicabilidad de esta medida.

***b) Las medidas alternativas están limitadas por regímenes de exclusión antitécnicos y con requisitos irrazonables***

La prisión domiciliaria como pena sustitutiva y la suspensión de la pena se encuentran limitadas por el sistema del Art. 68A del Código Penal. Este prohíbe la aplicación de “cualquier beneficio judicial o administrativo” cuando la condena se da por ciertos delitos<sup>65</sup> o cuando la persona fue condenada anteriormente por delitos dolosos en los 5 años anteriores.

---

65 La lista completa de delitos excluidos es: delitos dolosos contra la administración pública; delitos contra bienes y personas protegidas por el DPH; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza sobre bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado; extorsión; homicidio agravado por la sevicia; lesiones causadas con agentes químicos, ácido y/o sustancias similares; violación ilícita

Este sistema de exclusión es cuestionable por varias razones. En primer lugar, porque su formulación es confusa, pues no es del todo claro cuáles son las medidas que prohíbe. Aunque bajo su formulación original en la Ley 1127 de 2007 prohibía la aplicación de cualquier medida alternativa a la pena de prisión solo para casos de reincidencia (es decir, todos los subrogados penales y permisos administrativos, etc.) (Ley 1127, 2007, Art. 32) la Ley 1709 de 2014 decidió ampliar la exclusión hacia una lista específica de delitos y limitó la prohibición solo para la suspensión de la pena, la prisión domiciliaria total y cualquier “beneficio judicial o administrativo”. Sin embargo, dado que no existe una definición legal de cuáles son estos beneficios, no es del todo claro cuál es el alcance de esta prohibición, más allá de la aclaración de que el uso de la libertad condicional y de la prisión domiciliaria por cumplimiento parcial de la pena no están limitados por esta exclusión (Ley 1709, 2014, Art. 32).

Por lo anterior, la falta de claridad de este régimen de exclusión parece prohibir únicamente las medidas alternativas totales que permiten dar un tratamiento no privativo de la libertad a delitos leves, y de beneficios administrativos que cumplen un rol importante en el proceso de resocialización durante la reclusión —tales como el permiso de salida durante fines de semana, permisos de 72 horas o la franquicia preparatoria (una medida alternativa parcial)—.

En segundo lugar, este sistema de exclusión también resulta criticable porque la lista de delitos excluidos es antitécnica y

---

de comunicaciones (privada u oficial); trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales con pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles; falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonales (Ley 599, 2000, los delitos en negrilla son delitos de gran impacto en la población carcelaria).

desproporcionada, debido a que excluye conductas de gran lesividad y de poca lesividad a la vez, pero también omite otros delitos muy lesivos. Por ejemplo, en la lista no se encuentran excluidos delitos graves como el genocidio, pero sí lo están el homicidio agravado por la sevicia y la apología al genocidio. Tampoco se encuentra excluido el delito de desaparición forzada, pero sí el delito de hurto calificado.

Además de esto, esta lista también incluye algunos delitos que tienen gran impacto carcelario, como el concierto para delinquir agravado, el hurto calificado y los delitos de drogas. Esto se debe a que muchos de estos, si bien no comparten la lesividad de los delitos más graves de la lista (como el homicidio), son de los que más afectan la percepción de seguridad —ejemplo de cómo la política criminal se ha visto dictada y subordinada a las preocupaciones por la seguridad (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012). Este sistema de exclusión permite evidenciar no solo una de las causas fundamentales que llevaron al aumento acelerado de la población carcelaria, sino también la primacía que ha cobrado la seguridad en la formulación y desarrollo de la política criminal.

En tercer lugar, este sistema de exclusión también es problemático por considerar la reincidencia como causal para excluir de beneficios, pues lo hace de una manera irrazonable y que no atiende a una comprensión adecuada de la reincidencia. Esto se debe a que este sistema de exclusión presupone que la reincidencia consiste únicamente en la infracción repetida de cualquiera de las normas penales, y que debido a esto el Estado debe ejercer un poder penal de mayor intensidad sobre esta persona ante su violación reiterada de las normas —poder que se materializa en el uso obligatorio (por excluir las medidas alternativas totales) y más prolongado (al excluir beneficios administrativos y la franquicia preparatoria) de la privación de la libertad.

Sin embargo, esta manera de entender la reincidencia es antitécnica, pues esta no puede entenderse únicamente como la violación reiterada de cualquier tipo penal. Desde una óptica criminológica y jurídico-penal, la reincidencia puede convertirse en un factor que incremente la gravedad de la conducta si esta muestra un grado de profesionalización en su modo de

comisión. La conducta, dado su nivel técnico y profesional, aunado al carácter rutinario con la cual es cometida, tendría entonces un mayor desvalor de acción y, por lo tanto, podría considerarse como una conducta que requiere una respuesta punitiva más estricta por parte del Estado. De este modo, el criterio para identificar esta reincidencia recaería en si existe o no un patrón de profesionalización – por ejemplo, si la persona ha sido condenada por el mismo delito o delitos similares (económicos, por ejemplo) anteriormente.

Sin embargo, en su formulación actual, el Artículo 68A no establece la reincidencia en estos términos, sino que la comprende solo como la violación reiterada de normas penales. Este sistema excluye la aplicación de la suspensión de la pena o la prisión domiciliaria (medidas alternativas totales), solo por el hecho existir una condena por un delito doloso dentro de los 5 años anteriores, sin exigir que haya una coherencia entre la conducta previa y la nueva que permita valorar si existe un patrón de profesionalización del actuar criminal, es decir, sin exigir que se configure un desvalor de acción mayor.

Por esto, el Art. 68A puede excluir la aplicación de estos beneficios, incluso para conductas culposas, delitos que se caracterizan por no tener intención por parte del autor de cometer la conducta, sino la negligencia. Por ejemplo, en aplicación de este sistema de exclusión de beneficios, una persona que haya sido condenada por el delito doloso de inasistencia alimentaria y que sea condenada luego por lesiones personales culposas no podrá recibir ni la suspensión condicional de la pena (por tener una pena superior a 4 años) ni la prisión domiciliaria (por tener una pena mínima superior a 8 años), ni podrá recibir permisos de salida durante la reclusión. Así, el sistema del Art. 68A presupondría que esta persona, por haber cometido la inasistencia alimentaria, debe cumplir su pena en prisión por un delito culposo, entendiéndolo como un “reincidente” por el solo hecho de existir condenas previas y no por una evaluación de su profesionalización y evolución como criminal.

El que el Art. 68A no exija una conexidad entre la conducta previa y la nueva conducta también lleva a interpretaciones poco razonables. Por ejemplo, en su formulación actual, una persona que haya sido condenada por tráfico, fabricación o

porte de estupefacientes leves podría tener que cumplir la pena de prisión de 1 a 3 años por haber girado un cheque sin fondos (Ley 599, 2000, Art. 248), pues se entendería como “reincidente”, independientemente de si la conducta previa y la actual no muestran una profesionalización en la comisión de delitos ni guarden una conexidad entre sí en su naturaleza, tipo de negocio criminal, etc.

A pesar de la rigidez del sistema de exclusión del art. 68A, debe señalarse la exclusión en el caso de la suspensión condicional de la pena no es automática ni está completamente cerrada. En principio, la suspensión procede cuando la persona carezca de antecedentes penales y que la conducta no esté excluida por el artículo 68A del Código Penal (caso en el cual, solo es necesario que la pena sea menor a 4 años). Sin embargo, cuando la persona tiene antecedentes por un delito doloso dentro de los 5 años anteriores o ha sido condenada por delitos excluidos en el Artículo 68A, el juez debe valorar que los antecedentes personales, sociales y familiares del condenado para considerar que la ejecución de la pena es innecesaria (Ley 1709, 2014, Art. 29). A pesar de que esta flexibilidad es un rasgo positivo, no deja de sorprender que un delito que puede recibir la suspensión condicional de la pena también pueda ser un delito excluido por el Art. 68A, lo que ilustra nuevamente la falta de coherencia y racionalidad de este sistema de exclusión.

Esta posibilidad surgió de una modificación introducida por la Ley 1709 de 2014, y puede considerarse como un avance en el contexto de la inflación punitiva. En la legislación anterior, se exigía la valoración de los antecedentes personales, sociales y familiares en todos los casos, además del pago completo de la multa —requisitos que, dada la dificultad probatoria y valorativa del primero y la exigencia desproporcionada del segundo, fueron retirados de la legislación recientemente—.<sup>66</sup> Con modificaciones similares a esta, dicha ley buscó ampliar el uso de medidas alternativas al encarcelamiento al flexibilizar sus requisitos de aplicación, pero, en general, fue insuficiente para contrarrestar el endurecimiento de la inflación punitiva

---

66 Según la modificación que introdujo la Ley 890 de 2004, hoy derogada (Ley 890, 2004, Art. 4).

que ha sufrido el sistema. Esta, al igual que intentos de reforma a los sistemas de exclusiones, han tenido poco éxito a la hora de reformar la política criminal (Comisión de Seguimiento a la Sentencia T-388 de 2013, 2018).

Además de este régimen de exclusión, en Colombia también existen otras dos limitaciones por tipo de delito al uso de las medidas alternativas totales, aunque son más razonables que el sistema del Art. 68A porque versan sobre conductas de gran lesividad. La primera de estas es el Art. 26 de la Ley 1121 de 2006, el cual prohíbe la aplicación de cualquier subrogado penal, de la sustitución por prisión domiciliaria y de la suspensión de la pena en el caso de delitos de terrorismo, financiación del terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y delitos conexos (Ley 1121, 2006, Art. 26). Sin embargo, la falta de definición de los “delitos conexos” y del carácter amplio de la prohibición de “cualquier subrogado penal” hace que este sistema de exclusión siga siendo antitécnico y ambiguo.

La segunda está contenida en el Art. 199 del Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098, 2006, Art. 199, numerales 4, 6 y 8), y consiste en la prohibición de utilizar la suspensión condicional de la pena y de “cualquier beneficio judicial o administrativo” en casos en los que se la persona sea condenada por los delitos de homicidio o lesiones personales (ambos dolosos), delitos sexuales o secuestro contra un menor de edad. Como se verá más adelante, esta prohibición, si bien parece razonable para las medidas alternativas totales, se muestra como antitécnica para medidas como la libertad condicional y la prisión domiciliaria por cumplimiento parcial de la pena.

De esta forma, puede verse que las medidas alternativas para la pena de prisión se ven limitadas por disposiciones irrazonables y que carecen de sistematicidad. Pero, además de estas exclusiones, las medidas mismas cuentan también con requisitos que hacen que su aplicación esté aún más limitada. Por ejemplo, la prisión domiciliaria total exige que el condenado demuestre que cuenta con arraigo familiar o social como forma de garantizar que la persona puede estar reclusa en su domicilio. Sin embargo, esto es problemático, puesto que algunas personas pueden no recibir la prisión domiciliaria por carecer del apoyo de sus familiares o incluso carecer de familia. En

esta medida, un factor de vulnerabilidad social que debería ser tenido en cuenta para evitar un uso innecesario de la prisión se convierte, en cambio, en un factor que incentiva su uso.

Aunque en la actualidad es posible encontrar estos problemas en la legislación, con las fuentes de información disponible no es posible determinar con certeza el número de personas que se encuentran bajo prisión domiciliaria total y diferenciarla del uso de la prisión domiciliaria por cumplimiento parcial de la pena. En primer lugar, el INPEC no discrimina en sus datos la modalidad de prisión domiciliaria de los condenados a su cargo, sino que cuenta conjuntamente a las personas bajo prisión domiciliaria por pena baja y aquellas que recibieron este beneficio luego de un cumplimiento parcial de la pena en prisión (INPEC, 2019). Por su parte, en los informes entregados por el Consejo Superior de la Judicatura (2017) al Congreso tampoco se encuentra esta distinción.

### 3.3. Las medidas alternativas parciales a la pena de prisión

La legislación colombiana también contempla alternativas que requieren para su aplicación el cumplimiento parcial de la pena en prisión. El fundamento detrás de estas medidas se encuentra en que, a lo largo del tratamiento penitenciario, la persona condenada tenga una liberación progresiva que lo prepara para el regreso a la vida en sociedad, es decir, el principio de progresividad del tratamiento penitenciario. Estas medidas son: la prisión domiciliaria por cumplimiento parcial de la pena, la libertad condicional y la franquicia preparatoria.<sup>67</sup>

---

<sup>67</sup> Se aclara que, debido a que el subrogado penal de la libertad preparatoria (beneficio administrativo de establecimiento abierto que permite que el condenado esté libre de día pero tenga la obligación de pernoctar en el establecimiento penitenciario) puede considerarse una forma de privación de la libertad parcial en un establecimiento, que afecta el hacinamiento y que mantiene algunos de los problemas de la reclusión en general, esta no fue abordada como una medida alternativa en los términos de esta investigación. Sin embargo, este subrogado penal es una medida que se considera positiva para la resocialización del interno, toda vez que esta permite un progresivo régimen de semilibertad durante la reclusión (Ley 65, 1993, Art. 148).

Tabla 3. ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN POR CUMPLIMIENTO PARCIAL DE LA PENA

Tipo de alternativa	Requisitos	Efectos
Prisión domiciliaria por pena cumplida	<ul style="list-style-type: none"> <li>- El cumplimiento del 50 % de la pena en prisión.</li> <li>- Prueba del arraigo familiar y social del condenado.</li> <li>- Que se garanticen mediante caución económica las obligaciones derivadas de este tipo de pena.</li> <li>- Que el delito no esté en las exclusiones del Artículo 38G del Código Penal.</li> </ul>	<p>Se impone la reclusión en el domicilio del condenado, bajo la supervisión del INPEC y con las siguientes obligaciones: i) no cambiar de residencia sin autorización, ii) reparar el daño, iii) comparecer personalmente cuando sea requerido por el juez, y iv) someterse a la vigilancia. Puede implicar un mecanismo de vigilancia electrónica.</p> <p>El incumplimiento de estas obligaciones tendrá como consecuencia la reclusión intramural.</p>
Libertad condicional	<ul style="list-style-type: none"> <li>- El cumplimiento del 60 % de la pena en prisión.</li> <li>- Haber llevado buen comportamiento durante la reclusión, para inferir que no es necesario continuar con la ejecución de la pena en prisión.</li> <li>- Prueba del arraigo familiar y social del condenado.</li> <li>- Reparación a la víctima, salvo que se demuestre insolvencia.</li> </ul>	<p>Se da la libertad al condenado, sometida a prueba durante el tiempo restante de la condena (el 40 %). En este periodo, el condenado deberá: i) informar cualquier cambio en su domicilio, ii) observar buena conducta, iii) reparar los daños, iv) comparecer ante la autoridad judicial cuando sea requerido, y v) no salir del país sin autorización previa (Ley 599, 2000, 6Art. 65).</p> <p>El incumplimiento implica la revocatoria del beneficio.</p>
Franquicia preparatoria	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Haber sido beneficiario de la libertad preparatoria (que requiere un 80 % de la pena cumplida).</li> <li>- Evaluación favorable de su conducta por parte del Consejo de Disciplina del establecimiento penitenciario.</li> <li>- Aprobación del director regional del INPEC.</li> <li>- No haber sido sindicado de la comisión de delitos durante la reclusión.</li> </ul>	<p>Se permite al condenado trabajar por fuera del establecimiento penitenciario, sin tener que dormir en él, siempre y cuando cumpla las obligaciones de reporte periódico a las autoridades del establecimiento penitenciario.</p> <p>La medida será revocada en caso de incumplimiento de las obligaciones.</p>

Fuente: elaboración propia con base en el Código Penal, Artículos 38G, 63, 64 y 65, y Código Penitenciario y Carcelario, Artículos 148, 149 y 150.

En primer lugar, la prisión domiciliaria por el cumplimiento parcial de la pena funciona de manera similar a la prisión domiciliaria por pena baja, pero exige el 50 % de cumplimiento de la pena para poder otorgarse. En este caso, la prisión domiciliaria comparte los mismos problemas frente a la dificultad probatoria del arraigo social y familiar y el pago de la caución, pero no establece una valoración de antecedentes sociales, familiares o personales del condenado para su procedencia.

Por su parte, la libertad condicional es una alternativa que tiene un amplio uso en el sistema colombiano. Al no estar limitada según el tipo de delito de manera estricta (salvo en casos de delitos contra menores de edad o en delitos de terrorismo, financiación del terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión o conexos) o por la reincidencia, es el subrogado penal más solicitado por la población penitenciaria: según el INPEC (2017), para mayo del 2017 se había presentado un total de 7994 solicitudes por este subrogado, siendo concedida en un 52,3 % de los casos<sup>68</sup>.

La franquicia preparatoria es una medida alternativa que puede otorgarse luego de superar la libertad preparatoria (Ley 65, 1993, Art. 148), busca preparar a los reclusos para la libertad luego del cumplimiento de la condena, permitiendo que trabajen o estudien fuera del establecimiento con la obligación de presentarse de manera periódica ante el director del establecimiento penitenciario (Ley 65, 1993, Art. 149). Así, esta hace parte de los beneficios penitenciarios de “establecimiento abierto”<sup>69</sup>, pero no existe información sobre su uso en la realidad (el INPEC no ha reportado el uso de esta figura).

---

68 Sobre este punto se hace referencia a los datos reportados por el INPEC en mayo de 2017 debido a que en informes posteriores no se ha brindado información relativa a la aplicación de la libertad condicional.

69 Cabe resaltar que la legislación penitenciaria colombiana contempla un conjunto de permisos y beneficios penitenciarios que ofrecen libertades temporales a los reclusos, como los permisos de salida de 72 horas, fines de semana o de 15 días sin vigilancia (ver arts. 146, 147 y siguientes del Código Penitenciario y Carcelario). Sin embargo, dado que su naturaleza es temporal y limitada, no se considerarán como medidas alternativas al encarcelamiento en sentido estricto, pues no tienen un impacto duradero en el encarcelamiento y son solo formas transitorias de libertad durante la reclusión.

A pesar de que este tipo de medidas alternativas tienen menos limitaciones en su aplicación que las medidas alternativas totales reseñadas anteriormente, la libertad condicional y la prisión domiciliaria tienen un aspecto que limita un poco su aplicación, pues su procedencia requiere la prueba del arraigo familiar o social, el cual se discutió anteriormente sobre la prisión domiciliaria como alternativa total.

Además de esto, las medidas alternativas parciales también enfrentan dos problemas de diseño. La primera de ellas es que, al igual que las medidas alternativas totales, las parciales exigen el cumplimiento parcial de la pena de prisión, y por ello son vulnerables a la inflación punitiva cuando esta incrementa las penas. El segundo problema es que las medidas alternativas parciales también están atadas a algunos sistemas de exclusión que no responden a criterios de la resocialización, por lo cual son exclusiones indebidas a permisos penitenciarios y algunas medidas alternativas parciales.

*a) El aumento punitivo como factor de desequilibrio en el uso de las medidas alternativas parciales*

En términos generales, el problema general de la libertad condicional y la prisión domiciliaria parcial es que, debido a que exigen el cumplimiento de un porcentaje (50% y 60%) de la pena de prisión que fue asignada en la sentencia condenatoria. Por esto, al igual que las medidas alternativas del acápite anterior, la libertad condicional y la prisión domiciliaria por cumplimiento parcial son vulnerables a los aumentos punitivos, pues las condenas más largas tienen como efecto que las personas condenadas deban cumplir más años privadas de su libertad para acceder a estas medidas.

En este sentido, algunos proyectos de reforma a la política criminal colombiana han intentado contrarrestar este problema al sugerir reducciones al porcentaje exigido (por ejemplo, el Proyecto de Ley 148 de 2016). Por supuesto, si bien disposiciones como estas han ampliado el uso de estas medidas, no resuelven el problema de fondo, que es la magnitud excesiva de las penas producida por la inflación punitiva (Comisión de Seguimiento a la Sentencia T-388 de 2013, 2018).

El impacto de la inflación punitiva se agrava particularmente en el caso de la franquicia preparatoria, dado que este beneficio y la libertad preparatoria que la precede (los llamados “beneficios de establecimiento abierto”) tienen problemas en su formulación, pues sus requisitos son altos. La libertad preparatoria requiere un 80 % de la pena cumplida para ser aplicada, el cual es superior incluso que el requisito exigido para la libertad condicional (de hecho, la libertad preparatoria requiere que la condicional haya sido negada). La franquicia preparatoria, aunque no contempla un porcentaje de pena cumplida específico, sí requiere que el condenado haya sido previamente beneficiario de la libertad preparatoria, por lo cual su requisito fáctico de pena cumplida es superior al 80 %.

***b) Los sistemas de exclusión sobre las medidas alternativas parciales no responden a criterios de resocialización***

En cuanto al régimen de exclusiones, las medidas alternativas a la pena luego de su cumplimiento parcial son las menos limitadas. La prisión domiciliaria por cumplimiento parcial de la pena y la libertad condicional no están excluidas en el Artículo 68A del Código Penal, pero sí están limitadas por los ya mencionados Art. 26 de la Ley 1121 de 2006 y Art. 199 del Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1121, 2006, Art. 26; Ley 1098, 2006, Art. 199, numeral 7). La prisión domiciliaria también tiene un sistema de exclusión propio, según el cual esta no procede para ciertos delitos, pues, según Art. 38G del Código, esta no puede ser concedida para los más graves del ordenamiento. Entre estos se encuentran delitos como el genocidio o la desaparición forzada<sup>70</sup>, pero también se incluyen delitos relacionados con el

---

70 La lista completa del Art. 38G del Código Penal es: genocidio; delitos contra el DIH; desaparición forzada; secuestro extorsivo; tortura; desplazamiento forzado; tráfico de menores; uso de menores para la comisión de delitos; tráfico de migrantes; trata de personas; delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales; extorsión; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; terrorismo; usurpación y abuso de funciones públicas con fines terroristas; financiación del terrorismo y de actividades de delincuencia organizada; administración de recursos con actividades terroristas y de delincuencia organizada; financiación del terrorismo y administración de recursos relacionado con actividades terroristas; fabricación,

tráfico de estupefacientes, salvo los delitos de conservación o financiación de plantaciones (Art. 375 del Código Penal), y el tráfico, fabricación o porte de pequeñas y medianas cantidades<sup>71</sup> (Inciso 2, Artículo 376 del Código Penal).

Sin embargo, debe señalarse que la libertad condicional sí cuenta con una limitante relacionada con el Art. 68A del Código Penal, no como una exclusión automática, sino al ser un criterio para su concesión. En su formulación actual<sup>72</sup>, para conceder la libertad condicional, la legislación exige que el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad haga una valoración previa de la conducta punible, la cual evalúe su gravedad y permita establecer si es necesario continuar con el tratamiento penitenciario en reclusión o si, por el contrario, el progreso de la persona condenada es suficiente para estimar que este es innecesario. Al evaluar la exequibilidad de esta valoración, la Corte Constitucional la consideró válida siempre y cuando esta se atenga a las consideraciones de la sentencia condenatoria, de modo que se evite una vulneración al principio de *non bis in ídem* (Sentencia C-194, 2005). Pero, además de esto, la Corte Constitucional también consideró válido que los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad tengan en cuenta la prohibición del Art. 68A del Código Penal para determinar la gravedad de la conducta (Sentencia T-019, 2017). De este modo, incluso, si el sistema de exclusión de este artículo no es aplicable a la libertad condicional, la valoración de gravedad del legislador de estas conductas puede convertirse en un obstáculo para la utilización de esta medida.

---

tráfico y porte de armas y municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, salvo los contemplados en el Art. 375 y el Inciso 2 del Art. 376 del Código Penal.

71 De acuerdo con el inciso 2 del Art. 376 del CP, las cantidades son: 1000 gramos de marihuana, 200 gramos de hachís, 100 gramos de cocaína o de una sustancia a base de esta, 20 gramos de derivados de la amapola, 100 gramos de droga sintética, 60 gramos de nitrato de amilo, y 60 gramos de ketamina y CHB.

72 La valoración de la conducta punible a la hora de determinar la concesión de la libertad condicional fue un elemento introducido originalmente por la Ley 890 de 2004, pero se mantuvo a lo largo de las siguientes modificaciones al Artículo 64 del Código Penal (a saber, con la Ley 1453 de 2011 y la 1709 de 2014).

Por su parte, el sistema de exclusión del Art. 68A del Código Penal sí prohíbe la aplicación de los permisos de salida contenidos en el Código Penitenciario y Carcelario (como el permiso de 72 horas o la libertad preparatoria) (Ley 65, 1993, Arts. 147, 147A, 147B, 148 y 149), incluida la franquicia preparatoria, tanto por tipo de delito (que ya fue discutido en el acápite anterior) como por la reincidencia. En el caso de estos mecanismos, la interpretación de la reincidencia del Art. 68A es aún más problemática.

Tanto los permisos penitenciarios como la libertad y la franquicia preparatoria son instrumentos por medio de los cuales el tratamiento penitenciario busca comenzar a reforzar los lazos familiares de la persona condenada y prepararla para su regreso a la libertad, y que por tanto no guardan ninguna relación con la conducta punible —por supuesto, debido a que la conducta ya fue juzgada y sancionada anteriormente—. En este sentido, resulta impropio que el Art. 68A limite la aplicación de estos beneficios y medidas alternativas tanto por tipo de delito como en casos de reincidencia, pues es una prohibición contraria al interés resocializador. En esa medida, el Art. 68A muestra que su sistema de exclusión de beneficios, más que estar inspirado en principios del derecho penal, tiene primordialmente un interés inocular de ciertas personas y pretende solo asegurar una prolongación de la privación de la libertad, incluso cuando esta va en desmedro de la finalidad resocializadora que es esencial para esta pena.

Además del Art. 68A del Código Penal, el Art. 199 del Código de Infancia y Adolescencia prohíbe explícitamente la aplicación de la suspensión de la pena o “cualquier beneficio judicial o administrativo” en casos en los que la persona sea condenada por los delitos de homicidio o lesiones personales (ambos dolosos), delitos sexuales o secuestro contra un menor de edad (Ley 1098, 2006, Art. 199, numerales 4, 6 y 8). Esta disposición, que parece razonable para las medidas alternativas totales (suspensión de la pena y prisión domiciliaria) es una limitación inadecuada de las medidas alternativas parciales, pues son medidas que no se justifican en la naturaleza o gravedad de los delitos excluidos, sino que son instrumentos que hacen parte de un adecuado proceso de resocialización y de preparación del condenado para la vida en libertad.

#### 4. Buenas prácticas en el uso de medidas alternativas a la privación de la libertad en Estados Unidos, Inglaterra, Francia, México

Como se mostró en los anteriores capítulos, el uso de las medidas alternativas al encarcelamiento en Colombia enfrenta múltiples obstáculos, tanto de orden político y cultural como de orden sistémico y normativo. Los primeros aglutinan la ideología penal que alimenta la inflación punitiva, las costumbres de los funcionarios judiciales y penitenciarios e incluso la misma percepción política de la criminalidad que tiene la ciudadanía —todos problemas cuya solución es difícil y no es inmediata. En cambio, los problemas de diseño normativo que esta ideología ha creado, y en particular aquellos relacionados con el uso del encarcelamiento y de sus medidas alternativas, pueden ser corregidos mediante ajustes estructurales al sistema penal que reequilibren el uso entre la privación de la libertad y otras formas de sanción o cautela penal.

Por esta razón, en este capítulo se pretenden mostrar algunas buenas prácticas en materia de diseño normativo y de uso de las medidas alternativas al encarcelamiento en otros países a saber Estados Unidos (específicamente el Sistema Federal del Estado de New York y de California), Inglaterra y Gales, Francia y México (el Sistema Federal, el del Distrito de México y de Baja California). Este análisis tiene un fin doble. Primero, un análisis de estas buenas prácticas permite identificar aquellas estrategias, diseños y mecanismos que se pueden implementar para ajustar y reequilibrar el uso de la prisión en Colombia. Y segundo, porque mostrar las formas y diseños que utilizan otros países permite relativizar las ideas preconcebidas sobre cómo debe funcionar el encarcelamiento y las medidas alternativas en un sistema penal.

##### 4.1. Aclaración previa sobre los países escogidos

Antes de comenzar, deben hacerse unas aclaraciones previas sobre el alcance del análisis de los países escogidos, pues este se centró en identificar buenas prácticas en el diseño normativo de los sistemas penales en cuanto a su uso de la prisión y de las medidas alternativas. Sin embargo, dadas las grandes

diferencias que guardan estos países entre sí, las buenas prácticas identificadas versan exclusivamente en las lógicas, reglas y mecanismos con los que los sistemas penales de estos países determinan la utilización o no de la privación de la libertad, y no porque estos países sean un ejemplo de buenas prácticas penitenciarias o porque no hayan padecido de fenómenos de inflación punitiva (como el caso de Estados Unidos y México, que han sufrido procesos de inflación punitiva y de encarcelamiento masivo dramáticos).

Con base en este objetivo, los países fueron escogidos por intentar abordar sistemas penales que se funden en los principios del derecho penal moderno, pero que a su vez representen tradiciones jurídicas y estructuras estatales diferentes. Así, mientras que Estados Unidos e Inglaterra son estados que pertenecen a la tradición del *common law* y su derecho penal tiene un desarrollo principalmente jurisprudencial (si bien han tenido algún nivel de codificación), Francia y México pertenecen a la tradición romano-germana y su derecho penal se ha desarrollado mediante códigos penales. En cuanto a sus estructuras estatales, estos países también presentan diferencias importantes, pues mientras que Estados Unidos y México son estados federados con sistemas penales a nivel federal y estatal, Francia e Inglaterra<sup>73</sup> tienen sistemas jurídicos más unificados. Por esta razón, mientras que los estados federados pueden funcionar y distribuir su uso de la prisión de maneras asimétricas, según un caso sea de competencia federal o estatal, en los sistemas unificados las reglas suelen ser más uniformes.

Además de estas diferencias, otra aclaración importante es que estos países presentan diferencias que hacen que la comparación de sus estrategias político-criminales, en especial en cuanto al uso de la prisión, sea complejo. Por ejemplo, factores como sus costumbres y prácticas culturales, sus realidades políticas, el estado de sus economías, la capacidad de sus entidades públicas, los tipos de vulnerabilidad social que se presentan en diferentes grupos poblacionales, entre otros, inciden de una u otra manera en el funcionamiento y efectividad de sus

---

73 Por supuesto, sin tener en cuenta que Inglaterra pertenece al Reino Unido.

sistemas penales y penitenciarios. Los fenómenos criminales a los que deben responder cada sistema penal son también muy diferentes. En este sentido, evaluar y comparar las estrategias político-criminales de cada Estado requeriría abordar todos estos aspectos, lo cual no solo desborda los objetivos de esta investigación, sino que sus resultados pueden no ser muy provechosos<sup>74</sup>.

Por otra parte, a pesar de estas diferencias importantes, los sistemas penales analizados también guardan grandes similitudes entre sí, en especial en los tipos de privación de la libertad (preventiva y punitiva) y las medidas alternativas que contemplan. De este modo, aunque el diseño de las normas, reglas y mecanismos con los cuales estas son utilizadas pueden variar, estos países contemplan por regla general la pena de prisión (con mayor o menor discrecionalidad judicial, según el caso), la detención durante el juicio como forma cautelar, medidas alternativas como la libertad condicional y la reclusión domiciliaria, etc. En este sentido, las buenas prácticas que serán expuestas se consideran como tales en la medida en la que ofrecen formas más amplias, flexibles y razonables de utilizar estas medidas alternativas.

#### 4.2. Buenas prácticas en el uso de la privación de la libertad preventiva y sus alternativas

En los cuatro países analizados, se encontró que todos contemplan la posibilidad de que en el marco de un proceso penal se decrete la privación de la libertad del acusado, la cual, por regla general, procede en circunstancias muy similares a las que lo hace en Colombia. También se encontró un abanico muy similar de medidas alternativas al de la legislación colombiana. Así, casi todos los sistemas contemplan medidas alternativas como la vigilancia judicial o por una persona o institución, la

---

74 Se recuerda que el objetivo principal de esta investigación es formular recomendaciones relativas a las medidas alternativas a la privación de la libertad como una forma de racionalizar la política criminal colombiana y enfrentar la crisis carcelaria. Por esto, los resultados de una comparación en estos términos no serían de gran utilidad, si bien tiene un gran valor criminológico.

caución económica, la imposición de condiciones que restringen el movimiento, la vigilancia electrónica, etc.

Sin embargo, estos países se diferencian en las estrategias, las figuras jurídicas y en los arreglos institucionales para graduar y limitar su uso a los casos en los que esta se considera necesaria para cautelar el proceso penal. Concretamente, en el análisis se encontraron dos buenas prácticas: el uso de reglas y lineamientos jurídicos que limitan el uso de la detención durante el proceso, y el uso de instituciones especializadas para recolectar información y valorar los riesgos durante el proceso penal (los llamados servicios previos al juicio).

#### *a) Límites jurídicos a la privación de la libertad durante el proceso penal*

En los cuatro países estudiados, la libertad durante el juicio suele ser entendida como un derecho de toda persona acusada, por lo que la detención durante el juicio se considera como una limitación excepcional y requiere que se cumplan ciertas circunstancias o se confirmen ciertos riesgos. En este sentido, las diferencias no recaen en la lógica propiamente de lo que cada sistema pretende, sino en la forma de consagrar el derecho a la libertad durante el proceso penal (es decir, la presunción de inocencia), en cómo las circunstancias son formuladas y en cómo los funcionarios judiciales pueden imponerla.

El primer ejemplo de esta forma de entender la libertad durante el proceso penal es el derecho a la libertad bajo fianza (“*bail*”) del Sistema Federal estadounidense, del Estado de New York y de la legislación penal inglesa. Originalmente, según la Acta de Reforma a la Fianza (“*Bail Reform Act*”) de 1966, en el Sistema Federal toda persona acusada por conductas que no tuvieran pena de muerte tenía derecho a estar en libertad durante el proceso penal luego de su reconocimiento personal (*appearance bond*). Solo en el caso en el que se consideraba necesario asegurar la comparecencia al proceso penal era posible imponer condiciones adicionales para la liberación, como, por ejemplo, restringir su capacidad de locomoción en un ámbito territorial definido, pagar seguros y garantías adicionales, entre otras, siendo la detención previa al juicio (“*pretrial detention*”) la

última y más gravosa de las medidas que se pueden imponer (United States Code, 1966, Sección 3146).

Posteriormente, el Acta de Reforma a la Fianza de 1984 amplió las circunstancias para su procedencia en el Sistema Federal estadounidense, pues introdujo la seguridad de la sociedad como causal para imponer la detención previa al juicio (United States Code, 1966, Sección 3142 E). Este criterio fue aceptado por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, bajo el entendido de que solo es válido cuando se presenten bases suficientes para creer que el acusado representa un riesgo para la comunidad y este no haya podido desvirtuarlas con medios de prueba<sup>75</sup>.

Adicionalmente, a pesar de que esta reforma mantuvo la presunción a favor de la libertad del procesado, estipuló un sistema de presunciones desvirtuables según el tipo de delito. Así, en el caso de delitos graves, existe una presunción de que las condiciones alternativas a la detención son insuficientes cuando i) el acusado sea reincidente, o ii) el oficial judicial tiene causa probable para creer que la persona ha cometido delitos relacionados con drogas, ciertos delitos de terrorismo, entre otros (United States Code, 1966, Sección 3142 E), de forma que las medidas alternativas pueden imponerse cuando esta presunción sea desvirtuada. De este modo, este sistema permite que la detención durante el proceso penal sea aplicada según el caso, si bien dependiendo del delito específico la carga probatoria para imponerla o recibir medidas alternativas varía.

En el Estado de New York, la libertad bajo fianza (*"bail"*) funciona de manera similar al Sistema Federal, pues es también un derecho del acusado y puede restringirse según un sistema de presunciones escalonadas dependiendo el tipo de delito y del juez que se trate. En casos de delitos leves (por debajo de *felonies*), los jueces de cortes penales locales deben otorgar la libertad por reconocimiento personal o por fianza (*"bail"*), pero en casos de delitos graves (*felonies*) pueden imponerla según su discreción. Mientras tanto, en el caso de los delitos más graves (clase A, como homicidio agravado o terrorismo) o en casos de reincidentes, las cortes penales locales no cuentan con esta

---

75 United States Supreme Court, *United States v. Salerno*. 481 U.S. 739 (1987).

discrecionalidad, por lo que no la pueden otorgar en ningún caso (New York State Legislature, Sección 530.20). Para cortes de un rango superior (como los *superior court judges* o las *superior courts* en pleno), los criterios para dar la libertad por reconocimiento personal o de la fianza (“*bail*”) son casi siempre discrecionales (New York State Legislature, Secciones 530.30 y 530.40).

En los casos sometidos a la discreción de las cortes, las condiciones para la liberación previa al juicio con o sin fianza (“*bail*”) en New York deben ser únicamente las obligaciones y restricciones necesarias para asegurar la comparecencia del acusado al proceso. Esta decisión debe tomar en consideración, entre otros: i) el carácter, hábitos y reputación del acusado; ii) su empleo y recursos financieros; iii) lazos comunitarios y familiares; iv) sus antecedentes penales; v) antecedentes de comparecencia a procesos penales previos; vi) violaciones previas a medidas de protección de sus familiares, vii) su historial de uso y posesión de armas de fuego, viii) el peso del material probatorio en su contra que pueda indicar la probabilidad de la condena, entre otros (New York State Legislature, Sección 530.20 B).

En el caso de Inglaterra, la libertad durante el proceso bajo fianza (“*bail*”) también es considerada como un derecho del procesado, por lo que la detención previa al juicio solo es procedente una vez se cumplen criterios específicos (Bail Act 1976, Sección 4, numeral 1). Así, este derecho puede limitarse de acuerdo con causales explícitas y por medio de una decisión justificada por parte de la corte en la cual se compruebe que el acusado: i) no se someterá a custodia o no comparecerá a juicio, ii) cometerá una ofensa mientras se encuentre en libertad, o iii) interferirá con testigos u obstruirá la justicia, ya sea en relación consigo mismo o por otra persona.

Al igual que en Estados Unidos, en Inglaterra los riesgos procesales son evaluados en base a reportes hechos por agencias encargadas de prestar servicios previos al juicio (*pre-trial services*), y pueden recibir medidas diferentes (Cape & Smith, 2016). Estas se pueden clasificar en i) las garantías (“*sureties*”), ii) las seguridades (“*securities*”), y iii) las condiciones (“*conditions*”) (Cape & Smith, 2016). Aunque los primeros dos grupos de medidas son de carácter económico (constituyen en el pago de una suma de dinero por parte de un tercero, en las primeras,

y del acusado mismo, en las segundas) (Cape & Smith, 2016), el tercer grupo es interesante.

En Inglaterra, las condiciones (“*conditions*”) pueden variar y dependen del peligro concreto, pero pueden incluir obligaciones de reportarse a una estación de policía, no ir a ciertos lugares, no salir del Reino Unido, entrar a programas de tratamiento terapéutico o de adicciones, llevar un dispositivo de vigilancia electrónica o de no conducir un automóvil, entre otros. Por su parte, el monitoreo electrónico, aunque puede clasificarse como una forma de condición para la concesión de la libertad bajo fianza, tiene el requisito especial de proceder solo si la corte encargada considera que, sin él, no podrá concederse la libertad (European Prison Observatory, 2015).

Un sistema similar a este se encuentra también en la legislación francesa. En Francia, su sistema penal (Code de procédure pénale, 1959) contempla un orden complejo en el cual la procedencia de la detención durante el proceso penal (llamada “detención provisoria” o “*détention provisoire*”) es excepcional, toda vez que en principio toda persona bajo investigación judicial es presumida inocente y deberá permanecer en libertad (Art. 137). Así, la detención solo puede imponerse para: i) asegurar la comparecencia del acusado al juicio, así como a las autoridades judiciales durante la investigación; ii) evitar la obstrucción de la justicia, como la destrucción de evidencia o presión sobre los testigos; iii) evitar la comisión de delitos futuros, e incluso hacer que el acusado reciba tratamiento, iv) para proteger al acusado (European Criminal Bar Association, 2007).

En concordancia con su excepcionalidad, la detención provisional se encuentra limitada en Francia de varias maneras. Primero, según el tipo de delito, pues esta está restringida solo a delitos graves (los “*crimes*”), para los delitos menos graves (los “*délits*”) cuando la pena es superior a 3 años de prisión, o cuando la persona ha estado bajo medidas de control judicial o de detención domiciliaria y ha incumplido sus obligaciones, y en ningún caso para los delitos más leves (las “*contraventions*”) (Art. 143-1). Además, la detención provisional solo puede ser impuesta cuando las medidas alternativas disponibles en la

legislación procesal francesa demuestran ser insuficientes<sup>76</sup>. Estas son las obligaciones de control judicial ("*obligations du contrôle judiciaire*"), que incluyen restricciones al movimiento, prohibición de portar armas, entre otras, o la detención en el domicilio con vigilancia electrónica para cautelar el proceso penal ("*l'assignation à résidence avec surveillance électronique*")<sup>77</sup>.

Finalmente, debe señalarse que en el caso de delitos leves ("*délits*"), la detención solo puede extenderse hasta la finalización y cierre de las investigaciones preparatorias (es decir, el acusado siempre es juzgado en libertad), mientras que en el caso de los más graves ("*crimes*"), la detención podrá durar hasta el juzgamiento (Art. 179). De esta forma, el sistema francés cuenta también con una limitación temporal a la detención provisoria: para delitos leves esta no puede exceder 4 meses prorrogables hasta 1 año por varias razones (Arts.145-1). Sin embargo, en el caso de conductas más graves (de los "*crimes*"), la *détention* no puede extenderse por más de 1 año y solo se puede prorrogar cuando los delitos tienen penas particularmente altas (Arts. 145-2). En casos de delitos asociados con el crimen organizado, el proxenetismo, narcotráfico, o crímenes cometidos fuera de Francia, su duración máxima es de 2 años (Arts. 145-2).

Como puede observarse, estos sistemas se orientan con base en la gravedad de la conducta o el tipo de esta para hacerla procedente o prohibirla, caso que es similar al colombiano. Más

---

76 Art. 137 & 137-1 (este último introducido por la ley *Loi N. 2007-281 du 5 mars 2007*).

77 Art. 137 & 137-1 (este último introducido por la ley *Loi N. 2007-281 du 5 mars 2007*). Vale la pena mencionar que la vigilancia electrónica, dado que es más gravosa, tiene requisitos especiales, pues solo puede imponerse cuando la conducta bajo investigación se encuentra penalizada por penas de por lo menos 2 años de encarcelamiento. La duración de la medida se encuentra limitada a 6 meses, aunque puede ser prorrogada por un máximo de 2 años. En el caso de la vigilancia con mecanismos GPS, por ser más gravosa para el acusado, solo pueden ser utilizados en casos en los que: i) la conducta sea violenta, ii) haya afectado gravemente la propiedad, integridad o vida, y iii) su pena sea mayor a 7 años o mayor a 5 en el caso de violencia doméstica. De acuerdo con sus efectos, se resalta que la detención domiciliaria, al igual que la detención provisoria, permite descontar su duración de la pena impuesta, y conlleva el derecho a solicitar compensación cuando el proceso es finalizado sin condena (European Prison Observatory, 2015).

aún, en los casos en los que es procedente, estos sistemas no contemplan una imposición automática de la detención, sino que establecen cargas argumentativas escalonadas como, por ejemplo, con los sistemas de presunciones. De este modo, estos sistemas integran formas para conciliar el interés de cautelar el proceso penal con la garantía a la presunción de inocencia según criterios de proporcionalidad, y no de manera automática.

En contraposición a estos sistemas graduales, los sistemas estudiados en México contemplan un sistema más rígido, en el cual la detención durante el proceso penal tiene causales más amplias, y es en algunos casos obligatoria. Por ejemplo, el art. 19 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos (1917) consagra la figura de la *prisión preventiva oficiosa* (Art. 19), según la cual el juez deberá ordenar la prisión preventiva de oficio, y no por petición del Ministerio Público, en los casos que versen sobre i) delincuencia organizada, ii) homicidio doloso, iii) violación, iv) secuestro, v) trata de personas, vi) delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, y vi) delitos graves en contra de la seguridad de la nación, del libre desarrollo de la personalidad y de la salud que sean definidos por la Ley. El Código Nacional de Procedimientos Penales (2014) también incluye otros delitos que requieren la prisión preventiva oficiosa: homicidio doloso, genocidio, violación, traición a la patria, espionaje, terrorismo (nacional e internacional), sabotaje, a la incitación o instigación a militares a la ejecución de delitos, delitos de servidores públicos, la corrupción de menores de 18 años o de personas incapaces de comprender el hecho delictual, el tráfico de menores y algunos delitos contra la salud (Art. 167).

Otra figura del derecho penal mexicano problemática es el arraigo, el cual permite que, por petición del Ministerio Público, una autoridad judicial ordene la privación de la libertad de una persona hasta por 80 días cuando, por delitos de delincuencia organizada: i) sea necesario para el éxito de la investigación, ii) la protección de personas o bienes jurídicos, iii) cuando exista riesgo fundado de fuga del inculpado (Aguilar García & González Nava, 2015). Ambas figuras han sido criticadas por la dogmática mexicana, pues al establecer formas casi automáticas de imponer la detención, son consideradas como graves violaciones al derecho a la presunción de inocencia y

a los estándares internacionales sobre la materia (Aguilar & González, 2015; 4343Gómez, 2015).

A pesar de esto, la expedición del Código Nacional de Procedimientos Penales (2014) buscó establecer algunas limitaciones más claras a la procedencia de la prisión preventiva a nivel nacional. Por una parte, estipula como requisito de procedencia de la prisión preventiva el que el delito objeto del proceso tenga establecida una pena privativa de la libertad, y a su vez, solo será procedente cuando otras medidas cautelares sean insuficientes para garantizar los mismos objetivos establecidos en la Constitución (Art. 165 y 167). En todo caso, la prisión preventiva no podrá tener una duración superior a un año, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Luego de este, si no se ha dictado sentencia, el imputado deberá ser puesto en libertad, aunque será posible imponer otras medidas cautelares (Art. 165).

Otro caso de limitaciones deficientes es el de libertad bajo fianza (“*bail*”) del Estado de California. En principio, la legislación (California State Legislature, Penal Code) permite que cualquier persona pueda solicitar su liberación sin el pago de fianza (“*bail*”), luego de su reconocimiento personal (“*own recognizance release*”), salvo cuando i) se encuentre acusado de un delito capital, o ii) esta forma de libertad comprometa la seguridad pública o no asegure la comparecencia al juicio (Sección 1270 A). Sin embargo, los jueces cuentan con un sistema estandarizado de pago de la fianza mediante un pago en efectivo o de la compra de un seguro, o “*surety bond*” (Sección 1269b A) según el tipo de delito (Sección 1269b D), y aunque el costo de la fianza puede ser modulado o reducido por el magistrado que expide la orden de arresto o el juez del proceso en una audiencia<sup>78</sup>, los jueces suelen exigir el pago de las fianzas definidas de manera automática. (Human Rights Watch, 2017).

Según Human Rights Watch (2017), este sistema de fianzas estandarizadas ha generado efectos discriminatorios y

---

78 Sección 1275, entre los otros criterios establecidos en esta sección se cuentan consideraciones sobre los daños sufridos por la víctima, amenazas, el uso de armas letales o la tenencia de sustancias controladas.

desproporcionados sobre la población de bajos recursos<sup>79</sup>, pues debido a que el pago de la fianza suele imponerse de manera automática, muchas personas de bajos recursos no pueden pagarlas. Incluso los seguros (“surety bonds”) que cobran solo un porcentaje de la fianza (hasta el 10 % de la fianza) dados por agentes especializados son poco efectivos, pues el promedio de fianzas en California llega a los 50.000 dólares. De igual modo, debido a que estas personas son detenidas por no poder pagar su fianza, muchas de ellas aceptan acuerdos con los fiscales para quedar en libertad mucho antes de lo que tardaría llegar a juicio.

*b) Los servicios previos al juicio como fuente de información e institución de garantía*

Además de contemplar la libertad durante el proceso como un derecho derivado de la presunción de inocencia, algunos sistemas estudiados limitan la detención durante el proceso penal no solo mediante reglas abstractas, sino mediante una evaluación objetiva de los riesgos. Con este fin, las legislaciones de Estados Unidos, México e Inglaterra han incorporado agencias que prestan los denominados *servicios previos al juicio*, de forma que se reduzca al máximo posible el uso de la privación de la libertad durante el proceso (Aguilar & Carrasco, 2013). Estos surgieron originalmente en el mundo anglosajón (con el *Manhattan Bail Project* en New York en 1961) debido a los efectos desproporcionados e indiscriminados de los sistemas de libertad bajo fianza (“*bail*”) sobre población mayoritariamente pobre, y a que la decisión de imponer la detención se debía principalmente a las pruebas policiales y los argumentos y recomendaciones del ente acusador (Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2011).

Los servicios previos tienen como objetivo principal recopilar información independiente y objetiva de los riesgos procesales involucrados, como las condiciones individuales, sociales y del entorno del acusado. De este modo, con base en

---

79 Vale la pena resaltar que, además de las críticas mencionadas, Human Rights Watch (2017) reportó que este sistema ha generado problemas como la discriminación racial de la población afroamericana y latina, así como el uso de detenciones equivocadas.

dicha información, estas agencias construyen un reporte sobre dichos riesgos, en ocasiones pueden presentar recomendaciones sobre la forma de cautelar el proceso (por ejemplo, la detención, obligaciones especiales de reporte o libertad vigilada), y pueden ofrecer servicios de supervisión y cumplimiento de dichas medidas (Aguilar & Carrasco, 2013).

Así, por ejemplo, el Sistema Federal de Estados Unidos permite que las agencias de estos servicios sean las encargadas de vigilar el cumplimiento de las medidas, y pueden reportar las violaciones al fiscal del caso o a la Corte para que tomen las medidas pertinentes (United States Code, Sección 3154 E). Este tipo de seguimiento a las medidas impuestas puede ser sobre condiciones de *statu quo* (por ejemplo, de mantener la misma residencia, el empleo o el estudio), de contacto (requerir el reporte periódico o el contacto telefónico, visitas domiciliarias, entre otras), las condiciones restrictivas (prohibición de realizar ciertas actividades, contactar a ciertas personas, o dejar un área determinada) e incluso condiciones orientadas a ciertos problemas (acceder a un tratamiento de salud mental, de abuso de sustancias o de servicios sociales) (Reyes, 2011).

Por regla general, estos servicios pueden ser prestados por diferentes tipos de agencias, las cuales pueden hacer parte de las mismas entidades judiciales, estar adscritas al Poder Ejecutivo o ser agencias independientes. Sin embargo, debido a que deben realizar una evaluación independiente y neutral de los riesgos procesales, estas agencias deben guardar independencia del ente acusador y de la defensa (Aguilar & Carrasco, 2013). Adicionalmente, estas entidades deben respetar ciertos principios, como el respeto a la presunción de inocencia, propender hacia el uso de las medidas menos restrictivas de la libertad, guardar su imparcialidad e independencia, guardar confidencialidad sobre la información utilizada para evaluar las circunstancias del procesado, realizar la evaluación de manera objetiva, y ser una instancia de coordinación y trabajo interinstitucional entre las diferentes entidades relacionadas con el proceso penal (Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2011).

Aunque los instrumentos y metodologías para evaluar los riesgos varían, por lo general estas suelen identificar factores de riesgo similares. Así, por ejemplo, los factores de riesgo más

recurrentes en Estados Unidos son las condenas previas, si la persona tiene un empleo o se encuentra estudiando, si existe información sobre comparecencia anterior a procesos judiciales. También se incluyen factores como el tiempo que el procesado lleva en el área del proceso, en su dirección actual, si el procesado es usuario de drogas, si tiene arrestos previos, su nivel de ingresos, si cuenta con apoyo parental o si tiene familia a su cargo, entre otros (Reyes, 2011).

Los servicios previos al juicio, adicionalmente, han logrado ser una herramienta útil para limitar el uso de la privación de la libertad durante el proceso penal, pues mediante el uso de información objetiva, ofrecen una base sólida para establecer el riesgo procesal real y utilizar las medidas cautelares de forma proporcional a estos (Aguilar & Carrasco, 2013). Dado que estos servicios son utilizados en conjunción con programas de vigilancia, chequeo de las personas procesadas e incluso el mero contacto con la persona procesada (personalmente o por medio de llamadas), los servicios previos al juicio han sido efectivos para asegurar la comparecencia de los acusados a los procesos sin requerir el encarcelamiento (Henry, 1991). Por esta razón, estos programas son también menos costosos que la reclusión, pues la vigilancia o la supervisión son mucho más baratos que el mantenimiento de la infraestructura necesaria para la privación de la libertad: según cálculos hechos en el uso de estos servicios en Estados Unidos, los servicios de vigilancia suelen ser hasta 10 veces menos costosos que la reclusión preventiva de los acusados (United States Court, 2013).

El caso de México resulta particularmente interesante, puesto que luego de la implementación parcial de programas de servicios previos al juicio en 7 de sus estados, el Instituto de Justicia Procesal ha rastreado y corroborado su efectividad no solo para reducir el número de personas detenidas durante el proceso penal, sino también el porcentaje de cumplimiento de las condiciones de supervisión (IJPP, 2017). El porcentaje más alto de cumplimiento ha sido el del Estado de Baja California y de Ciudad de México, donde los índices superan el 97 % y el 96 % de comparecencia, respectivamente. En el caso de la tasa de privación de la libertad durante el proceso, los datos también han sido positivos: de tasas altas cercanas al 50 % en Morelos y

casi del 58 % en Baja California en 2005, la prisión preventiva se redujo sustancialmente hasta el 2013, alcanzando rangos cercanos al 31,6 % y 46,7 % respectivamente (Zepeda, 2014). En este sentido, el estudio afirma que “[...] en un entorno social, de opinión pública y legislación adversa, las UMECA (Unidades de Medidas Cautelares) han significado un dique frente al avance de la prisión preventiva” (Zepeda, 2014, p. 50).

#### 4.3. Buenas prácticas en el uso de la privación de la libertad punitiva y sus alternativas

Al igual que en el caso de la privación de la libertad preventiva, la prisión y sus medidas alternativas son usadas en los países estudiados de manera muy similar. Por regla general, sus sistemas suelen utilizar medidas alternativas similares (por ejemplo, penas comunitarias, la libertad condicional, la libertad bajo vigilancia, etc.) siguiendo las mismas lógicas o patrones semejantes (por ejemplo, aplicarlas para delitos leves y no para los más graves, suelen guardar reglas de proporcionalidad, etc.). Sin embargo, estos sistemas ofrecen algunas alternativas más amplias que el sistema colombiano y utilizan figuras jurídicas diferentes para restringir el uso de la privación de la libertad correctiva. Por esto, a continuación se exponen las buenas prácticas más significativas, las cuales ofrecen mecanismos efectivos para restringir el uso de la prisión según criterios de proporcionalidad, necesidad, y como formas de resocialización o preparación para la libertad.

##### *a) Uso de la clasificación de delitos como criterio de procedencia de las medidas alternativas*

La primera buena práctica encontrada en los países estudiados es que, por regla general (México es la excepción), sus sistemas penales utilizan una clasificación jurídica de conductas delictivas con el fin de definir la procedencia de la pena de prisión o de medidas alternativas. Como se mencionó anteriormente, el sistema penal del Estado de New York, el Sistema Federal de Estados Unidos, Francia e Inglaterra hacen uso de diferentes clasificaciones para ciertas conductas según su gravedad y su naturaleza, es decir, según la conducta sea violenta, es de

naturaleza sexual, si está asociada o no con el crimen organizado, y la magnitud del daño causado.

Por una parte, los sistemas penales de Estados Unidos e Inglaterra suelen diferenciar entre diferentes tipos de delitos según su naturaleza. Así, por ejemplo, el Sistema Federal divide las felonías (“*felonies*”) de tres clases: la clase A cubre ofensas con una pena de cadena perpetua o la pena de muerte, la clase B delitos con penas de 25 años de prisión o más, la C conductas con penas entre los 10 y 25 años, la D entre 5 y 10 años, y la clase E entre 1 y 5 años. De igual forma, las malas conductas o *misdemeanors* tienen 3 tipos (clase A, B y C), cubren conductas con menos de 1 año de pena, las infracciones (“*infractions*”) tienen penas de 5 días de prisión o menos (incluyendo penas no privativas de la libertad) (Sección 3559 a). Lo mismo ocurre en el Estado de New York, en donde las felonías son clasificadas del Tipo A al E y si son violentas (es decir, hay conductas Tipo A violentas y otras conductas Tipo A no violentas)<sup>80</sup>, hay malas conductas de tipo A y tipo B, y finalmente las violaciones (“*violations*”, que incluyen conductas como la violación de morada o *tresspass*).<sup>81</sup>

En el Sistema Federal, la clasificación de las conductas determina así la procedencia de las medidas alternativas. Por ejemplo, las Guías de Sentencias de la Comisión de Sentencias del Sistema Federal de Estados Unidos crearon un sistema complejo en el cual las diferentes conductas delictivas corresponden con varios tipos de pena y, según el historial criminal de la persona condenada, de estas se deriva la procedencia de las medidas alternativas disponibles en este sistema penal (United States Sentencing Commission, 2015). De este modo, las conductas se dividen en 4 zonas (zona A, B, C y D), las cuales cubren 43 niveles de penas para las ofensas y varían según el historial criminal de la persona condenada (calculada por puntos y clasificada en 4 categorías) (United States Sentencing Commission, 2015).

---

80 Artículo 70, New York State Legislature, *Penal Law*.

81 Ver en la página de New York Laws [http://ypdcrime.com/penal.law/offense\\_level.htm?zoom\\_highlight=Misdemeanor+classes](http://ypdcrime.com/penal.law/offense_level.htm?zoom_highlight=Misdemeanor+classes)

Según esta clasificación, los jueces del Sistema Federal pueden imponer sanciones como el sometimiento a prueba (“*probation*”) y dependiendo del tipo de conducta se pueden aplicar condiciones diferentes (prohibición de poseer armas, de entrar a programas de salud mental, entre otras) (United States Sentencing Commission, 2015). De igual forma, esta clasificación también es aplicada para la libertad bajo supervisión luego del encarcelamiento, la imposición de multas, expropiación (“*forfeiture*”), obligaciones de restitución y reparación y el uso de la reclusión comunitaria o domiciliaria (United States Sentencing Commission, 2015).

En Francia, como ya se mencionó, existe un sistema que divide en tres las conductas criminales: los crímenes (los “*crimes*”), los delitos (“*délits*”), y las contravenciones (“*contraventions*”) (European Criminal Bar Association, 2007). Esta clasificación es un criterio inicial que limita la aplicación de medidas alternativas como el trabajo de interés general (*travail d'intérêt général*) (Arts. 131-3 num. 6.), los “cursos de ciudadanía” (*stage de citoyenneté*), (Arts. 131-3 num. 5) y la sanción-reparación (*sanction-réparation*), pues solo pueden ser impuestas para el caso de delitos o contravenciones, pero no para crímenes. Incluso, medidas alternativas como la conraindicación penal (la “*contrainte pénale*”, que consiste en un tipo de suspensión de la pena, con un periodo de prueba de hasta 5 años, con obligaciones especiales y con supervisión periódica) (Arts. 131-4-1) solo procede para delitos con penas inferiores a 5 años (European Prison Observatory, 2015).

Una de las ventajas de estas clasificaciones es que, debido a que están construidas teniendo en cuenta variables criminológicas de las conductas (por ejemplo, si estas son violentas y generan daños graves, si son faltas menores que no generan mucho daño a la sociedad o a la víctima, o si están asociadas con el crimen organizado o son conductas ocasionales), facilitan que la procedencia de las medidas alternativas guarde una relación proporcional con la gravedad de las conductas. De este modo, incluso si se pueden imponer criterios adicionales (por ejemplo, que una medida específica solo aplique para ciertas conductas dentro de uno de los niveles de la clasificación), este tipo de clasificaciones permite diferenciar niveles de gravedad

de las conductas delictivas, y en consecuencia, facilita estipular formas proporcionales de aplicar las medidas alternativas.

### *b) La oferta amplia de medidas alternativas*

Otro de los aspectos positivos de los sistemas penales estudiados es que, por regla general, estos ofrecen un espectro amplio de medidas alternativas a la prisión, incluyendo muchos de los tipos de medidas alternativas (por ejemplo, económicas, de vigilancia y sometimiento a prueba, entre otras). Por supuesto, cada sistema dispone de sus propias reglas para permitir el uso o no de una pena alternativa (por ejemplo, la valoración de la gravedad de la conducta o el cumplimiento de ciertos requisitos), y según el ordenamiento, los funcionarios judiciales pueden contar con una discrecionalidad mayor o menor para imponerlas.

A pesar de esto, las medidas alternativas están gobernadas en los países estudiados por lógicas de aplicación similares, como lo son la proporcionalidad con la gravedad de la conducta cometida. Por ejemplo, las medidas que suelen conllevar menos restricciones a la libertad (como el trabajo comunitario, que limita solo a unas horas al día la ejecución de la pena) suele aplicarse a delitos relativamente leves, mientras que sanciones que intervienen más en la vida del condenado (como el sometimiento a prueba con amenaza de encarcelamiento, o la reclusión en el domicilio) aplican para conductas de una gravedad mayor.

De todos los países analizados, Estados Unidos es el que tiene la mayor diversidad de penas y de medidas alternativas, aunque los demás países estudiados cuentan con figuras análogas o muy similares. Para exponer de manera sencilla estas figuras, en la siguiente tabla se resumen las penas comunes o similares en los sistemas estadounidenses estudiados (tabla 4).

Como se puede observar, los sistemas estadounidenses contemplan diferentes tipos de sentencias y penas que pueden ser impuestas como resultado de una condena. Algunas son formas especiales de privación de la libertad, que incluyen la prisión (hasta la cadena perpetua, o con una duración determinada o indeterminada en el Estado de New York (Sección 70.30.

TABLA 4. TIPOS DE PENAS COMUNES O SIMILARES EN EL SISTEMA FEDERAL, EN CALIFORNIA Y EN NEW YORK

Tipo de pena	Sistema Federal	California	New York
Descargo o sentencia suspendida (" <i>Discharge</i> " o " <i>Suspended Sentence</i> ")	No	Sí <sup>a</sup>	Sí <sup>b</sup>
Multa (" <i>fine</i> ")	Sí <sup>c</sup>	Sí	Sí <sup>d</sup>
Vigilancia y sometimiento a prueba (" <i>probation</i> ")	Sí <sup>e</sup>	Sí <sup>f</sup>	Sí <sup>g</sup>
Castigos comunitarios (" <i>Community punishments</i> ")	No	Sí <sup>h</sup>	Sí, pero no como pena independiente <sup>i</sup>
Pena de prisión (" <i>imprisonment</i> ")	Sí <sup>j</sup>	Sí <sup>k</sup>	Sí, <sup>l</sup> pero admite una forma intermitente <sup>m</sup>
Encarcelamiento de choque o de corta duración (" <i>shock imprisonment</i> ")	Sí <sup>n</sup>	Sí <sup>o</sup>	No
Confinamiento en el domicilio (" <i>home confinement</i> ")	Sí, como sustitutiva de prisión <sup>p</sup>	Sí <sup>q</sup>	Sí, como parte de una sentencia de <i>probation</i> <sup>r</sup>
Pena de muerte (" <i>death sentence</i> ")	Sí <sup>s</sup>	Sí <sup>t</sup>	No

<sup>a</sup> (California State Legislature, Sección 1203 a).

<sup>b</sup> (New York State Legislature, Sección 65.05 y 65.20).

<sup>c</sup> (United States Code, Sección 3551).

<sup>d</sup> (New York State Legislature, Sección 80).

<sup>e</sup> (United States Code, Sección 3551).

<sup>f</sup> (California State Legislature, Sección 1203 a).

<sup>g</sup> (New York State Legislature, Sección 65.00).

<sup>h</sup> (California State Legislature, Título 9, Capítulo 2).

<sup>i</sup> New York State Legislature, Sección 65.10 y Sección 170.55 y 390.30 6), pero como medida durante el proceso penal.

<sup>j</sup> (United States Code, Sección 3551).

<sup>k</sup> (California State Legislature, Título 1 y 2, parte 3).

<sup>l</sup> (New York State Legislature, Sección 70).

<sup>m</sup> (New York State Legislature, Sección 85.00).

<sup>n</sup> (United States Sentencing Commission, S 5F1.7).

<sup>o</sup> (California State Legislature, Sección 3450 8).

<sup>p</sup> (United States Sentencing Commission, S 5F1.2).

<sup>q</sup> (California State Legislature, Sección 3450 8).

<sup>r</sup> (New York State Legislature, Sección 65.10 4).

<sup>s</sup> (Congress of the United States, Sección 3591).

<sup>t</sup> (California State Legislature, Título 3, parte 3).

Fuente: elaboración propia a partir del US. Code para el sistema federal, el *Penal Code* del Estado de California, y la *Penal Law* y *Criminal Procedure Law* del Estado de New York.

Penal Law) y de California<sup>82</sup>), el encarcelamiento de muy corta duración o “de choque”<sup>83</sup> (en California, incluso hay una modalidad de hasta 10 días), (3450 8) e incluso el encarcelamiento intermitente (solo en New York Sección 85.00). Por regla general, luego del cumplimiento de la pena de prisión de cualquier tipo, es común que se establezca un periodo de prueba bajo vigilancia (o “*probation*”),<sup>84</sup> aunque en el Sistema Federal se suele imponer un periodo de confinamiento domiciliario (United States Sentencing Commission, 2015).

Este uso discrecional y variable de la privación de la libertad es similar al usado en Inglaterra, en donde las sentencias a prisión pueden variar entre tres tipos: i) las sentencias determinadas con un tiempo fijo de pena privativa de la libertad (Sentencing Council, Determinate prison sentences); ii) sentencias extendidas (Sentencing Council, Extended sentences) más allá de la duración determinada, dadas condiciones como la peligrosidad del individuo, pero la cadena perpetua no se ve justificada, y iii) la cadena perpetua (Sentencing Council, Life sentences). De acuerdo con varias guías contenidas en la sección 152 del Acta de Justicia Criminal de 2003 (“*Criminal Justice Act 2003*”), la elección del tipo de sentencia condenatoria dependerá de varios criterios, principalmente la gravedad de la conducta.

En cuanto a las medidas alternativas, los sistemas estadounidenses contemplan como penas alternativas medidas de casi todos los tipos: económicas (la multa), de vigilancia en libertad (el sometimiento a prueba o “*probation*”), comunitarias (como el trabajo comunitario) e incluso las medidas clínicas (cortes de drogas o de tratamiento para enfermedades mentales). Por

82 El sistema de sentencias indeterminadas fue introducido en el Estado de California en 1917 como regla general, pero en 1976 reintrodujo las sentencias determinadas en la *Determinate Sentencing Law*. Sin embargo, mantuvo la posibilidad para que ciertos delitos muy graves recibieran sentencias indeterminadas (Dansky, 2008).

83 United States Sentencing Commission, S 5F1.7, California State Legislature, Sección 8052, e). En la legislación de California se clasifica este tipo de encarcelamiento como una sanción comunitaria que tienen una naturaleza intermedia entre las sanciones comunitarias y las que involucran los servicios correccionales privados o públicos.

84 Congress of the United States, Sección 3583, ; California State Legislature, Sección 1170 h); New York State Legislature, Sección 70.45.

supuesto, dado que las multas no requieren mayor análisis<sup>85</sup>, se comenzará por las medidas de vigilancia.

Sin embargo, antes de continuar debe decirse que la pena de muerte (*death sentence*) no permite clasificarse de manera sencilla como pena no privativa de la libertad (si bien, más severa). Aunque la pena impuesta consiste en la ejecución del condenado y no en la imposición de un tiempo determinado en prisión, la aplicación de la pena de muerte suele implicar el encarcelamiento del condenado durante periodos largos antes de su ejecución.<sup>86</sup> Adicionalmente, al ser una pena más grave que la prisión y que no guarda coherencia con el fin primordial de la pena en Colombia (la resocialización), carece de sentido tenerla en cuenta como una alternativa a la privación de la libertad.

#### – Las penas alternativas de vigilancia en libertad

Dentro de las medidas alternativas que conllevan la vigilancia, el sometimiento a prueba o el cumplimiento de alguna obligación se encuentran las sentencias de descargo (*discharge*), la suspensión de la sentencia (*suspended sentence*) y la imposición de la vigilancia y sometimiento a prueba por parte de unos

---

85 A pesar de que la multa, es una pena muy utilizada y es relativamente sencilla y no presenta tanta variación. En aras de claridad, debe señalarse que las multas en Francia y en México tiene varias estructuras. En Francia, estas penas se dividen en tres tipos: la multa ("*l'amende*") (Parlament Français. *Code Pénale*. Art. 131-3 num. 3 y Art. 131-12 num. 1.), la multa diaria ("*le jour-amende*") (Parlament Français. *Code pénale*, 1992. Arts. 131-3 num. 4), y la sanción-reparación ("*sanction-réparation*") (Parlament Français. *Code pénale*, 1992. Arts. 131-3 num. 9 y Art. 131-12 num. 3) (European Prison Observatory, 2015). Los sistemas penales estudiados de México cuentan con sanciones similares, como la multa diaria (Código Penal Federal de los Estados Unidos Mexicanos, 1931. Art. 29; Código Penal para el Distrito Federal, 2002. Arts. 37, 38 y 38BIS; Código Penal para el Estado de Baja California, 1989. Arts. 28 y 29) y la reparación del daño material hecho a la víctima (Código Penal Federal de los Estados Unidos Mexicanos, 1931. Art. 30; Código Penal para el Distrito Federal, 2002. Arts. 42; Código Penal para el Estado de Baja California, 1989. Arts. 33).

86 Según el Death Penalty Information Center, el encarcelamiento previo puede ser bastante extenso, y en condiciones de aislamiento. Se puede consultar en: <https://deathpenaltyinfo.org/time-death-row>. Incluso, en algunos casos, se ha llegado a hablar de dicha privación de la libertad como una forma de castigos crueles e inhumanos, debido a los sufrimientos que puede causar (Liptak, 2011).

servicios especiales (conocida como “*probation*”). Estos tres tipos de sentencia tienen en común que suelen imponer (salvo el descargo incondicional) obligaciones especiales sobre el procesado, las cuales involucran el seguimiento y vigilancia de oficiales especializados, y cuyo incumplimiento puede permitir a la autoridad judicial imponer un endurecimiento de las condiciones o incluso el encarcelamiento.

En primer lugar, el descargo es definido en la legislación penal de New York como la posibilidad de que una corte, si considera que no hay interés público para la ejecución de la pena y que la vigilancia y prueba (“*probation*”) no son aplicables<sup>87</sup>, pueda declarar responsable al condenado, pero abstenerse de ordenar la pena de prisión establecida para esa conducta (New York State Legislature, Sección 65.05.). El descargo puede conllevar la obligación de cumplir con condiciones especiales (New York State Legislature, Sección 65.05 y 65.02), tales como la obligación de evitar ciertos hábitos, evitar ciertos lugares, trabajar o estudiar, recibir tratamientos médicos o psiquiátricos, entre otros (New York State Legislature, Sección 65,10). La violación de estas condiciones o la comisión de otra conducta delictiva permite a la corte aumentar las condiciones impuestas, o incluso revocar el descargo y ordenar el encarcelamiento (New York State Legislature, Sección 65.05, 2).

Por su parte, el sistema inglés también contempla la posibilidad del descargo (“*discharge*”), el cual es aplicable a casos de ofensas muy leves y en los que la sanción (sea de prisión o de sometimiento a prueba) se considere innecesaria (European Prison Observatory, 2015). Al igual que en Estados Unidos, el descargo en Inglaterra puede estar sometido a la condición (“*conditional discharge*”) de no reincidir (Ashworth, 2011; Sentencing Council. Discharges).

A diferencia del descargo, en los sistemas penales estadounidenses también es posible imponer la vigilancia y sometimiento a prueba (“*probation*”) como una pena en sí misma, y, por lo tanto, no consiste en una “terminación” del proceso penal, sino en la

---

87 Salvo en el caso de California, pues su legislación permite que se puede suspender el efecto de la sentencia si se establece la vigilancia y prueba (“*probation*”) (Sección 1203 y 1203.1, California State Legislature, *Penal Code*).

condena misma. Esta consiste en el sometimiento a prueba del condenado, aparejado con varias condiciones y mecanismos de vigilancia. Este tipo de sentencia existe en el Sistema Federal (Congress of the United States, Sección 3561 y siguientes) y en los Estados de California (California State Legislature, Sección 1203 a) y siguientes) y New York (New York State Legislature, Sección 65.00), y suele hacer uso de oficiales especializados que vigilan el cumplimiento de las condiciones de libertad, usualmente a través de la reunión o visita periódica del condenado a los oficiales o viceversa. Este tipo de pena, por lo general, puede imponerse como una pena independiente o como parte de una pena mixta, de forma que parte de la sentencia impuesta puede tener un periodo determinado de prisión, más un periodo bajo prueba. En los tres sistemas, la violación de las condiciones o la reincidencia pueden llevar a que se aumenten la magnitud de la vigilancia, así como también la revocatoria del periodo de prueba y el subsecuente encarcelamiento.

A pesar de ser una medida alternativa importante en Estados Unidos, la vigilancia y sometimiento a prueba (*"probation"*) ha tenido problemas de aplicación, y en especial, ha sido usada muy poco en el Sistema Federal. Según un reporte de la Comisión de Sentencias de Estados Unidos (*United States Sentencing Commission*), en 2014 la gran mayoría de los condenados en el Sistema Federal han recibido sentencias únicamente de prisión (un 91,7% en varias formas), dado que progresivamente, el Sistema Federal (2015) ha ido estableciendo limitaciones legales para que ciertos delitos puedan recibir sentencias sin encarcelamiento. Incluso, este sistema y algunos sistemas estatales han llegado a establecer penas mínimas de prisión, y han prohibido ofrecer estos beneficios a extranjeros que pueden ser deportados. Por esto, la población que puede recibir sentencias alternativas, y en particular el sometimiento a prueba, ha ido disminuyendo en los últimos años.

De igual forma, en Inglaterra la implementación de estas alternativas no ha sido la ideal. El Acta de Justicia Criminal de 2003 buscó aumentar el uso de sentencias no privativas de la libertad para reemplazar el encarcelamiento de corta duración, pero sus verdaderos efectos han sido cuestionados. Por una parte, alternativas como la suspensión de la sentencia (*suspended*

*sentence order*) parecen haber reemplazado el uso de sentencias comunitarias, y no las sentencias de encarcelamiento (European Prison Observatory, 2015). Por otra, la introducción de sanciones comunitarias o de vigilancia y prueba ("*probation*") han sido vistos como intentos ideológicos de abrir el sistema criminal a la intervención del sector privado, pues no son ejecutadas por el Estado (European Prison Observatory, 2015).

Otra modalidad, similar al descargo y a la pena de vigilancia y sometimiento a prueba ("*probation*") es la sentencia suspendida ("*suspended sentence order*") de Inglaterra, que tiene su análogo en California y New York (European Prison Observatory, 2015; California State Legislature, Sección 1203 a); New York State Legislature, Sección 65.00 ). En esta figura, en la cual el sometimiento a vigilancia y a prueba no es la pena en sí misma, sino que es una condición que suspende en el tiempo la ejecución de la pena de prisión establecida en la sentencia. En este sentido, el incumplimiento de las condiciones del sometimiento a prueba puede implicar para el condenado el levantamiento de dicha suspensión, y que deba ejecutarse la pena de prisión ordenada en la sentencia originalmente.

En Francia existen la suspensión de la condena ("*suspension de la condamné*") (Parlament Français, 1992, Arts. 131-6 num 1), la cual incluye dos variaciones: una con vigilancia y prueba ("*avec probation*") o con trabajo de interés general ("*avec travail d' intérêt général*") (European Prison Observatory, 2015). En este grupo también se encuentra una modalidad diferente de suspensión de la condena, a saber, la contraindicación penal ("*contrainte pénale*") (Parlament Français, 1992. Arts. 131-4-1). Este tipo de penas se caracterizan por suspender la pena de prisión y someter al condenado a un periodo de prueba de máximo 5 años, durante el cual pueden ejercerse un conjunto de obligaciones. Dentro de estas, se puede imponer el monitoreo socioeducativo, la obligación de someterse a diferentes tratamientos o las prohibiciones de ir a ciertos lugares. Sin embargo, en ambas pueden imponerse mecanismos de vigilancia, como la obligación de reportarse periódicamente ante oficiales de vigilancia y prueba ("*probation*"), de requerir autorización para viajar o cambiar de residencia, entre otras (European Prison Observatory, 2015). También pueden incluirse otras, como la

obligación de buscar o ejercer un oficio o actividad, de residir en un lugar específico, de reparar a la víctima, de ingresar a programas especiales (de prevención de violencia doméstica, por ejemplo), de entregar a menores de edad bajo su custodia, de llevar a cabo trabajos de interés general o de hacer cursos de ciudadanía, entre otras (European Prison Observatory, 2015).

La diferencia fundamental entre ambas figuras recae en que, mientras que la suspensión es una figura que permite la suspensión de la pena por un periodo determinado por el juez en el momento de la condena (European Prison Observatory, 2015), la conraindicación penal somete al condenado a un control más exhaustivo. Esta última requiere la imposición de monitoreo socioeducativo, y las obligaciones concretas son determinadas por medio de una evaluación de la personalidad y de la situación familiar, social y material del condenado de manera periódica. Así, periódicamente se lleva a cabo una reevaluación de las condiciones por los servicios de prueba (“*probation*”) y de rehabilitación (SPIP), pudiendo ser modificadas por el juez si este considera que la situación ha sido superada o subsanada, o incluso endurecerlas si ha empeorado (European Prison Observatory, 2015). Si el condenado reincide durante la duración de esta, en el nuevo proceso penal se podrá imponer la pena de la nueva conducta y la del delito original (European Prison Observatory, 2015).

Por su parte, los tres sistemas mexicanos cuentan con mecanismos que permiten la suspensión de la pena bajo ciertas circunstancias, sometiendo a la persona condenada a prueba durante la suspensión, así como otro conjunto de obligaciones. Aunque en las tres legislaciones los requisitos varían, al igual que las obligaciones que se pueden imponer, estas son similares. De esta manera, en cuanto a los requisitos, todas exigen una pena igual o menor a ciertos años de prisión (de 3 a 5, dependiendo del sistema), que no exista la necesidad de sustituir la pena por otra no privativa de la libertad, haber reparado el daño a la víctima y haber recibido una evaluación positiva por parte de los servicios previos al juicio para la suspensión. En cuanto a sus obligaciones, puede ser la de someterse a la vigilancia de las autoridades competentes, la obligación de residir en un lugar determinado, desempeñar una profesión o labor lícita, y

abstenerse de ciertas conductas (como consumir bebidas alcohólicas o estupefacientes)<sup>88</sup>.

Por su parte, el Sistema Federal Mexicano y el de México D.F. contemplan la vigilancia por una autoridad como una forma de pena, en conjunto con la pena de privación de derechos o de libertades, siendo por su propia naturaleza una pena de carácter accesorio que puede decretarse con la suspensión condicional de la pena<sup>89</sup>. Esta consiste en someter al sentenciado a la vigilancia y observación por parte de personal especializado, labor que busca dos finalidades: 1) coadyuvar a la resocialización, y 2) la protección de la comunidad.

#### – Las penas comunitarias

En todos los sistemas estudiados, una de las penas alternativas más importantes son las penas comunitarias. El ejemplo paradigmático de estas penas es el trabajo social, aunque también existen modalidades como algunos programas educativos o de tratamiento médico o psicológico (por ejemplo, para el tratamiento del abuso de sustancias), entre otras. En Estados Unidos, este tipo de penas no se encuentran contempladas en el Sistema Federal, en parte debido a la naturaleza más grave de los delitos de su competencia, pero sí lo están en el Estado de California y de New York. Sin embargo, mientras que en California este tipo de obligaciones se encuentran contempladas como una pena autónoma e independiente, y por tanto se puede imponer como castigo, en New York<sup>90</sup> estas se entienden como parte de la vigilancia y prueba (“*probation*”)<sup>91</sup>.

88 Código Penal Federal de los Estados Unidos Mexicanos, 1931. Art. 90; Código Penal para el Distrito Federal, 2002. Art. 90 y ss; y Código Penal para el Estado de Baja California, 1989. Art. 93 y ss. (Para Baja California, no puede suspenderse si el delito fue cometido sobre menor de 18 años).

89 Código Penal Federal de los Estados Unidos Mexicanos, 1931. Art. 50BIS; Código Penal para el Distrito Federal, 2002. Art. 60.

90 La razón para incluir estas obligaciones como “sentencias comunitarias” es que, si bien en la legislación de New York este tipo de obligaciones son solo condiciones del probation y no pueden imponerse de manera independiente, estas tienen una naturaleza comunitaria afín a las penas que otros ordenamientos establecen como penas independientes.

91 (New York State Legislature, Sección 65.10, en especial literal h).

Sin embargo, en Estados Unidos gran parte de la oferta de medidas alternativas suelen ser programas ofrecidos a niveles locales y ser implementados como parte de los servicios de vigilancia y prueba (“*probation*”), como parte del tratamiento penitenciario, o incluso como parte de los esquemas de las penas comunitarias. Este es el caso de California<sup>92</sup>, en donde la legislación estatal ofrece pocas alternativas fuera de la sentencia de *probation* y algunos programas de vigilancia electrónica, detención domiciliaria para casos en los que las condiciones de la libertad bajo palabra (*parole*) han sido violadas (Martin & Grattet, 2015). En los condados, la gran mayoría de programas alternativos a la privación de la libertad suelen darse en el marco de la detención domiciliaria con vigilancia electrónica, aunque también existen otros programas que se concentran en ofrecer libertad para trabajar de manera vigilada (*work release*) —por ejemplo, programas que permiten que un condenado trabaje fuera de reclusión, pero tenga la obligación de pernoctar en él (es decir, como la libertad preparatoria colombiana)—. Estos programas permiten que los trabajos sean de naturaleza comunitaria, y permiten que, mediante el trabajo haya una reducción de la pena (Martin & Grattet, 2015).

De estas formas alternativas de castigo, quizá las más interesantes son las penas comunitarias, pues este tipo de penas pretenden sancionar al infractor sin romper su vínculo con la comunidad. Este tipo de penas tienen muchas ventajas, pues suelen ser menos costosas para el Estado en la medida en que no requieren la ejecución de proyectos penitenciarios que deban mantener a las personas condenadas privadas de su libertad, cuerpos de guardia, etc. (Petersilia, 1987). Pero, además, estas también suelen ser más efectivas para resocializar a la persona sancionada, ya que esta no se ve alejada de sus vínculos comunitarios y puede ser sometida a mecanismos de vigilancia, apoyo y resocialización, que permita evitar de una manera más efectiva la reincidencia futura (Petersilia, 1987).

---

92 Esta competencia fue asumida por los condados por una reforma de 2011 (la *Public Safety Realignment Reform*), debido a la necesidad de reducir el hacinamiento en las prisiones de California (Martin & Grattet, 2015; California State Legislature, Sección 1170.05)

Así, a diferencia de la prisión, estas penas permiten evitar los efectos negativos de los entornos carcelarios, como la estigmatización, la violencia, el deterioro físico, mental y emocional, etc. (Petersilia, 1987).

En cuanto a las penas comunitarias, el derecho penal inglés ofrece una amplia gama (European Prison Observatory, 2015). De acuerdo con el Acta de Justicia Criminal de 2003, sección 177, estas órdenes solo pueden imponerse para delitos que tienen penas de prisión (salvo delitos graves),<sup>93</sup> y pueden consistir en: i) trabajo no pago, ii) el realizar ciertas actividades, las cuales pueden involucrar acciones de reparación o de contacto con la víctima, iii) ingresar a un programa certificado de entrenamiento, u otros, iv) prohibición de una actividad, v) cumplir con toque de queda, vi) prohibición de ingresar a un lugar determinado, vii) de residir en un lugar determinado, viii) de recibir tratamiento de salud mental, ix) de recibir tratamiento de rehabilitación por drogas, x) de recibir tratamiento de rehabilitación por alcohol, xi) de someterse a la supervisión de un oficial, por medio de citas periódicas, y xii) si el condenado es menor de 25 años, internarse en centros específicos<sup>94</sup>. Esta clase de penas, además, pueden llevar aparejada la imposición de vigilancia electrónica. La forma más usada es la imposición conjunta de trabajo gratuito y de supervisión, por una duración de hasta 3 años (el máximo posible) (European Prison Observatory, 2015).

Las sanciones comunitarias también han sido establecidas en el ordenamiento penal francés, aunque este sistema cuenta con algunas que son particularmente interesantes: el trabajo de interés general ("*travail d'intérêt général*") (Parlament Français, 1992. Arts. 131-3 num. 6), los cursos de ciudadanía ("*stage de citoyenneté*") (Parlament Français, 1992. Arts. 131-3 num. 5) y la sanción-reparación cuando esta consiste en trabajar para la víctima. Este tipo de penas se pueden imponer de manera

---

93 Parliament of the United Kingdom. *Criminal Justice Act 2003*, s. 150 & 150A. Así, las ordenes comunitarias solo proceden cuando el delito no conlleva una pena de prisión obligatoria o una pena de cadena perpetua.

94 Parliament of the United Kingdom. *Criminal Justice Act 2003*, s. 177 (lista de opciones), s. 199-213 (definiciones específicas de cada requisito).

autónoma o complementaria a una pena de vigilancia y a formas de libertad anticipada (como la suspensión de la condena), y solo proceden para delitos leves (los “*délits*”). El trabajo de interés general implica que el condenado debe llevar a cabo la obligación de realizar ciertos trabajos de interés general como la reparación de edificios, el mantenimiento de áreas verdes o la atención de personas en centros asistenciales entre 20 y 180 horas por un periodo de máximo 18 meses (European Prison Observatory, 2015). Por su parte, los cursos de ciudadanía imponen la obligación al condenado de cursar programas especializados sobre valores por un máximo de 6 horas al día (European Prison Observatory, 2015).

A diferencia de Estados Unidos, Francia e Inglaterra, los sistemas mexicanos estudiados no designan las penas de naturaleza comunitaria como tales, sino como formas de tratamiento en libertad y semi-libertad. Estas son penas que se pueden imponer de manera independiente o como sustitutivas, luego del cumplimiento parcial de la pena de prisión. En primer lugar, el tratamiento en libertad corresponde a la imposición de medidas laborales, educativas y curativas que sean tendientes a la readaptación social del condenado en una institución o autoridad ejecutora de estos tratamientos. Dado que esta clase de sanción puede imponerse como pena autónoma o sustitutiva de la pena de prisión en ciertos casos, su duración en las tres legislaciones no puede ser superior a la pena de prisión del delito<sup>95</sup>.

Por su parte, la semi-libertad permite que el condenado alterne periodos de libertad con periodos de reclusión, siguiendo varios patrones. Estos pueden ser de reclusión durante los fines de semana y de libertad durante la semana o viceversa, e incluso la libertad diurna con reclusión nocturna o viceversa. Esta sanción puede imponerse de manera autónoma o como sustitutiva de la prisión<sup>96</sup>.

---

95 Código Penal Federal de los Estados Unidos Mexicanos, 1931. Art. 27; Código Penal para el Distrito Federal, 2002. Art. 34; Código Penal para el Estado de Baja California, 1989. Art. 27BIS.

96 Código Penal Federal de los Estados Unidos Mexicanos, 1931. Art. 27; Código Penal para el Distrito Federal, 2002. Art. 34; Código Penal para el Estado de Baja California, 1989. Art. 27BIS.

Los sistemas estudiados también contemplan como pena la imposición de obligaciones de naturaleza comunitaria: i) la obligación de llevar a cabo trabajos en favor de la comunidad<sup>97</sup> (y, en el caso particular del sistema de México D.F., también en beneficio de la víctima<sup>98</sup>), y ii) penas de libertad vigilada por parte de autoridades designadas para ello (salvo en Baja California)<sup>99</sup>. En México, los trabajos comunitarios pueden prestarse en instituciones públicas educativas, de asistencia social o en instituciones privadas asistenciales, determinando el horario de las labores por fuera de las obligaciones de labores de subsistencia del condenado y su familia, y no pueden superar las horas laborales extraordinarias establecidas en la ley laboral. En su ejecución, el trabajo en favor de la comunidad deberá desempeñarse bajo vigilancia y con orientación de las autoridades encargadas<sup>100</sup>.

– *Las medidas alternativas terapéuticas*

Otro tipo de medidas alternativas utilizado en casi todos los países estudiados es el uso de modelos de justicia terapéutica, los cuales tienen como objetivo principal la rehabilitación de ciertas condiciones o circunstancias de una persona que fueron determinantes para la comisión de un delito. Así, este tipo de medidas consisten en la imposición de un tratamiento (por regla general, voluntario) para el consumo de alcohol o de sustancias ilícitas, algunos trastornos o enfermedades mentales, e incluso condiciones emocionales derivadas del entorno (por ejemplo, de la violencia o el abuso intrafamiliar) (Subijana Zunzunegui & Izaskun Porres García, 2013).

---

97 Código Penal Federal de los Estados Unidos Mexicanos, 1931. Art. 27; Código Penal para el Estado de Baja California, 1989. Art. 48.

98 Código Penal para el Distrito Federal, 2002. Art. 36.

99 Código Penal Federal de los Estados Unidos Mexicanos, 1931. Art. 50BIS; Código Penal para el Distrito Federal, 2002. Art. 60. Código Penal para el Estado de Baja California, 1989. Art. 65.

100 Código Penal Federal de los Estados Unidos Mexicanos, 1931. Art. 27; Código Penal para el Estado de Baja California, 1989. Arts. 48 y 49.

Bajo este principio, todos los países estudiados cuentan con medidas alternativas que tienen como finalidad principal ofrecer un tratamiento terapéutico a las personas condenadas, e incluso durante el mismo proceso penal (como una medida sustitutiva de la detención previa al juicio), pero siguen diferentes arreglos institucionales. Por ejemplo, en Estados Unidos la oferta institucional de este tipo de medidas es dada por las entidades gubernamentales locales (los condados) o por agencias sin ánimo de lucro (Division of Criminal Justice, New York). Estos programas son en su mayoría para el tratamiento de enfermedades mentales (Division of Criminal Justice, New York), programas de rehabilitación para usuarios de drogas, programas de servicio social, entre otros, y suelen integrarse al sistema penal como parte de las condiciones de la vigilancia bajo prueba (“*probation*”).

Un ejemplo de medidas alternativas a la privación de la libertad son los tribunales de drogas utilizados en Estados Unidos y México (Programa Drogas, Seguridad y Democracia, 2018), y actualmente se encuentran en expansión en Inglaterra (Berg, 2015). Aunque los tribunales de drogas varían mucho entre las diferentes jurisdicciones y sistemas, por regla general consisten en un proceso en el cual el juez vigila y valora el cumplimiento de una serie de condiciones de tratamiento (por ejemplo, la de no consumir cierta sustancia), y en caso de incumplimiento impone sanciones punitivas (como servicio comunitario, periodos cortos de encarcelación, entre otros), o establece incentivos (como la reducción de las condiciones de vigilancia) (Programa Drogas, Seguridad y Democracia, 2018).

En el Sistema Federal de Estados Unidos, los jueces y fiscales suelen permitir a los usuarios de drogas procesados que acepten la responsabilidad para ingresar a programas de tratamiento y vigilancia, de forma que sus sentencias sean reducidas o incluso eviten completamente la condena al suspender el procedimiento (Secret, 2013). Por su parte, en California (California State Legislature, Sección 1000.5) y New York (New York State Legislature, Sección 216), estos programas han seguido el modelo de las cortes de drogas, que permiten que los casos de usuarios de estas sustancias abandonen la jurisdicción penal y sean redirigidos a cortes especiales que, con mecanismos de vigilancia

judicial, de vigilancia y prueba (“*probation*”) y obligaciones especiales de reporte periódico o tratamiento, abandonen el uso de sustancias, accedan a servicios de colocación de empleo y vivienda o de salud mental, entre otros (Programa Drogas, Seguridad y Democracia, 2018).

Aunque el uso de cortes de drogas se ha expandido mucho en Estados Unidos como una forma alternativa, este no deja de presentar dificultades. Primero, porque si bien este tipo de cortes son más efectivos que la prisión para el tratamiento del consumo problemático de sustancias psicoactivas, estos pueden terminar operando sobre perfiles diferentes y que no deberían estar penalizados, por ejemplo, el uso ocasional recreativo (Colectivo de Estudios, Drogas y Derecho, *et al.*, 2015). Segundo, porque este tipo de tribunales todavía presuponen el tratamiento sancionatorio como forma de enfrentar el consumo de drogas, pues se basan en la imposición de incentivos y sanciones (entre las cuales se encuentra una eventual amenaza de encarcelamiento). En este sentido, estos tribunales todavía presentan la tensión entre el tratamiento como estrategia de salud pública y la judicialización penal, la cual puede llegar incluso a la patologización de la persona condenada. Esto se agrava cuando se tiene en cuenta que el delito investigado puede ser la mera posesión o consumo, lo que refuerza el tratamiento judicial de un problema de salud pública. Tercero, porque puede aumentar los problemas de selectividad existentes en la persecución penal de ciertas poblaciones, como la población afroamericana en Estados Unidos (Guzmán, 2012).

### *c) Las medidas alternativas utilizadas como penas propias*

Otra buena práctica encontrada en los países analizados es que sus sistemas penales contemplan la posibilidad de que las medidas alternativas sean impuestas como la pena propia de ciertos delitos. Esto es una diferencia sustancial con el ordenamiento colombiano, pues como se pudo mostrar antes, el sistema colombiano solo cuenta con una pena alternativa propiamente que es poco utilizada (la multa), mientras que las demás medidas alternativas son solo mecanismos sustitutivos.

Aunque en un principio esta diferencia puede considerarse intrascendente, el utilizar algunas medidas alternativas como pena propia de una conducta penal, y no como un mecanismo “sustitutivo” de la pena de prisión, refleja dos formas de entender político-criminalmente el rol de la prisión y de las medidas alternativas, y por consiguiente del ejercicio del derecho a castigar. En este sentido, si un sistema penal impone una pena alternativa como una pena propia (por ejemplo, establece legalmente que la sanción de una conducta leve será el trabajo comunitario), esto quiere decir que dicho sistema valora que la sanción que corresponde a esa conducta es una pena que no implica la privación de la libertad. Por el contrario, un sistema que solo utiliza las medidas alternativas como formas “sustitutivas” de la prisión (por ejemplo, al permitir que se reemplace la pena de prisión establecida en la legislación por trabajo comunitario) valora como la sanción “propia” de dicha conducta la prisión y la medida alternativa como una “excepción” o como un “beneficio”. De este modo, en estos sistemas las medidas alternativas pueden llegar a verse como medidas que no cumplen el rol sancionador de la prisión e incluso como impunidad, pues la legislación valora a la prisión como la forma “propia” de castigar dicha conducta.

A partir del estudio de los sistemas penales escogidos, se encontró que por regla general estos contemplan el uso de las medidas alternativas como penas propias para algunas conductas, usualmente las más leves en el ordenamiento. Por supuesto, esto funciona de maneras muy diferentes en cada sistema, puesto que mientras unos estipulan estas penas como una posibilidad de pena dentro de varias y dependen de la discrecionalidad y la valoración del juez (por ejemplo, en Estados Unidos e Inglaterra), en otros la pena está establecida como la consecuencia “natural” de la condena (como en Francia o en México). Debido a esto, el uso de las medidas alternativas como penas propias no solo quiere decir que estas están establecidas en la legislación como la pena directamente, sino que son utilizadas como forma de sanción propia para ciertas conductas, y no solo como “excepciones” a la prisión.

#### d) *Las medidas alternativas como instrumentos del tratamiento penitenciario*

Finalmente, otra serie de buenas prácticas se pudieron encontrar en el uso de las medidas alternativas parciales (es decir, aquellas que exigen el cumplimiento parcial de la pena de prisión) como parte integral del tratamiento penitenciario. Por regla general, todos los países estudiados cuentan con más o menos las mismas medidas alternativas para esta etapa, que corresponden a la libertad condicional o "*parole*", el cumplimiento de la pena restante en reclusión domiciliaria, y los beneficios especiales de tratamiento penitenciario en libertad. Sin embargo, las medidas alternativas parciales son aplicadas en formas que potencian su efecto resocializador como parte integral del tratamiento penitenciario.

A pesar de que cuentan con una oferta amplia de medidas alternativas al momento de la condena, los sistemas de Estados Unidos son los que cuentan con menos medidas alternativas parciales. Por regla general, la única otra alternativa que existe es la libertad bajo palabra ("*parole*"), la cual existe en los sistemas de California (California State Legislature, Artículos 1, 2 y 3, Capítulo 8, Título 1, Parte 3) y de New York (New York State Legislature, Sección 70.40), mas no en el Sistema Federal (Congress of the United States, Sección 3624 b). En ambos Estados, la concesión de la libertad bajo palabra es competencia de una comisión independiente especial, y no del juez del proceso penal.<sup>101</sup> También existen algunos delitos graves que no pueden recibir la libertad bajo palabra (por ejemplo, algunos tipos de homicidio o de violencia sexual), y la legislación establece algunas circunstancias específicas que también prohíben su concesión (por ejemplo, que se estén cumpliendo múltiples condenas).<sup>102</sup>

101 En New York, la Comisión de Libertad Bajo Palabra del Estado (*State Parole Commission*), y en California la Junta de Audiencias de Libertad Bajo Palabra (*Board of Parole Hearings*) o el Departamento de Correcciones y Rehabilitación (*Department of Corrections and Rehabilitation*).

102 Este es el caso en la legislación del Estado de New York, que hace inelegibles a personas que estén condenadas a más de una sentencia determinada (New York State Legislature, Sección 70.40 ii).

En Estados Unidos, el Estado de New York fue el único de los sistemas estadounidenses estudiados que ofrece otra medida alternativa parcial además de la libertad bajo palabra: el permiso o “*furlough*”, que permite la liberación de hasta 7 días consecutivos. En New York también existe la liberación para trabajar (*work release*), para recibir entrenamiento industrial (*industrial training leave*), para estudiar (*educational release*), para realizar trabajos o actividades comunitarias (*community service leave*), y para visitar a familiares cuando estos están cerca de fallecer o para ir a un funeral (*leave of absence*). Aunque todas estas medidas tienen como finalidad ayudar a la reintegración gradual del condenado en su familia y comunidad, y pueden concederse a personas condenadas antes de los dos años de cumplir su pena de prisión, solo el permiso (“*furlough*”) puede considerarse propiamente como una medida alternativa a la privación de la libertad, pues las demás medidas exigen que el condenado regrese al centro de reclusión cada día para dormir.

En materia de medidas alternativas que exijan un cumplimiento parcial de la pena en prisión, Inglaterra cuenta únicamente con la libertad condicional o bajo palabra (“*parole*”) (European Prison Observatory, 2015), y con la detención domiciliaria (“*home detention curfew*”), la cual solo establece un periodo de tiempo diario durante el cual el condenado debe permanecer en su domicilio con vigilancia electrónica (comúnmente 12 horas al día, aunque puede ser hasta de 9) (European Prison Observatory, 2015). Estas figuras también suelen repetirse en Francia y en México, aunque el modelo francés cuenta con más alternativas.

En Francia, las medidas que pueden aplicarse luego del cumplimiento parcial de la condena son: i) la colocación en el exterior (“*le placement à l’exterieur*”), que, siendo similar a la franquicia preparatoria colombiana, permite que la persona trabaje por fuera del centro de reclusión y solo deba reportarse periódicamente frente a las autoridades penitenciarias (European Prison Observatory, 2015); ii) la vigilancia electrónica (“*la surveillance électronique*”); iii) la libertad condicional (“*la libération conditionnelle*”); y iv) la libertad conraindicada o restringida (“*la libération sous contrainte*”). Estas medidas se encuentran diseñadas para ofrecer a los condenados que se encuentran cumpliendo su pena una libertad progresiva.

Si bien la colocación en el exterior, la vigilancia electrónica y la libertad condicional funcionan de manera similar a sus contrapartes colombianas, la libertad con conraindicación o restringida es una figura similar a la conraindicación penal ("*contrainte pénale*"), pero que se impone luego de un cumplimiento parcial de la pena de prisión. En este sentido, esta figura somete al liberado a reevaluaciones periódicas, con base en las cuales el juez podrá ordenar la modificación de la libertad por medidas de vigilancia electrónica, libertad para trabajar, pero con la obligación de regresar al centro de reclusión diariamente ("*l'indemnité journalière*", la libertad preparatoria en el modelo colombiano), o por la colocación en el exterior (European Prison Observatory, 2015). De este modo, esta forma de liberación, con un monitoreo más intensivo, busca ser una medida alternativa intermedia que aplique para delitos que por su gravedad o por las circunstancias especiales del caso no recibirían la libertad condicional.

En el caso de México, todos los sistemas analizados cuentan con mecanismos que permiten la suspensión de la pena bajo ciertas circunstancias, sometiendo a la persona condenada a prueba durante la suspensión, así como otro conjunto de obligaciones. Aunque en las tres legislaciones los requisitos varían, así como las obligaciones que se pueden imponer, son cualitativamente similares. Así, en cuanto a los requisitos, todas exigen una pena igual o menor a ciertos años de prisión (de 3 a 5, dependiendo del sistema), que no exista la necesidad de sustituir la pena por otra no privativa de la libertad, haber reparado el daño a la víctima y haber recibido una evaluación positiva por parte de los servicios previos al juicio para la suspensión. En cuanto a sus obligaciones, pueden ser la de someterse a la vigilancia de las autoridades competentes, la obligación de residir en un lugar determinado, desempeñar una profesión o labor lícita, y abstenerse de conductas como consumir bebidas alcohólicas o drogas.<sup>103</sup>

---

103 Código Penal Federal de los Estados Unidos Mexicanos, 1931. Art. 90; Código Penal para el Distrito Federal, 2002. Art. 90 y ss; y Código Penal para el Estado de Baja California, 1989. Art. 93 y ss.

El Distrito Federal cuenta en su legislación penitenciaria con el repertorio más amplio de beneficios que exigen cumplimiento parcial de la pena (Ley de Ejecución para Sanciones Penales para el Distrito Federal, 1999). Estos son: i) el tratamiento preliberacional (que implica la liberación diaria, reclusión diurna y convivencia familiar fuera de prisión los fines de semana) (Art. 45), ii) la libertad preparatoria (Art. 40), y iii) la reclusión domiciliaria con monitoreo electrónico (Art. 39BIS y ss.). Estos se encuentran construidos de manera progresiva, de tal manera que la reclusión domiciliaria procede cuando falten 2 años para poder solicitar el tratamiento preliberacional (Art. 39BIS), mientras que este beneficio tiene un requisito del 50 % (Art. 39TER) de la pena cumplida, y la libertad preparatoria con un 60 % (Art. 44 y 46). Sin embargo, los beneficios de libertad anticipada (la preliberación y liberación preparatoria) y la reclusión domiciliaria se encuentran excluidos para ciertos delitos considerados graves (Art. 42).

El Sistema Federal mexicano y el sistema de Baja California cuentan con las mismas medidas, salvo algunas excepciones. Por ejemplo, en California no existe el beneficio de reclusión domiciliaria para la población en general, sino solo para adultos mayores, mujeres con hijos menores de edad, personas con enfermedades graves en etapa terminal, y personas con trastornos mentales graves y permanentes.<sup>104</sup> Mientras tanto, en el Sistema Federal mexicano un gran conjunto de delitos se encuentran excluidos de beneficios de libertad anticipada, como el uso ilícito de instalaciones aéreas, delitos contra la salud (incluido el narcotráfico), la corrupción de menores de edad, violación, homicidio, secuestro, comercialización de vehículos robados, entre otros.<sup>105</sup>

---

(Para Baja California, no puede suspenderse si el delito fue cometido sobre menor de 18 años.

104 Ley de Ejecución de Penas y Medidas Judiciales para el Estado de Baja California, 2010. Art. 146.

105 Código Penal Federal de los Estados Unidos Mexicanos, 1931. Art. 85.

**Tercera parte**  
**Conclusiones y recomendaciones**  
**para la corrección de las fallas de**  
**diseño del sistema penal**

## **1. Conclusión: Las fallas del diseño normativo de las medidas alternativas en Colombia**

Las medidas alternativas al encarcelamiento, como se desarrolló en detalle en la segunda parte, encuentran en Colombia un gran número de obstáculos para su aplicación. Estos han surgido como manifestación de un proceso de inflación punitiva que ha maximizado de manera progresiva el uso de la cárcel y que se ha amparado en una ideología penal que ve la seguridad y el aislamiento del criminal como el único medio legítimo para reducir el delito. Pero la inflación punitiva, al manifestarse de una forma antitécnica y asistemática en la política criminal, también ha traído consigo un desequilibrio inesperado en el sistema penal, de modo que las medidas alternativas al encarcelamiento, que son en últimas herramientas que deberían permitir al Estado reducir el delito de manera razonable, son poco utilizadas.

Con base en el análisis hecho en la segunda parte, las fallas de diseño normativo encontradas son: i) en su estado actual, el sistema penal contempla la privación de la libertad como la regla y las medidas alternativas como excepciones subsidiarias y secundarias; ii) la pena de prisión asignada a un delito es el criterio definitivo para la procedencia de las medidas alternativas, y iii) las medidas alternativas están regidas por una legislación antitécnica y ambigua que favorece, por tanto, el uso de la prisión.

### 1.1. La privación de la libertad es la regla general, las medidas alternativas la excepción

En Colombia, la privación de la libertad preventiva y la punitiva cumplen un rol central y preponderante, ya que se han convertido en los instrumentos y mecanismos centrales con los que el sistema penal opera durante la investigación, juzgamiento y sanción del delito. Por su parte, las medidas alternativas a la privación de la libertad que existen en el ordenamiento suelen ser utilizadas como formas *sustitutivas* de la privación de la libertad y, por regla general, se encuentran diseñadas como medidas especiales que proceden solo en casos específicos y cuando se cumplen una serie detallada de requisitos.

Lo anterior se cumple en el caso de la pena de prisión y la inexistencia casi absoluta (salvo la multa) de penas alternativas propiamente dichas. En Colombia, la prisión está establecida como la pena para la mayoría de las conductas prohibidas por el derecho penal: de las 631 modalidades delictivas contenidas en el Código Penal en 2016, solo 33 tienen establecida como pena la multa, mientras que las 598 restantes tienen establecida una pena privativa de la libertad (Cita & González, 2017). Por su parte, la gran mayoría de las medidas alternativas se encuentran diseñadas como mecanismos puramente *sustitutivos* para casos específicos, es decir, como excepciones a la pena de prisión establecida en la legislación. Esto ha hecho que, en general, la privación de la libertad tenga pocas limitaciones legislativas en su uso punitivo y sea entendida como la consecuencia natural del proceso penal, mientras que las medidas alternativas son aplicables según el caso concreto y solo con el cumplimiento de condiciones especiales, condiciones que la inflación punitiva ha tendido a endurecer progresivamente.

En contraposición, en los otros países estudiados se encontró que estos no utilizan la prisión como la única pena disponible en el ordenamiento, sino que cuentan con un sistema amplio de penas alternativas. En Estados Unidos, Inglaterra, México y Francia existen penas alternativas que son utilizadas como penas propiamente dichas. Aunque la gran mayoría pueden ser utilizadas también como sustitutivas de la prisión, estas también son utilizadas como formas alternativas de sanción

para ciertas conductas, y no como formas “excepcionales” de castigo para ciertos casos. Un ejemplo de esto son las penas comunitarias (como el trabajo comunitario) o las sanciones de vigilancia (*probation*) que pueden ser impuestas en Estados Unidos e Inglaterra, o el uso de las multas o de cursos pedagógicos en Francia. De esta forma, el sistema penal de estos países contempla la prisión como la pena más grave dentro de un espectro más amplio de formas sancionatorias, y no como la forma estándar y principal de castigo y las otras como “excepciones” a esta regla.

La centralidad de la privación de la libertad también ocurre en el caso de la detención preventiva, pero de manera indirecta. A diferencia de la prisión, esta no está establecida en la legislación como la medida principal del ordenamiento de manera explícita. La detención preventiva es la medida de aseguramiento más gravosa y solo procede para cumplir las finalidades cautelares del proceso (evitar la fuga, la obstrucción de la justicia o la comisión de conductas delictivas) (Ley 906, 2004, Arts. 2, 306 y 307). En este sentido, como lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Corte Constitucional. Sentencias C-121, 2012, C-1198, 2008; C-774, 2001) y la Directiva 0013 de 2016 de la Fiscalía General de la Nación,<sup>106</sup> esta solo es una restricción válida y legítima cuando se materializan estos riesgos y esta es la única medida idónea, necesaria y proporcional para evitarlos. Más aún, la reciente Ley 1760 de 2015 exige que, para su aplicación, deba demostrarse la insuficiencia de las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad (Ley 1760, 2015, Art. 1, parágrafo 2).

Sin embargo, es posible argumentar que la detención preventiva sí es la medida principal del sistema penal *de facto*, pues cuenta con pocas limitaciones jurídicas y sus alternativas son poco utilizadas. Por ejemplo, la detención preventiva solo puede proceder para delitos que tengan una pena mínima de 4 años de prisión o más, lo que pretendía limitar la detención a solo los casos más graves. A pesar de esto, la inflación punitiva hizo que esta medida pasara de aplicar a solo el 21,9% de las

---

106 Fiscalía General de la Nación, Directiva 0013 del 28 de julio de 2016.

modalidades delictivas del Código Penal en 2000, a un 61,8 % de las conductas delictivas en 2016 (Cita & González, 2017). De igual forma, la inflación punitiva en su aspecto procesal se materializó en la Ley 1142 de 2007 y habilitó su procedencia para casos en los que el acusado ha sido capturado por otra conducta delictiva o una contravención en el año anterior (Ley 1142, 2007, Art. 26), medida que fue endurecida por la Ley 1826 de 2017 al establecer que la mera captura evidencia que el capturado representa un peligro para la sociedad (Ley 1826, 2017).

Sumada a esta procedencia jurídica amplia de la detención preventiva se encuentran los obstáculos jurídicos e institucionales a sus medidas alternativas discutidos en la segunda parte. Entre estos se encuentran la ambigüedad e incoherencia de la legislación, las prácticas y falta de independencia de los funcionarios judiciales (Bernal & La Rota, 2013) y la falta de recursos institucionales para brindarles efectividad a medidas de aseguramiento no privativas de la libertad (Grupo de Prisiones, 2018). Todos estos aspectos permiten concluir que la detención preventiva, si bien no es la regla en principio, sí lo es en la práctica.

En contraposición, los otros países estudiados tienen mecanismos que limitan de manera efectiva la privación de la libertad preventiva al enfrentar problemas como estos. Por ejemplo, en Estados Unidos, Inglaterra y Francia, la libertad durante el proceso se entiende como un derecho que solo admite un sistema escalonado de restricciones según si las medidas alternativas se consideran insuficientes. Una aplicación adecuada de este criterio se sustenta necesariamente en el funcionamiento adecuado de mecanismos que en Colombia no existen, son poco utilizados o son insuficientes. Estos, por ejemplo, son la implementación de un modelo de cauciones económicas (fianza y bonos de comparecencia), de evaluación adecuada de los riesgos de fuga y no comparecencia del acusado (servicios previos al juicio) y de esquemas de vigilancia efectivos (por ejemplo, los servicios de vigilancia a prueba o “*probation*” de Estados Unidos, Inglaterra o Francia).

## 1.2. La pena como criterio de procedencia de las medidas alternativas facilita que la inflación punitiva distorsione y maximice el uso de la prisión

Quizá el punto más vulnerable de diseño normativo del sistema penal es su uso y dependencia en el *quantum* de pena asignado a un delito como criterio para determinar la procedencia de las medidas alternativas a la privación de la libertad. Como se vio en la segunda parte, este criterio es utilizado en la gran mayoría de las medidas alternativas en Colombia, bien sea al exigir que el delito o la condena tengan una pena específica, o bien al exigir el cumplimiento parcial de la pena en prisión.

En el caso de la privación de la libertad preventiva, la pena asignada a los delitos cumple la función de limitar la procedencia de la detención preventiva a los casos más graves. Sin embargo, por la ambigüedad y la falta de coherencia de dos disposiciones, las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad (la caución, las obligaciones y prohibiciones, o la vigilancia judicial) parecen estar limitadas a delitos con penas inferiores a 4 años,<sup>107</sup> y a la detención domiciliaria a delitos con una pena mínima de 8 años o menos.<sup>108</sup>

En el caso de la privación de la libertad punitiva, la utilización de este criterio para sustituir la pena de prisión por medidas alternativas sí ha sido directa y se mantiene vigente. Por una parte, todas las medidas alternativas totales, salvo la pena alternativa de multa, exigen un mínimo de pena para su aplicación (la suspensión de la pena (Ley 599, 2000, Art. 63) y la prisión domiciliaria (Ley 599, 2000. Art. 38B). Por otra, las medidas alternativas parciales a la prisión (como la libertad

---

107 Se recuerda que en la segunda parte se discutió que el Artículo 315 del Código de Procedimiento Penal, el cual no sería aplicable bajo una interpretación sistemática o si se considera derogado implícitamente en la Ley 1760 de 2015 o 1786 de 2016, no ha sido derogado explícitamente y su sentido literal parece restringir estas medidas.

108 En este caso, el problema es que los requisitos de la sustitución por detención domiciliaria, por remisión del Art. 38 del Código Penal a la sustitución por la prisión domiciliaria, solo procede, en la actualidad, para delitos con una pena mínima de 8 años.

condicional, la prisión domiciliaria por cumplimiento parcial de la pena y la franquicia preparatoria) también tienen el *quantum* punitivo como criterio para su aplicación, pues exigen un porcentaje de la pena y, por lo tanto, los aumentos punitivos y la imposición de penas más largas aumentan el tiempo de pena cumplida en prisión para su aplicación.

Por supuesto, el utilizar el criterio de la pena asignada en el tipo penal para determinar la procedencia de las medidas alternativas tiende no solo a restringir la aplicabilidad de estas en contextos de inflación punitiva, sino que además tiende a desfigurar la proporcionalidad penal que debe gobernar cualquier ejercicio punitivo. Esto se debe a que muchos proyectos de inflación punitiva se concentran en delitos particulares, lo que hace que la severidad de la sanción cambie en relación con la utilizada para las demás conductas del Código Penal. Este es el caso, por ejemplo, de los delitos de drogas (Uprimny, Guzmán & Parra, 2013), del porte de armas (Cita & González, 2017) o de los delitos sexuales (Cita & González, 2017). Esto se relaciona directamente con el carácter irreflexivo y centrado en la seguridad de la política criminal colombiana, pues ha tendido a aumentar penas de delitos que afectan la percepción de seguridad sin consideración de la lesividad de la conducta, la proporcionalidad de la medida o de su necesidad para resocializar a la persona condenada.

A diferencia de Colombia, países como Estados Unidos, Inglaterra y Francia utilizan otros criterios para la procedencia de medidas alternativas, entre los cuales el más destacado es la utilización de una clasificación jurídica de las conductas en una tipología según la gravedad. Aunque estas clasificaciones suelen variar de país a país, por regla general estas diferencian los tipos de conductas más graves, de gravedad media y leves del ordenamiento, como, por ejemplo, la diferencia entre las faltas y las felonías en Estados Unidos e Inglaterra o entre los crímenes, delitos y contravenciones en Francia<sup>109</sup>.

---

109 Como se vio anteriormente, los sistemas de clasificación varían, pero en esencia buscan distinguir conductas según su gravedad. Por ejemplo, en Inglaterra estos se distinguen las conductas criminales entre malas conductas (*misdemeanors*), ofensas (*offenses*) y felonías

Estas clasificaciones suelen definirse en la legislación teniendo en cuenta factores como la violencia de la conducta, si esta tiene componentes de violencia o abuso sexual, o si están enmarcadas en el crimen organizado, es decir, de una valoración criminológica y jurídico-penal de la gravedad de la conducta. De esta forma, y a diferencia del criterio según años de la pena de prisión, una clasificación jurídica de estas conductas permite determinar de una manera más sistemática qué conductas deberían poder acceder a ciertas medidas alternativas y cuáles no, incluso en el caso de la privación de la libertad durante el proceso (en Francia, por ejemplo, se utiliza la clasificación entre delitos y crímenes para delimitar la duración máxima de la detención provisoria).

### **1.3. La implementación de las medidas alternativas al ordenamiento penal ha tenido problemas de técnica legislativa y de sistematicidad**

Finalmente, la última falla de diseño es que, por regla general, las medidas alternativas han sido incorporadas al sistema penal de forma antitécnica, confusa y asistemática, es decir, por problemas de técnica legislativa que hacen difícil que se usen de manera adecuada. Por supuesto, esta falla se deriva de la falta de técnica y sistematicidad con la cual el Estado colombiano ha desarrollado su política criminal en general (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012). Esto ha llevado a que, en términos generales, las medidas alternativas no sean utilizadas en el ordenamiento como instrumentos útiles para que el sistema penal alcance sus finalidades (en particular, como una herramienta viable para resocializar al condenado).

Uno de los casos que mejor ejemplifican este problema es la existencia de varios sistemas de exclusión que, de manera confusa, restringen o parecen restringir la aplicación a las medidas alternativas a la detención preventiva. Como fue analizado en

---

(*felonies*). En Francia, la clasificación, de menor a mayor gravedad, es entre las contravenciones ("*contraventions*"), delitos ("*délits*") y los crímenes ("*crimes*").

la segunda parte, a la detención domiciliaria le parecen aplicar de manera concurrente las prohibiciones del Artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, el Artículo 68A del Código Penal y el Artículo 199 del Código de Infancia y Adolescencia, pero solo respecto de una causal.

Por su parte, en cuanto a las medidas alternativas a la prisión, en el capítulo tres de la segunda parte se discutieron los problemas derivados del Artículo 68A del Código Penal, del Art. 26 de la Ley 1121 de 2006 y del Art. 199 del Código de Infancia y Adolescencia. Entre estos se encuentran las dificultades para definir en qué consisten los “beneficios judiciales y administrativos” que se excluyen, o la forma poco técnica y sistemática en la cual estas disposiciones limitan la aplicabilidad de algunas medidas alternativas con exclusiones concurrentes o carentes de sentido (como en el caso de la reincidencia) (ver página 74 y siguientes). De esta forma, la prohibición antitécnica de la aplicación de medidas hace posible que algunos delitos relativamente leves no puedan recibir medidas alternativas a la privación de la libertad, incluso medidas que, como la libertad condicional, exigen un cumplimiento parcial de la pena en prisión.

Sin embargo, el caso que más ilustra la falta de una implementación articulada de las medidas alternativas es la falta de un diseño progresivo del uso de medidas alternativas en la fase penitenciaria. Como se discutió anteriormente, en la actualidad la libertad condicional y la prisión domiciliaria tienen requisitos mucho más bajos que la libertad y la franquicia preparatoria (beneficios de establecimiento abierto): mientras que las primeras exigen un 50 % de la pena cumplida, la libertad preparatoria requiere un 80 % de cumplimiento, y la franquicia preparatoria solo se puede aplicar luego de que se haya utilizado exitosamente la libertad preparatoria. Adicionalmente, los beneficios de establecimiento abierto están limitados por el Artículo 68A del Código Penal, mientras que la libertad condicional y la prisión domiciliaria no —incluso si los beneficios de establecimiento abierto son herramientas que pueden ser muy beneficiosas como parte de un tratamiento penitenciario con un enfoque resocializador—.

Los anteriores ejemplos permiten ilustrar cómo el sistema penal no ha logrado integrar las medidas alternativas de manera

que cumplan un rol claro dentro de su estrategia político-criminal. Por una parte, estas medidas han sido diseñadas con un gran número de obstáculos que evitan que sean utilizadas para cumplir diferentes fines, como cautelar el proceso sin necesidad de incurrir en los costos en derechos y económicos del encarcelamiento, o como forma de sancionar conductas leves que, por esta razón, no ameritan el uso de la prisión. Pero por otra, el sistema también ha desperdiciado figuras como la libertad y la franquicia preparatoria, las cuales, si bien pueden facilitar la resocialización y limitar los impactos negativos del encarcelamiento, tienen requisitos tan altos que se han convertido en medidas inoperantes.

## 2. Propuestas de reforma a las medidas alternativas al encarcelamiento en Colombia

Aunque las fallas de diseño de las medidas alternativas al encarcelamiento en el sistema penal no son el único problema que aqueja a la política criminal colombiana, corregirlas es un paso importante para comenzar a reducir los efectos de la inflación punitiva y superar el estado de cosas inconstitucional. Por una parte, eliminar las barreras y obstáculos que estas enfrentan puede reducir el hacinamiento de manera importante, de modo que las violaciones a los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad comiencen a reducirse y se pueda comenzar a corregir las demás falencias del sistema penitenciario y carcelario, tales como los servicios de salud, la falta de programas de resocialización efectivos, entre otros. Pero, por otra parte, corregir estas fallas también es un paso para superar la paradoja punitiva de la política criminal colombiana, de modo que esta se aleje de la ideología penal que ve en la cárcel la única respuesta posible frente al delito y la única herramienta para lograr la seguridad de la ciudadanía.

Por estas razones, a continuación se presentan una serie de recomendaciones de política pública de corto, mediano y largo plazo. Estas tienen como finalidad inmediata superar las dificultades y obstáculos que enfrentan las medidas alternativas al encarcelamiento, pero también están encaminadas a brindar caminos de reforma que tengan un impacto en el estado de

cosas inconstitucional del sistema penitenciario y carcelario. Por supuesto, estas propuestas también se enmarcan en el objetivo más amplio de reformar la política criminal colombiana, de forma que esta haga un uso más racional del poder punitivo, uno que sea respetuoso de los derechos humanos y que permita enfrentar el delito de una manera sostenible.

### **2.1. Propuestas a corto plazo: planes de choque frente el estado de cosas inconstitucional**

En el estado de cosas inconstitucional actual de las prisiones y cárceles de Colombia, los altos índices de hacinamiento son sin duda alguna uno de los problemas transversales prioritarios, puesto que no solo afectan directamente la vida digna de la población privada de la libertad (por ejemplo, por la ausencia de suficiente espacio), sino que además dificulta el goce en condiciones dignas y la garantía de derechos como la salud, la resocialización, la alimentación, al trabajo, etc. Por esto, las propuestas de corto plazo se encuentran pensadas como estrategias de choque para impactar el hacinamiento, mientras que procesos más largos de reforma de la política criminal pueden consolidarse.

- Reformar el sistema de exclusiones del Art. 68A del Código Penal, del parágrafo del Art. 314 del Código de Procedimiento Penal, del Art. 26 de la Ley 1121 de 2006 y del Art. 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

Una de las fallas de diseño más importantes de la legislación relativa a las medidas alternativas son los regímenes de exclusión por el tipo de delito, en particular aquellos que son concurrentes y que prohíben de manera amplia, indiscriminada o injustificada la aplicación de medidas alternativas (en particular de las alternativas parciales). Así, el Artículo 68A del Código Penal y el parágrafo del artículo 314 del Código de Procedimiento Penal contemplan regímenes de exclusión que son confusos, pues prohíben de manera generalizada o injustificada la aplicación de medidas alternativas. En el mismo sentido, los Artículos 26 de la Ley 1121 de 2006 y el Artículo 199 del Código de Infancia y Adolescencia prohíben la aplicación

de medidas alternativas para ciertos delitos (asociados con el terrorismo o delitos de homicidio, lesiones y otros contra un menor de edad respectivamente).

Como se discutió en la segunda parte, estos regímenes de exclusión son antitécnicos, concurrentes e incluyen algunas conductas que no tienen la misma lesividad de otras conductas excluidas (por ejemplo, algunos delitos de drogas a comparación del homicidio doloso). Adicionalmente, si bien estos sistemas de exclusión restringen de manera legítima algunas medidas alternativas totales debido a la gravedad de las conductas (como la suspensión de la condena), restringen de manera ilegítima medidas que hacen parte del tratamiento penitenciario y del derecho a la resocialización de las personas privadas de la libertad (por ejemplo, como la franquicia preparatoria).

Por lo anterior, se considera que los sistemas de exclusión deben reformarse para que sean integrados de manera racional y coherente. En primer lugar, una reforma de estos artículos debe partir de cinco consideraciones:

- i) Primero, la resocialización debe ser el criterio para justificar la exclusión de las medidas alternativas, no las consideraciones retributivas o de seguridad ciudadana. Esto quiere decir que las conductas delictivas excluidas deben ser solo aquellas que requieren una sanción en prisión (principio de necesidad), y se debe tener en cuenta que la sanción debe ser proporcional a la lesividad del delito (principio de proporcionalidad). En esta medida, deben revalorarse las conductas que pueden estar o no excluidas según se valore que, de acuerdo con el grado de profesionalización de la conducta por la persona condenada y la lesividad que su conducta genera, *esta requiera una resocialización en reclusión.*
- ii) Segundo, la exclusión de beneficios debe ser proporcional en relación con otros delitos, de tal forma que la exclusión no puede recaer sobre delitos que tengan una lesividad baja (por principio de necesidad de la medida) o igual a delitos que no sean objeto de la exclusión (por proporcionalidad). Tal es el caso, por ejemplo, de los delitos de drogas cometidos por los eslabones bajos de las organizaciones criminales

(transportadores, micro-vendedores, etc.), pues son actos que revisten de una lesividad mucho más baja que los demás actos delictivos excluidos (Uprimny, Guzmán & Parra, 2013).

En este sentido, si se desea tener un sistema de exclusión de las medidas alternativas totales por tipo delictivo, las conductas excluidas deben ser solo aquellas que requieren una intervención estatal fuerte para su corrección. Entre estas pueden estar, por ejemplo, conductas que denotan violencia o comportamientos antisociales claros (como el homicidio doloso o el acceso carnal violento), conductas relacionadas con el crimen organizado y que confieren a la persona culpable un poder considerable (como los delitos de drogas cometidos por los miembros de escalones altos dentro de las organizaciones criminales) y conductas que tienen una gran lesividad social (como delitos contra el derecho internacional humanitario, el genocidio o similares).

Por su parte, delitos ordinarios como el hurto y el tráfico de drogas en pequeñas cantidades, o delitos abstractos como el concierto para delinquir, no deberían estar incluidos en un sistema de exclusión. Esto se debe no solo a que son delitos que guardan una lesividad baja (como un atraco de poco dinero o la venta de una dosis personal), sino también porque son fenómenos asociados con problemas sociales más amplios, tales como la desigualdad, la pobreza y la falta de oportunidades. Sobre estos, atendiendo a las circunstancias particulares, las medidas alternativas al encarcelamiento pueden ofrecer sanciones que ofrezcan mejores resultados para evitar la reincidencia, además de evitar el hacinamiento carcelario y el uso desproporcionado del encarcelamiento.

- iii) Tercero, un sistema de exclusiones debe limitarse únicamente a las medidas alternativas a la pena de prisión al momento de la condena, y no a las que requieren de un porcentaje parcial de la pena en prisión. Esto se debe a que el segundo tipo de medidas alternativas (como la prisión domiciliaria, la libertad condicional, y la franquicia preparatoria) son medidas que deben funcionar como parte del tratamiento

penitenciario con base en el progreso de la persona condenada, no por consideraciones propias de la conducta delictiva que fue sancionada en el juicio. De no ser así, la prohibición de estos beneficios responde a un interés punitivo o inocuizador, y no al fin resocializador de la pena. En este sentido, mientras que la exclusión que exige cumplir con la pena en prisión se encuentra justificado desde la óptica de la resocialización (exigir el tratamiento en reclusión), no lo es para las medidas que buscan preparar a la persona para su libertad (que dependen más del avance en el proceso de resocialización que de la conducta cometida).

- iv) Cuarto, debe considerarse impropio excluir la aplicación de medidas alternativas a la prisión en casos de reincidencia en abstracto, pues, desde una óptica jurídico penal, la reincidencia solo puede ser un criterio para determinar la necesidad de la resocialización si esta muestra un nivel profesionalización y de tecnificación que la persona reincidente está adquiriendo para cometer cierto tipo de delitos. En la actualidad, según la redacción actual del Artículo 68A del Código Penal, la exclusión se configura independientemente del delito anterior. Esto carece de sentido criminológico, pues implica, por ejemplo, que una inasistencia alimentaria quedaría excluida si fue precedida por una condena de girar un cheque sin fondos, o que la venta de estupefacientes es más grave si fue precedida por una condena por impedir o perturbar una ceremonia religiosa.

En concordancia con esto, una valoración adecuada de la reincidencia debe tenerse en cuenta si la persona comete delitos como un oficio (por ejemplo, una persona dedicada a hurtos), y considerar si esta profesionalización requiere una resocialización en reclusión. Esto implica que en ningún caso puede excluirse la aplicación de medidas alternativas a delitos culposos, ni tampoco puede excluirse la aplicación de beneficios solo por la mera existencia de una condena previa por un delito doloso.

- v) Quinto, un sistema de exclusión de las medidas alternativas no puede recaer sobre la sustitución de la detención

preventiva intramural por detención domiciliaria ni sobre las demás alternativas a esta forma de privación de la libertad. Por una parte, esto se debe a que el tipo de delito en sí mismo no es un componente objetivo que permita considerar que se cumplen las finalidades para imponer las medidas de aseguramiento (a saber, evitar la fuga, la obstrucción de la justicia o el peligro para la sociedad y para la víctima). La calificación jurídica de la conducta es determinada por el fiscal del caso y según su criterio, por lo que no es una base suficiente para justificar la exclusión de una medida de aseguramiento que puede ser viable. Más aún, debe recordarse que el procesado está cobijado por la presunción de inocencia, por lo que no es coherente con este derecho utilizar la calificación jurídica de la conducta como un criterio para excluir, de entrada, la procedencia de la detención domiciliaria o de otras alternativas.

Debe resaltarse que este tipo de prohibiciones tienden a convertir el régimen de medidas de aseguramiento en un sistema rígido y poco flexible, que se ajusta más a las formalidades jurídicas que a las realidades del caso. Sin embargo, debido a que estas medidas dependen más de la valoración de los riesgos que se presentan en cada caso concreto, contar con un sistema rígido elimina la posibilidad de que el juez valore los riesgos específicos del caso y utilice la medida de aseguramiento más adecuada y proporcional. Por esto, la exclusión del Parágrafo 1 del Artículo 314 del Código de Procedimiento Penal debe ser derogada, al igual que la exclusión taxativa contenida en el Art. 199 del Código de Infancia y Adolescencia sobre medidas de aseguramiento.

– Crear y aprobar un proyecto de reducción de penas que derogue los efectos desproporcionados de la inflación punitiva desde el 2000:

La segunda falla de diseño general del sistema penal es que este utiliza la pena de prisión (bien sea la establecida legalmente o la que fue impuesta por el juez) como criterio de procedencia de las medidas alternativas. Debido a esto, los proyectos de inflación punitiva que han sido aprobados en Colombia han

hecho que la procedencia de las medidas alternativas se haya reducido sustancialmente desde el año 2000, mientras que el uso de la privación de la libertad se ha maximizado.

Por esta razón, y como medida de corto plazo, se propone implementar varios proyectos de ley que deroguen los aumentos a las penas asignadas a los delitos del Código Penal desde el año 2000 que se hayan presentado de manera injustificada, que hayan aumentado las penas sin una adecuada justificación, o que hayan sido indiscriminados. El ejemplo paradigmático de este tipo de leyes es la Ley 890 de 2004, la cual no solo aumentó la pena máxima en Colombia de 40 a 60 años, sino que aumentó las penas mínimas de todo el Código Penal en un 33 % y las máximas en un 50 %, incluso para delitos culposos.

Por supuesto, la selección y derogatoria también deberá respetar la proporcionalidad en la pena de algunas conductas, por lo cual el proyecto derogatorio deberá identificar los aumentos punitivos más problemáticos y prestar particular atención a los delitos con mayor impacto en la población privada de la libertad (como los delitos económicos o de drogas). En este sentido, el propósito sería reequilibrar el sistema en una de sus modificaciones más generales y nocivas, como lo son los aumentos punitivos al delito de porte de armas o a los delitos de drogas, que tienen hoy penas claramente desproporcionadas. En todo caso, si la reducción no quiere hacerse de una manera indiscriminada, puede crearse un régimen de transición en el cual ciertas conductas delictivas que conlleven violencia o que hagan parte de la operación de criminalidad organizada (salvo mandos bajos) no reciban esta reducción de pena.

Otro de los aspectos fundamentales de equilibrio es la eliminación de la pena máxima para concursos de delitos estipulada en la Ley 890 de 2004 para regresar a la pena máxima estipulada originalmente en el Código Penal de 2000, la cual era de 40 años. Esto se justifica en la medida en la que la pena máxima actual supera la expectativa de vida en Colombia, por lo cual es virtualmente una pena de cadena perpetua. Así, además de justificarse como una medida de reequilibrio del sistema, busca hacer coherente la pena máxima permitida con la finalidad resocializadora de la pena de prisión, es decir, ofrecerle a la persona condenada una expectativa real de volver

a ser parte de la sociedad, expectativa que la Corte Constitucional ha considerado como derivada de la dignidad humana (Sentencia T-718 2015).

– Implementar reformas que aumenten el uso de medidas alternativas para todos los tipos de privación de la libertad:

Frente a la crisis carcelaria, además de corregir las fallas de diseño del sistema penal, es necesario implementar planes que amplíen la utilización de las medidas alternativas y reduzcan el tamaño de la población privada de la libertad según criterios razonables (por ejemplo, según la gravedad de los delitos, si involucran o no violencia, el tiempo que resta para cumplir la pena de prisión, etc.). Estas reformas deben permitir reducir la población carcelaria a proporciones manejables, sin que esto quiera decir que las medidas alternativas sean aplicadas de manera generalizada e indiscriminada. En concreto, es necesario eliminar algunos obstáculos que limitan el acceso a las medidas alternativas e implementar algunos planes de choque para garantizar el cumplimiento de sus condiciones, que es una de las debilidades institucionales que han dificultado su utilización.

En primer lugar, en cuanto al uso de la detención preventiva y sus alternativas, se recomienda:

- i) Mantener la duración máxima para la detención preventiva intramural introducida por la Ley 1760 de 2015 y 1786 de 2016, e implementar un plan de sustitución masiva de las medidas de aseguramiento. Esto implica la liberación de personas que no han sido condenadas y que ya han sido privadas de su libertad por 1 año o más de 2 en casos en los que la prórroga fue solicitada y concedida. Para evitar que este límite temporal implique una liberación masiva e indiscriminada, se propone que la Fiscalía y la Rama Judicial elaboren un plan conjunto en el cual prioricen los casos en los que los procesados representan un mayor riesgo en términos de fuga, obstrucción de la justicia o para la seguridad de las víctimas, de forma que puedan tramitarse los procesos con mayor agilidad. En los demás casos, se propone que los jueces impongan medidas de aseguramiento no privativas de

la libertad según el caso concreto, los cuales pueden incluir formas de vigilancia en libertad como el reporte periódico, la vigilancia electrónica o la detención domiciliaria.

- ii) Derogar la extensión excesiva de la Ley 1908 de 2018 a los términos de la detención preventiva y la ampliación de los términos de las causales de libertad. Como se mostró en la segunda parte, la Ley 1908 de 2018 estableció una definición abstracta y ambigua de Grupos Delictivos Organizados, amplió de manera excesiva (a 3 y 4 años) la duración máxima de la detención preventiva y los términos existentes para el desarrollo de un proceso penal (de 60 y 120 días a 500). Aunque es valioso contar con un régimen y definición que permita distinguir el crimen organizado y el ordinario, esta Ley no solo no ofrece una definición clara, sino que además contiene aumentos punitivos poco claros y extiende de manera excesiva la duración de la detención preventiva, siguiendo una vez más la lógica de la excepcionalidad de la política criminal colombiana.
- iii) De forma correlativa, se propone implementar mecanismos transitorios que permitan vigilar el cumplimiento de las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad y de la detención domiciliaria, los cuales cuentan hoy con pocos recursos y reducen la efectividad de estas medidas. Por este motivo, se propone habilitar a entidades que tienen mayor capacidad de vigilar el cumplimiento de estas medidas (por ejemplo, de la prohibición de salir del país, de permanecer en el hogar, etc.), tales como la Policía Nacional, de forma que sean medidas efectivas para cautelar el proceso penal y reducir el hacinamiento carcelario de manera simultánea. Por supuesto, a largo plazo el ideal sería crear las capacidades de vigilancia y supervisión de estas medidas a las entidades que en principio deberían llevarlas a cabo, tales como el INPEC y las instituciones carcelarias municipales.

En segundo lugar, se recomienda limitar el uso de la prisión como pena preferente, implementando reformas tendientes a ofrecer beneficios a ciertos grupos:

- i) Se propone establecer legislativamente la procedencia de la suspensión condicional de la pena para delitos de poca relevancia jurídico-penal y no asociados con violencia, de forma que se pueda reducir la población carcelaria de ciertos delitos que, bien sea por temas de proporcionalidad, de lesividad o de vulnerabilidad social de las personas sindicadas, no ameritan el uso de la reclusión. Por ejemplo, se sugiere aplicar esta medida para los delitos de drogas cometidos por miembros en eslabones bajos de las organizaciones criminales (como es el caso de mujeres condenadas por transportar droga en sus cuerpos) y que tienen condiciones de vulnerabilidad socioeconómica. Estas medidas alternativas pueden otorgarse bajo condiciones especiales de vigilancia judicial o por autoridades designadas para ello (como la Policía Nacional, la Procuraduría, el ICBF o el INPEC, según corresponda), de forma que se verifique el cumplimiento de las condiciones impuestas para la liberación.
- ii) Por su parte, se propone modificar los requisitos de acceso a la libertad y franquicia preparatoria, de forma que se amplíe la aplicación de estas medidas en el marco del tratamiento penitenciario. Estos mecanismos, ya contemplados en el Código Penitenciario y Carcelario, tienen requisitos más altos que los de la libertad condicional y la prisión domiciliaria, por lo cual su utilidad y uso son nulos. Así, se pretende que estos beneficios se integren al tratamiento penitenciario y aseguren su progresividad, es decir, pudiendo ser utilizados antes de la concesión de la prisión domiciliaria o de la libertad condicional, es decir, con menos del 50% de la pena cumplida.

## **2.2. Propuestas de mediano plazo: la creación de infraestructura jurídica e institucional sostenible**

En contraposición a los objetivos de corto plazo, las propuestas a mediano plazo tienen como objetivo comenzar a consolidar las bases de un sistema penal y una política criminal de carácter preventivo y con un uso mucho más limitado de la privación de la libertad. Por lo tanto, más que reequilibrar y corregir

los problemas de acceso a las medidas alternativas de cara la crisis, estas recomendaciones pretenden fortalecer las bases institucionales para el adecuado funcionamiento del sistema penal y de las medidas alternativas.

– Implementar un plan piloto de servicios previos al juicio, que contemple más medidas alternativas a la detención preventiva y un servicio de vigilancia y sometimiento a prueba.

Como se expuso en la segunda parte, los servicios previos al juicio son uno de los instrumentos más utilizados en otros países para racionalizar el uso de la detención preventiva. Estos servicios suelen ser prestados por agencias especializadas en la recolección de información y valoración de los riesgos de fuga, obstrucción de la justicia y otros, según diferentes metodologías, y pueden hacer parte de la Rama Judicial o el juzgado, ser del ejecutivo o ser independientes. En general, las agencias de servicios previos al juicio suelen brindar reportes al juez o fiscal para que este pueda determinar las medidas cautelares procedentes con base en la valoración de los riesgos y en ocasiones con una recomendación de la agencia. A su vez, estas agencias en ocasiones también prestan servicios de supervisión de la vigilancia del procesado y en algunos casos también de condenados.

Debe tenerse en cuenta que para prestar este tipo de servicios se requiere una inversión a largo plazo, sobre todo en términos de formación de personal, contratación, reformas legales, adecuación de infraestructura institucional, procedimientos, protocolos, etc. Por esto, es poco probable que este tipo de mecanismos puedan implementarse en el corto plazo. Sin embargo, dado que los servicios previos al juicio han demostrado ser una herramienta útil para asegurar que la detención preventiva sea usada en los casos en que es necesaria y para brindar a las otras medidas alternativas (la libertad vigilada, la caución, el sometimiento a prueba, la prohibición de ir a cierto lugar, etc.) una mayor efectividad, se considera necesario que se plantee en el mediano plazo iniciar con un piloto, el cual pueda brindar las bases para implementarlos a largo plazo.

Dentro de la institucionalidad existente, los servicios previos al juicio podrían nutrirse o involucrar a varias entidades públicas,

por lo que un plan piloto deberá considerar las entidades que pueden participar. En primer lugar, la Procuraduría General de la Nación tiene experiencia en intervenir en los procesos penales, por lo cual los servicios previos al juicio podrían caer dentro de su órbita. En segundo lugar, las funciones de vigilancia y supervisión de las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad, la Procuraduría y otras instituciones (por ejemplo, la Policía Nacional y el INPEC) pueden articularse para prestar este tipo de servicio.

Finalmente, las entidades territoriales también pueden cumplir un rol importante en materia de servicios previos al juicio, pues estas no solo tienen la obligación legal de encargarse de la reclusión de sindicados (Ley 65, 1993, Art. 17), sino que además son entidades que podrían ser el eje articulador entre las instancias judiciales, las entidades que vigilarían el cumplimiento (como la Policía), entre otros. En este sentido, estas, y no la Procuraduría, podrían también ser las encargadas de prestar estos servicios.

– Desarrollar e implementar un grupo amplio de sanciones alternativas, principalmente de trabajo comunitario, los cursos socioeducativos y vigilancia judicial con apoyo social (*probation*)

Por otra parte, además de desarrollar los servicios previos al juicio, se propone implementar la infraestructura institucional para utilizar tres tipos de penas alternativas que se encontraron en otros países pero que no existen en Colombia: el trabajo comunitario, los cursos socioeducativos, el tratamiento médico y psicológico de ciertas dolencias (desórdenes de ira, por ejemplo) y la vigilancia sometida a prueba (*probation*). Estas, como se analizó en la segunda parte, son penas que han dado buenos resultados en Estados Unidos, Francia e Inglaterra para el tratamiento de conductas relativamente leves y que son propias de la delincuencia común. En particular, este tipo de penas son ventajosas tanto por ser menos costosas que la reclusión, como por ser más efectivas para evitar la reincidencia futura de ciertos delitos (Mueller-Smith, 2015).

En la implementación de este tipo de penas alternativas, es necesario que la resocialización sea el eje central de la institucionalidad que sea creada para llevar a cabo estas sanciones. Esto

quiere decir que este tipo de penas deben estar acompañadas de planes y estrategias de resocialización específicas que permitan evaluar de manera exitosa el progreso de la persona condenada.

Adicionalmente, debe recordarse que uno de los factores más importantes que influyen en la reincidencia son los obstáculos que enfrenta la población pospenada para acceder a un trabajo o fuente de subsistencia, principalmente debido a la estigmatización (Comisión de Seguimiento a la Sentencia T-388 de 2013, 2018). Así, si bien la evidencia sugiere que las penas alternativas son más efectivas que la prisión para reducir la reincidencia (Petersilia, 1987), tanto este tipo de penas como la prisión deberán contar con un tratamiento postpenitenciario sólido que permita a la población que sea liberada superar estos obstáculos.

– Investigar y diagnosticar los delitos del Código Penal que pueden simplificarse, recibir rebajas punitivas o medidas diferentes al derecho penal.

Otra medida de crucial importancia es realizar una revisión y diagnóstico de todo el Código Penal, de forma que se puedan identificar las conductas penales que contienen problemas de proporcionalidad, que confunden conductas poco lesivas con conductas de mayor lesividad, o que pueden tratarse de mejor manera con penas alternativas o por fuera del derecho penal (por ejemplo, con el derecho policivo, el derecho de familia, etc.). Un análisis de este tipo requiere partir de una evaluación de los bienes jurídicos protegidos, de los tipos penales que lo protegen y de las penas asignadas para la sanción de dichas conductas, de forma que se pueda establecer de manera clara si hay conductas que están siendo sancionadas de manera desproporcionada, más de una vez, etc.

De igual forma, un análisis de la legislación penal de este tipo también podría establecer cuándo los tipos penales omiten diferencias criminológicas importantes en el tratamiento de ciertos delitos (por ejemplo, su relación directa, indirecta o incidental con el crimen organizado, su naturaleza violenta, etc.), de forma que se pueda determinar de manera clara la lesividad de las conductas y se facilite analizar la proporcionalidad de

la medida, así como el adecuado diseño técnico del tipo según la doctrina penal.

Finalmente, este análisis también deberá establecer de manera clara el tipo de conductas que pueden recibir las diferentes medidas alternativas según cada tipo penal, de forma que se pueda analizar con mayor claridad qué tipo de delitos están recibiendo tratamientos alternativos y en qué circunstancias, y cuáles tienen la pena de prisión de manera obligatoria. En todo caso, esta investigación al mediano plazo tendrá como objetivo servir de base para la creación de un nuevo Código Penal, el cual corrija los problemas existentes en la legislación actual.

– Crear sistemas de información sobre la criminalidad en el país, enfocada en la identificación de factores criminógenos, no solo en la ocurrencia de hechos delictivos:

En concordancia con la falta de fundamento empírico de la política criminal descrita por la Comisión Asesora de Política Criminal, uno de los factores que más aquejan la formación de respuestas razonables al delito es la falta de información e investigación sobre los factores criminógenos en la sociedad colombiana. Esta investigación e información es de crucial importancia para formar una política criminal con fundamentos empíricos y evitar los extremos de la inflación punitiva y la ideología penal inflacionaria.

Así, es necesario que el Estado recoja la información no solo de hechos delictivos, sino también de fenómenos sociales, económicos y culturales que puedan configurarse en factores criminógenos localizados territorialmente. En este orden de ideas, variables como la exclusión social, fenómenos de desplazamiento forzado, calidad de vida, etc., son de vital importancia para la formulación de una política criminal preventiva que ataque las causas del delito y que a su vez tenga un correlato con la política pública más general del Estado.

Un escenario posible de investigación técnica sobre la materia puede ser el Consejo Superior de Política Criminal, el cual tenga un cuerpo investigativo interdisciplinar que permita estudiar, con información de la Fiscalía General de la Nación, el INPEC y la Policía Nacional, las situaciones de anomia existentes en el territorio, factores criminógenos en diferentes esferas sociales y

posibles políticas públicas en materia penal o no penal. De esta forma, la información levantada y articulada por esta entidad puede servir de base para la toma de decisiones de política criminal del Estado, y más concretamente, la forma en la que los fenómenos criminales pueden ser atacados, investigados y prevenidos por medio de los instrumentos del derecho penal.

### **2.3. Propuestas a largo plazo: la formalización de un sistema penal que utilice las medidas alternativas y la privación de la libertad de manera razonable**

Finalmente, las propuestas de largo plazo tienen como finalidad concretar, formalizar e implementar los cambios sugeridos y preparados mediante las propuestas de mediano y corto plazo. Adicionalmente, estas propuestas van encaminadas como una forma de redireccionar la ideología penal implícita que ha tenido la política criminal colombiana, aportar al rompimiento del círculo vicioso de la paradoja punitiva de la política criminal y evitar que haya un nuevo proceso de inflación punitiva.

#### **– Implementar un programa de servicios previos al juicio a nivel nacional:**

Como consecuencia natural del plan piloto, se propone implementar sistema de servicios previos al juicio a nivel nacional que permita racionalizar el uso de la detención preventiva en Colombia, así como ofrecer servicios de vigilancia y apoyo a las labores judiciales. Esta recomendación busca no solo crear un sistema de vigilancia y seguimiento de las personas que sean juzgadas en libertad —siguiendo el modelo de la “prueba” (*probation*) estadounidense e inglés—, sino que además busca resolver prácticas problemáticas de jueces y fiscales en materia de detención preventiva (Bernal & La Rota, Informe Colombia, 2013). Así, estos servicios permitirían que las decisiones judiciales sobre estas medidas se elaboren basadas en información objetiva y neutral. Esto, a su vez, funcionaría de manera más armónica con el modelo de detención preventiva propuesto más arriba, dado que se pretende implementar un modelo gradual de medidas de aseguramiento que se adecue

únicamente a los riesgos identificados individualmente y no a criterios generales como la pena de prisión prevista para el delito o el tipo de conducta delictiva.

– La derogatoria y reformulación del Código Penal con base en un diagnóstico criminológico:

El centro de esta propuesta es derogar el Código Penal actual y formular uno nuevo, el cual sea construido a partir de enfoques y diferenciaciones provenientes de un estudio criminológico y penológico de la realidad nacional. Así, este Código Penal tendría que basarse en un estudio sostenido de la información disponible sobre las dinámicas criminales, sobre los factores criminógenos predominantes en el territorio nacional y en consideraciones penológicas que hagan del uso de las penas alternativas y de la pena de prisión una forma más efectiva de combatir la criminalidad.

En concreto, se propone que esta nueva legislación:

- i) Implemente un conjunto de definiciones y distinciones en la legislación penal que permitan establecer diferencias criminológicas claras entre diferentes fenómenos de criminalidad, como, por ejemplo, la diferencia entre delitos violentos, no violentos y tipos de violencia (física, organizada, espontánea, sexual, etc.); delitos de macro y micro lesividad social (por ejemplo, diferenciando los rangos y roles de los sujetos dentro de las estructuras criminales, su mando dentro de la organización, etc.); y la forma de organización y sistematicidad de las actividades criminales (diferenciando, por ejemplo, delitos esporádicos de baja escala y estructuras criminales organizadas, planes criminales sistemáticos, etc.).
- ii) Implemente un sistema equilibrado de penas y medidas alternativas a la privación de la libertad, de tal forma que se pueda determinar una duración promedio de privación de la libertad y un sistema de alternativas que respondan de manera efectiva a las diferencias criminológicas sugeridas en el párrafo anterior.
- iii) Implemente un sistema diferenciado de penas que, a diferencia del sistema actual, haga un uso de múltiples penas

alternativas para diferentes delitos. Así, se propone seguir un modelo diferenciado de delitos similar al francés, en el cual delitos de menor lesividad solo pueden ser castigados con penas poco lesivas (multa, por ejemplo), mientras que delitos de mayor gravedad puedan recibir penas autónomas de trabajo comunitario, cursos educativos, vigilancia judicial o monitoreo socioeducativo, la suspensión condicional de la pena, el tratamiento en libertad, etc. Mientras tanto, la pena de prisión se mantendría como la pena más grave, limitada solo a delitos que, por su gravedad y naturaleza criminológica (como su naturaleza violenta) sean una limitación del derecho a la libertad legítima y necesaria.

– Crear sistemas de cooperación entre los sistemas de investigación e información de criminalidad y políticas más amplias de carácter social:

Finalmente, como producto de las propuestas de mediano plazo, se propone que la información relativa a la criminalidad, factores criminógenos y dinámicas sociales no solo sean un fundamento de la política criminal colombiana, sino que también sea información que retroalimente las demás políticas del Estado. Este sistema unificado de información y análisis, si bien tiene como finalidad primordial ofrecer insumos para dirigir la política criminal nacional de una manera racional y fundamentada en investigación empírica, también pueden ofrecer información muy relevante para enfrentar problemas sociales de mayor envergadura y guiar la actividad de muchas otras entidades del Estado.

Como algunas teorías criminológicas lo sugieren, muchas de las causas criminógenas no dependen exclusivamente del delincuente individualmente considerado, sino de problemas en su entorno social. Así, la información sobre los factores criminógenos a nivel nacional no solo permitiría comprender mejor las dinámicas criminales y formular una política criminal eficiente que la reduzca, sino también puede dar luces a la política pública del Estado sobre problemas sociales más amplios: falta de servicios públicos, situaciones generales de anomia, problemas en la convivencia ciudadana de un determinado sector de la población, etc.

De esta manera, los insumos político-criminales serían también útiles para determinar sectores sociales que requieren de políticas públicas de índole económica, social o cultural que eliminen las causas criminógenas identificadas. En concreto, este giro exige la superación la ideología penal dominante entre la clase política, los tomadores de decisiones sobre política criminal y en el público en general. Por este motivo, es necesario que el Estado no solo cambie de estrategia de lucha contra la criminalidad, sino que también reformule su propia forma de entender las causas de la criminalidad, su propio rol en la prevención de los brotes de violencia y su responsabilidad en la garantía y goce de derechos de la población en general.



## Referencias

Adato, G. V. (2015). Posibles aspectos de inconstitucionalidad en el Código Nacional de Procedimientos Penales. En S. García Ramírez, & O. Islas de González, *El Código Nacional de Procedimientos Penales, Estudios* (pp. 323-340). México D.F.: UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Aguilar, G. A., & Carrasco, S. J. (2013). *Servicios previos al juicio: Manual de implementación*. México D.F.: Instituto de Justicia Procesal Penal.

Aguilar, G. A., & González, N. G. (2015). México. En A. Binder, E. Cape, & Z. Namoradze, *Defensa penal efectiva en América Latina* (pp. 339-392). Bogotá D.C.: Antropos Ltda.

Ariza, L., & Iturralde, M. (2011). *Los muros de la infamia*. Bogotá D.C.: Ediciones Uniandes.

Ashworth, A. (2011). United Kingdom. En K. Heller, & M. Dubber, *The Handbook of Comparative Criminal Law* (pp. 531-562). Stanford: Stanford Law Books.

ASILEGAL (2014). Situación del Sistema Penitenciario en México. En ASILEGAL, Centro de Derechos Humanos FR. Francisco de Vitori, Colectivo contra la Tortura y la Impunidad, DOCUMENTA, & IDHIESJ, *Informe sobre la Situación de las Personas Privadas de la Libertad* (pp. 9-12). DOCUMENTA.

Banco Mundial (2018). *Índice de Gini - Colombia, United States, United Kingdom*. Recuperado de <https://datos.bancomundial.org/indicador/SI.POV.GINI?locations=CO-US-GB>

Baranyi, G., Cassidy, M., Fazel, S., Priebe, S., & Mundt, A. (2018). Prevalence of Posttraumatic Stress Disorder in Prisoners. *Epidemiologic Reviews*, 40(1), 134-145.

- Baratta, A. (1997). Política Criminal: Entre la Política de Seguridad y la Política Social. En E. Carranza, *Delito y Seguridad de los Habitantes*. México: Siglo XXI.
- Beccaria, C. (1994). *De los delitos y de las penas*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Bedoya, S. (2019). Alerta por hacinamiento en estaciones de Policía en Cali. *NoticiasUno*. Recuperado de <https://noticias.canal1.com.co/nacional/alerta-por-hacinamiento-en-estaciones-de-policia-en-cali/>
- Benavides, V. F. S. (2016). Política Criminal y Seguridad. En C. Niño, *La Reforma a la Justicia en América Latina: Las Lecciones Aprendidas*. Bogotá: Fescol.
- Berg, S. (2015). Family Drug and Alcohol Courts to be extended in England. *BBC News*. Recuperado de <https://www.bbc.com/news/uk-31512532>
- Bernal, C., & La Rota, M. (2013). Informe Colombia. En Due Process of Law Foundation, *Independencia judicial insuficiente, detención preventiva deformada* (pp. 65-113). Washington: Due Process of Law Foundation.
- Bhuller, M., Dahl, G., Loken, K., & Mogstad, M. (2018). *Incarceration, Recidivism and Employment*. NBER Working Paper.
- Binder, A. (2010). Alberto Binder: la derecha quiere una policía autónoma y sin control. *Revista Pensamiento Penal*. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/miscelaneas/26423-alberto-binder-derecha-quiere-policia-autonoma-y-sin-control>
- Binder, A. (2011). La intolerabilidad de la prisión preventiva. *Revista Pensamiento Penal*.
- Binder, A. (2012). *Análisis político criminal: Bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática*. Buenos Aires: Astrea.
- Binder, A. (2013). *Derecho procesal penal: Tomo I, hermenéutica del proceso penal*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Blu Radio (2017). *Fiscal advierte que con ley de Jubileo implicados en caso Odebrecht quedarían libres*. Recuperado de <https://www.bluradio.com/nacion/fiscal-advierte-que-con-ley-de-jubileo-implicados-en-caso-odebrecht-quedarían-libres-134771>
- Blu Radio (2019). Falta de cupo en cárceles genera hacinamiento en estaciones de Policía de Bucaramanga.

*Bluradio*. Recuperado de <https://www.bluradio.com/bucaramanga/falta-de-cupo-en-carceles-genera-hacinamiento-en-estaciones-de-policia-de-bucaramanga-205173-ie435>

Bureau of Justice Statistics (2016). *Prisoners in 2015*. United States Department of Justice.

Bushnell, D. (2000). *Colombia: Una nación a pesar de sí misma*. Bogotá D.C.: Planeta.

Byng, R., Howerton, A., Owens, C., & Campbell, J. (2015). Pathways to suicide attempts among male offenders: the role of agency. *Sociology of Health & Illness*, 37(6), 936-951.

Cape, E., & Smith, T. (2016). *The practice of pre-trial detention in England and Wales: Research Report*. Bristol: University of the West of England.

Caracol Radio (2017). *Se agudiza crisis por hacinamiento en cárceles de Barranquilla*. Recuperado de [https://caracol.com.co/emisora/2017/06/15/barranquilla/1497533948\\_535768.html](https://caracol.com.co/emisora/2017/06/15/barranquilla/1497533948_535768.html)

Caracol Radio (2018). *Más de 150 funcionarios del INPEC han sido capturados por corrupción*. Caracol Radio Recuperado de [https://caracol.com.co/radio/2018/09/29/nacional/1538174034\\_098751.html](https://caracol.com.co/radio/2018/09/29/nacional/1538174034_098751.html)

Carrara, F. (1906). *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*. Firenze: Fratelli Cammelli.

Carrara, F. (1977). *Programa de derecho criminal, parte general*. Bogotá: Temis.

Centro de Estudios de Justicia de las Américas. (2011). *Manual de Servicios de Antelación al Juicio: Mecanismos para racionalizar el uso de las medidas cautelares en materia penal*. Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.

Cita, T. R. A., & González, A. I. (2017). *La proporcionalidad de las penas en la legislación penal colombiana*. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez.

Clear, T., & Frost, N. (2013). *The Punishment Imperative: Rise and Failure of Mass Incarceration in America*. New York: New York University Press.

Colectivo de Estudios Drogas y Derecho (2015). *Mitigando la adicción punitiva: alternativas al tratamiento para delitos de drogas*. Colectivo de Estudios Drogas y Derecho.

Colectivo de Estudios, Drogas y Derecho, Uprimny, R., Chaparro, S., Cruz, L., Pérez Correa, C., Silveira, K... Paladines, J. (2015). *Mitigando la adicción punitiva: alternativas al encarcelamiento para delitos de drogas*. Bogotá: CEDD.

Colombia, Congreso de la República. Ley 599, por la cual se expide el Código Penal (24 julio 2000).

Colombia, Congreso de la República. Ley 890, por la cual se modifica y adiciona el Código Penal, (7 julio 2004).

Colombia, Congreso de la República. Ley 906, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal (31 agosto 2004).

Colombia, Congreso de la República. Ley 1098, por la cual se expide el Código de Infancia y Adolescencia (8 de noviembre de 2006).

Colombia, Congreso de la República. Ley 1127, por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana (28 de junio de 2007).

Colombia, Congreso de la República. Ley 1142, por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana (28 junio 2007).

Colombia, Congreso de la República. Ley 1355, por la cual se dictan normas sobre Policía (4 agosto 1970).

Colombia, Congreso de la República. Ley 1407, por la cual se expide el Código Penal Militar (17 de agosto de 2010).

Colombia, Congreso de la República. Ley 1709, Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones (20 enero 2014).

Colombia, Congreso de la República. Ley 1760, por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 906 de 2004 en relación con las medidas de aseguramiento privativas de la libertad (6 julio 2015).

Colombia, Congreso de la República. Ley 1780, por medio de la cual se modifican algunas disposiciones de la Ley 1760 de 2015 (1 de julio de 2016).

Colombia, Congreso de la República. Ley 1786, por medio de la cual se modifican algunas disposiciones de la Ley 1760 de 2015 (1 julio 2016).

Colombia, Congreso de la República. Ley 1801, por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia (29 julio 2016).

Colombia, Congreso de la República. Ley 1908, por medio de la cual se fortalecen la investigación y judicialización de organizaciones criminales, se adoptan medidas para su sujeción a la justicia y se dictan otras disposiciones (2018).

Colombia, Congreso de la República. Ley 2010, por medio de la cual se adoptan normas para la promoción del crecimiento económico, empleo, la inversión, el fortalecimiento de las finanzas públicas y la progresividad, equidad y eficiencia del sistema tributario, de acuerdo con los objetivos que sobre la materia impulsaron la Ley 1943 de 2018 y se dictan otras disposiciones (27 diciembre 2019).

Colombia, Congreso de la República. Ley 2014, por medio de la cual se regulan las sanciones para condenados por corrupción y delitos contra la Administración pública, así como la cesión unilateral administrativa del contrato por actos de corrupción y se dictan otras disposiciones (30 diciembre 2019).

Colombia, Congreso de la República. Proyecto de Ley, por medio del cual se establece, por una sola vez, la rebaja en una quinta parte de la pena privativa de la libertad impuesta en la República de Colombia, por delitos cometidos antes del 16 de marzo de 2017. (16 marzo 2017).

Colombia, Congreso de la República. Proyecto de Ley, por medio de la cual se fortalece la política criminal y penitenciaria en Colombia y se dictan otras disposiciones (2017).

Colombia, Congreso de la República. Proyecto de Ley, por la cual con ocasión del jubileo papal se conceden beneficios de libertad y rebaja de penas (6 septiembre 2017).

Colombia, Congreso de la República. Por medio de la cual se adoptan disposiciones de fortalecimiento de la

seguridad ciudadana (2018). Recuperado de <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/proyectos%20de%20ley/2018%20-%202019/PL%20060-18%20Seguridad%20Ciudadana.pdf>

Colombia (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Legis.

Colombia, Presidencia de la República. (3 noviembre 2011) Arts. 4 y 5. Decreto 4150, por el cual se crea la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (SPC), se determina su objeto y estructura.

Colombia, Presidencia de la República. (30 diciembre 1992) Arts. 3 y 4. Decreto 2160, por el cual se fusiona la Dirección General de Prisiones del Ministerio de Justicia con el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia.

Colombia, Presidencia de la República (2018). 'El que la hace la paga' es una realidad y es un hecho. Recuperado de <https://id.presidencia.gov.co/Paginas/prensa/2018/180822-El-que-la-hace-la-paga-es-una-realidad-y-es-un-hecho.aspx>

Comisión Asesora de Política Criminal. (2012). *Informe final: diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*. Bogotá: Ministerio de Justicia.

Comisión Asesora de Política Criminal. (2019). *Consideraciones sobre la implementación de la pena de prisión perpetua en Colombia*. Bogotá D.C.

Comisión de Seguimiento a la Sentencia T-388 de 2013. (2018). *IV Informe de seguimiento: Respuesta al informe semestral del Gobierno Nacional al Estado de Cosas Inconstitucional del sistema penitenciario y carcelario*. Bogotá D.C.: Comisión de Seguimiento de la Sentencia T-388 de 2013.

Comisión de Seguimiento a la Sentencia T-388 de 2013. (2018). *Tercer informe de seguimiento*. Bogotá D.C.

Comisión de Seguimiento a la Sentencia T-388 de 2013. (2019). *Comentarios sobre el Quinto Informe Semestral de seguimiento del Gobierno Nacional al estado de cosas inconstitucional del sistema penitenciario y carcelario*. Bogotá D.C.

Comisión de Seguimiento a la Sentencia T-388 de 2013. (2019). *Respuesta a preguntas de la Sala Segunda de Revisión*

*sobre hacinamiento y crisis en centros de reclusión transitoria.*  
Bogotá D.C.

Comité de Derechos Humanos. (2016). *Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Colombia.* ONU.

Consejo Superior de la Judicatura. (2017). *Informe al Congreso de la República: Gestión de la Administración de Justicia 2016.* Bogotá D.C.: Consejo Superior de la Judicatura.

Corte Constitucional. (1 de agosto de 2002) Sentencia T-595 [MP. Manuel José Cepeda Espinosa].

Corte Constitucional. (2 de abril de 2002) Sentencia C-226 del [MP. Carlos Humberto Gómez].

Corte Constitucional. (3 de junio de 1992) Sentencias T-401 [MP. Eduardo Cifuentes Muñoz].

Corte Constitucional. (3 de octubre de 2002) Sentencia C-806 [MP. Clara Inés Vargas Hernández]

Corte Constitucional. (3 de diciembre de 1997) Sentencia C-659 [MP. José Gregorio Hernández].

Corte Constitucional. (4 de marzo de 2011) Auto 041 [MP. María Victoria Calle].

Corte Constitucional. (4 de diciembre de 2008) Sentencia C-1198 [MP. Nilson Pinilla Pinilla].

Corte Constitucional. (5 de mayo de 1994) Sentencia C-221 [MP. Carlos Gaviria Díaz].

Corte Constitucional. (5 de junio de 1997) Sentencia C-285 [MP. Carlos Gaviria Díaz].

Corte Constitucional. (6 de marzo de 2000) Sentencia T-256 [MP. José Gregorio Hernández Galindo].

Corte Constitucional. (6 de marzo de 2000) Sentencia T-257 [MP. José Gregorio Hernández Galindo].

Corte Constitucional. (6 de mayo de 1993) Sentencia C-176 [MP. Alejandro Martínez Caballero].

Corte Constitucional. (7 de noviembre de 2008) Auto 303 [MP. Manuel José Cepeda Espinoza].

Corte Constitucional. (8 de noviembre de 1996) Sentencia T-349 [MP. Carlos Gaviria Díaz].

Corte Constitucional. (9 de abril de 2008) Sentencia C-318, [MP. Jaime Córdoba Triviño].

- Corte Constitucional. (9 de diciembre de 1996) Sentencia T-705 [MP. Eduardo Cifuentes Muñoz].
- Corte Constitucional. (10 de julio de 1997) Sentencia C-327 [MP. Fabio Morón Díaz].
- Corte Constitucional. (10 de diciembre de 1992) Sentencia T-596 [MP. Ciro Angarita Barón].
- Corte Constitucional. (11 de septiembre de 2007) Sentencia C-720 [MP. Catalina Botero Marino].
- Corte Constitucional. (12 de septiembre de 1996) Sentencia C-430 [MP. Carlos Gaviria Díaz].
- Corte Constitucional. (12 de octubre de 1995) Sentencia C-459 [MP. Eduardo Cifuentes Muñoz].
- Corte Constitucional. (13 de mayo de 1998) Sentencia C-199 [MP. Hernando Herrera Vergara].
- Corte Constitucional. (14 de febrero de 2001) Sentencia C-177 [MP. Fabio Morón Díaz].
- Corte Constitucional. (14 de mayo de 2014) Sentencia T-282 [MP. Luis Ernesto Vargas Silva].
- Corte Constitucional. (14 de agosto de 1996) Sentencia C-364 [MP. Carlos Gaviria Díaz].
- Corte Constitucional. (15 de octubre de 1997) Sentencia T-523 [MP. Carlos Gaviria Díaz].
- Corte Constitucional. (16 de diciembre de 2015) Sentencia T-762 [MP. Gloria Stella Ortiz Delgado].
- Corte Constitucional. (19 de julio de 2007) Sentencia T-549 [MP. Jaime Araújo Rentería].
- Corte Constitucional. (20 de mayo de 1997) Sentencia C-239 [MP. Carlos Gaviria Díaz].
- Corte Constitucional. (20 de mayo de 2004) Sentencia T-490 [MP. Eduardo Montealegre Lynett].
- Corte Constitucional. (21 de febrero de 1995) Sentencia T-065 [MP. Alejandro Martínez Caballero].
- Corte Constitucional. (22 de enero de 2004) Sentencia T-025 [MP. Manuel José Cepeda Espinosa].
- Corte Constitucional. (22 de febrero de 2012) Sentencia C-121 [MP. Luis Ernesto Vargas Silva].
- Corte Constitucional. (22 de noviembre de 2011) Sentencia C-879 [MP. Humberto Sierra Porto].

- Corte Constitucional. (22 de febrero del 2005) Sentencia C-148 [MP. Álvaro Tafur Galvis].
- Corte Constitucional. (23 de noviembre de 2016) Sentencia C-646 [MP. Jorge Iván Palacio Palacio].
- Corte Constitucional. (22 de junio de 2000) Sentencia C-739 [MP. Fabio Morón Díaz].
- Corte Constitucional. (23 de octubre de 1997) Sentencia C-538 [MP. Eduardo Cifuentes Muñoz].
- Corte Constitucional. (24 de noviembre de 1993) Sentencia C-542 [MP. Jorge Arango Mejía].
- Corte Constitucional. (24 de noviembre de 2015) Sentencia T-718 [MP. Jorge Iván Palacio Palacio].
- Corte Constitucional. (25 de julio de 2001) Sentencia C-774 [MP. Rodrigo Escobar Gil].
- Corte Constitucional. (27 de enero de 1994) Sentencia C-024 [MP. Vladimiro Naranjo Mesa].
- Corte Constitucional. (27 de octubre de 1998) Sentencia T-606 [MP. José Gregorio Hernández Galindo].
- Corte Constitucional. (27 de octubre de 2011) Sentencia T-812 [MP. Juan Carlos Henao Pérez].
- Corte Constitucional. (27 de febrero de 2008) Sentencias C-185 [MP. Manuel José Cepeda Espinosa].
- Corte Constitucional. (28 de abril de 1998) Sentencia T-153 [MP. Eduardo Cifuentes Muñoz].
- Corte Constitucional. (28 de junio de 2013) Sentencia T-388 [MP. María Victoria Calle].
- Corte Constitucional. (30 de agosto de 2005) Sentencia C-897 [MP. Manuel José Cepeda Espinosa].
- Corte Constitucional. (31 de mayo de 2000) Sentencia C-634 [MP. Vladimiro Naranjo Mesa].
- Corte Constitucional. (31 de agosto de 2016) Sentencia C-469 [MP. Luis Ernesto Vargas Silva].
- Council of Europe. (2016). *SPACE I*. Strasbourg.
- Cruz Roja (2017). *Retos Humanitarios 2016 - Informe Colombia: resultados y perspectivas*. Bogotá D.C.: CIRC.
- Dammert, L., & Salazar, F. (2009). *¿Duros con el delito? Populismo e inseguridad en América Latina*. Santiago: FLACSO.

Dane. (1951). *Censo de Población de Colombia 1951, Resumen*. Bogotá: Departamento Administrativo Nacional de Estadística.

Dane (s.d.). *¿Dónde estamos?* Recuperado de <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/demografia-y-poblacion/censo-nacional-de-poblacion-y-vivenda-2018/donde-estamos>

Dansky, K. (2008). Undestanding California Sentencing. *Law Review*, 43, 45-86.

de la Barreda Solórzano, L. (2015). Detener para investigar. En S. García Ramírez, & O. Islas de González, *El Código Nacional de Procedimientos Penales, Estudios* (pp. 39-50). México D.F.: UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Defensoría del Pueblo. (2003). *Análisis sobre el actual hacinamiento carcelario y penitenciario en Colombia*.

Defensoría del Pueblo (s.d.). *La Corte Constitucional pide frenar hacinamiento en las URI y estaciones de Policía*. Recuperado de <https://www.defensoria.gov.co/es/nube/enlosmedios/5620/La-Corte-Constitucional-pide-frenar-hacinamiento-en-las-URI-y-estaciones-de-Polic%C3%ada.htm>

Dejusticia & Gpaz. (2017). *Análisis al proyecto de ley 148/16*. Bogotá D.C.

Dejusticia, WOLA, IDPC, & CIM. (2016). *Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento: una guía para la reforma de políticas en América Latina y el Caribe*. Bogotá.

Díaz, A. E. (2015). Disfunciones del derecho penal con el Código Nacional de Procedimientos Penales, ¿anticonstitucionalidad? En S. García Ramírez, & O. Islas de González, *El Código Nacional de Procedimientos Penales, Estudios* (pp. 3-18). México D.F.: Unam Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Dinero (2018). *'Descache' del Dane: somos 45,5 millones de habitantes*. Recuperado de <https://www.dinero.com/pais/articulo/numero-de-habitantes-en-colombia-segun-censo-2018/263907>

El Espectador (2017a). *Corte ordena garantizar acceso al agua potable a reclusos de la cárcel de Yopal*. Recuperado de <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/corte-ordena-garantizar-acceso-al-agua-potable-reclusos-de-la-carcel-de-yopal-articulo-699946>

El Espectador (2017b). *Hacinamiento, también en URI y estaciones de Policía de Bogotá*. Recuperado de <https://www.elespectador.com/noticias/bogota/hacinamiento-tambien-en-uri-y-estaciones-de-policia-de-bogota-articulo-692993>

El Espectador (2017c). *Las advertencias del fiscal general sobre los proyectos de ley de jubileo*. Recuperado de <https://www.elespectador.com/noticias/politica/las-advertencias-del-fiscal-general-sobre-los-proyectos-de-ley-de-jubileo-articulo-685090>

El Espectador (2017d). *Aumenta hacinamiento en estaciones de Policía de Bogotá*. Recuperado de <https://www.elespectador.com/noticias/bogota/aumenta-hacinamiento-en-estaciones-de-policia-de-bogota-articulo-696779>

El Espectador (2018). *Gobierno objetó proyecto de ley sobre abigeato*. Recuperado de <https://www.elespectador.com/noticias/politica/gobierno-objeto-proyecto-de-ley-sobre-abigeato-articulo-798932>

El Nuevo Siglo (2017a). *No a masiva excarcelación por jubileo*. Recuperado de <https://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/03-2017-posible-excarcelacion-masiva-por-jubileo-no-gusta?page=1>

El Nuevo Siglo (2017b). *Engavetadas en Congreso las leyes de jubileo*. Recuperado de <https://elnuevosiglo.com.co/articulos/07-2017-leyes-de-jubileo-estan-engavetadas-en-el-congreso>

El País (2017). *Por hacinamiento, sindicato del Inpec no dejará ingresar más detenidos a cárceles*. Recuperado de <https://www.elpais.com.co/colombia/sindicato-del-inpec-no-dejara-ingresar-detenidos-a-carceles-del-pais-en-protesta-por-hacinamiento.html>

El Tiempo (2016). *Miles de sindicatos de graves delitos podrían quedar libres*. Recuperado de <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16570167>

El Tiempo (2017a). *Excarcelación masiva de presos desata una intensa polémica*. Recuperado de <https://www.eltiempo.com/justicia/delitos/polemica-por-ley-que-permite-excarcelacion-masiva-de-presos-119240>

El Tiempo (2017b). *‘A este paso vamos a terminar en deuda con los delincuentes’: Fiscal*. Recuperado de <https://www.eltiempo.com>

[eltiempo.com/justicia/delitos/respuesta-del-fiscal-a-propuesta-de-ley-del-jubileo-68814](https://www.eltiempo.com/justicia/delitos/respuesta-del-fiscal-a-propuesta-de-ley-del-jubileo-68814)

El Tiempo (2017c). *Minjusticia y Fiscalía presentarán gran reforma a política criminal*. Recuperado de <https://www.eltiempo.com/justicia/delitos/minjusticia-y-fiscalia-presentaran-gran-reforma-a-politica-criminal-86938>

El Tiempo (2017d). *El 12,8 % de las personas en casa por cárcel es reincidente*. Recuperado de <https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/reincidentes-tiene-beneficio-de-casa-por-carcel-en-colombia-75792>

El Tiempo (2018a). *Este es el infierno de las principales cárceles de Colombia*. Recuperado de <https://www.eltiempo.com/justicia/delitos/hacinamiento-en-las-principales-carceles-de-colombia-es-del-49-por-ciento-233362>

El Tiempo (2018b). *Fiscal advierte sobre excarcelación masiva por reforma judicial*. Recuperado de <https://www.eltiempo.com/justicia/delitos/fiscal-advierte-sobre-excarcelacion-masiva-por-reforma-la-justicia-287264>

El Tiempo (2018c). *¿Llegó el momento de aprobar la cadena perpetua en Colombia?* Recuperado de <https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/es-viable-la-propuesta-de-duque-de-implementar-la-cadena-perpetua-253204>

El Tiempo (2018d). *Presos con casa por cárcel y brazaletes están fuera de control*. Recuperado de <https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/sin-control-presos-con-brazaletes-y-casa-por-carcel-194222>

El Tiempo Medellín (2017). *Estación de Policía Candelaria, la peor para los detenidos en Medellín*. Recuperado de <https://www.eltiempo.com/colombia/medellin/hacinamiento-en-estacion-de-policia-candelaria-en-medellin-125792>

El Tiempo Cali (2017). *Personería denuncia hacinamiento en cárcel y estaciones de Policía*. Recuperado de <https://www.eltiempo.com/colombia/cali/hacinamiento-en-estaciones-de-policia-en-cali-129756>

Elliot, C. (2011). France. En K. Heller, & M. Dubber, *The Handbook in Comparative Criminal Law* (pp. 209-251). Stanford: Stanford Law Books.

Estados Unidos Mexicanos (1917). *Constitución de los Estados Unidos Mexicanos*. México.

European Criminal Bar Association. (2007). *An analysis of minimum standards in pre-trial detention and the grounds for regular review in the Member States of the EU*. ECBA.

European Prison Observatory. (2015). *Alternatives to Prison in Europe - France*. Roma: Antigone Edizioni.

European Prison Observatory (2015). *Alternatives to Prison in Europe: United Kingdom*. Roma: Antigone Edizioni.

FAMM (2011). *Alternatives to Incarceration in a Nutshell*. Recuperado de <https://famm.org/wp-content/uploads/FS-Alternatives-in-a-Nutshell.pdf>

Ferrajoli, L. (2011). *Principia Iuris: teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2013). *Escritos sobre derecho penal, tomo 1*. Buenos Aires: Hammurabi.

Ferrajoli, L. (2013). *Escritos sobre derecho penal, tomo 2*. Buenos Aires: Hammurabi.

Foucault, M. (2009). *Vigilar y castigar*. Ciudad de México D.F.: Siglo XXI Editores.

García, M., & Espinosa, R. (2013). *El derecho al Estado: los efectos legales del apartheid institucional en Colombia*. Bogotá D.C.: Dejusticia.

García, M., & Uprimny, R. (2005). *¿Controlando la excepcionalidad permanente en Colombia? Una defensa prudente del control judicial de los estados de excepción*. Bogotá D.C.: Dejusticia.

Garland, D. (1990). *Punishment and Modern Society*. Chicago: The University of Chicago Press.

Garland, D. (2001). *The Culture of Control*. Chicago: Chicago University Press.

Gómez, P. M. (2015). La prisión preventiva en el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales. En S. García Ramírez, & O. Islas de Gonzáles, *El Código de Procedimientos Penales, Estudios* (pp. 255-268). México D.F.: UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas.

González, S. I. (2011). Aumento de presos y código penal: una explicación insuficiente. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*.

González, V. B. A. (2018). El servicio de alimentación de cárcel El Pedregal 'está podrido'. *El Tiempo*. Recuperado de <https://www.eltiempo.com/colombia/medellin/el->

[servicio-de-alimentacion-de-la-carcel-el-pedregal-esta-podrido-277804](#)

Grupo de Prisiones (2018). *Primer Informe de Seguimiento al cumplimiento de las Sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015 de la Corte Constitucional en el Establecimiento Carcelario de Bogota - Cárcel la Modelo*. Bogotá D.C.: Universidad de los Andes.

Guzmán, D. (2012). *Las Cortes de Drogas: Los alcances y retos de una alternativa a la prisión*. Bogotá D.C.: International Drug Policy Consortium.

Hassemer, W. (2016). *¿Por qué castigar? Razones por las cuales merece la pena la pena*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Hassemer, W., & Muñoz Conde, F. (2001). *Introducción a la criminología*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Henry, A. (1991). Pretrial Services: Today and Yesterday. *Federal Probation*, 55(54), 54-62.

Hernández, N. (2018). *El derecho penal de la cárcel: una mirada al contexto colombiano con base en el giro punitivo y la tendencia al mayor encarcelamiento*. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores.

Hobbes, T. (2004). *Leviathan*. New York: Barnes & Noble.

Hoogervorst, J. (2009). *Enterprise Governance and Enterprise Engineering*. Diemen: Springer.

Human Rights Watch (2017). *Not in it for Justice: How California's Pretrial Detention and Bail System Unfairly Punishes Poor People*. Human Rights Watch.

Humanas Colombia - Centro Regional de Derecho Humanos y Justicia de Género (s.d.). *Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil a la Sentencia T-388 de 2013*. Recuperado de [https://www.humanas.org.co/alfa/61\\_\\_Comision-de-seguimiento-a-la-T-388-13.html](https://www.humanas.org.co/alfa/61__Comision-de-seguimiento-a-la-T-388-13.html)

IJPP (2017). *Gajemex2017*. Recuperado de <http://ijpp.mx/el-sistema-de-justicia-penal/servicios-previos-al-jucio/2014-05-02-21-03-38/11-servicios-previos-al-juicio>

INPEC (2013). *Resolución 001505* (31 mayo 2013).

INPEC (2014). *100 años construyendo el sistema penitenciario y carcelario en Colombia*. Bogotá D.C.: INPEC.

INPEC (2014). *Impacto Ley 1709 de 2014, Segundo Informe*. Bogotá D.C.: INPEC.

INPEC (2015). *Impacto de la legislación penal en la población penitenciaria y carcelaria a cargo del INPEC 1998-2015*. Bogotá: INPEC.

INPEC (2016). *Entre Muros para la Libertad*. Bogotá D.C.: INPEC.

INPEC (2017). *Informe estadístico - mayo 2017*. Bogotá D.C.: INPEC.

INPEC (2018). *Informe estadístico - diciembre 2018*. Bogotá D.C.: INPEC.

INPEC (2019). *Informe Estadístico - julio 2019*. Bogotá D.C.: INPEC.

Institute for Criminal Policy Research & Birkbeck University of London. (2018). *World Prison Population List, 12th edition*. Institute for Criminal Policy Research.

Iturralde, M. (2010). *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*. Bogotá: Siglo del Hombre.

Jaramillo, P. J. F., Uprimny, Y. R., & Guarnizo, D. (2016). Intervención judicial en cárceles. En M. García Villegas, R. Uprimny Yepes, A. A. Rodríguez Villabona, & D. I. Güiza Gómez (Edits.), *Constitución, democracia y derechos* (pp. 436-476). Bogotá D.C.: Dejusticia.

Johnson, T. (1997). Latin American Prisons: Inhuman Hell On Earth -- Rights Violations, Violence Are Rampant. *The Seattle Times*. Recuperado de <https://archive.seattletimes.com/archive/?date=19970217&slug=2524460>

Kant, I. (2006). *Teoría y práctica*. Madrid: Tecnos.

Kelsen, H. (2006). *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba.

La FM (2018). *Duque afirma que delitos como la violación de niños no se pueden atenuar*. Recuperado de <https://www.lafm.com.co/colombia/duque-afirma-que-delitos-como-la-violacion-de-ninos-no-se-pueden-atenuar>

Leguizamó, F. M. (2015). El sistema procesal penal acusatorio, el juicio de amparo y los derechos humanos. En S. García Ramírez, & O. Islas de González, *El Código Nacional de Procedimientos Penales: Estudios* (pp. 281-306). México D.F.: UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Liptak, A. (2011). Lifelong Death Sentences. *The New York Times*. Recuperado de <https://www.nytimes>.

[com/2011/11/01/us/death-row-inmates-wait-years-before-execution.html](http://com/2011/11/01/us/death-row-inmates-wait-years-before-execution.html)

Maier, J. (1999). *Derecho procesal penal: Tomo I, Fundamentos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Martin, B., & Grattet, R. (2015). *Alternatives to incarceration in California*. San Francisco: Public Policy Institute of California.

Mezger, E. (2010). *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi.

Ministry of Justice. (2013). *Story of the Prison Population: 1993-2012 England and Wales*. Ministry of Justice Press.

Minjusticia (2016). *Carta Exposición de motivos*. Recuperado de <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Raditados/proyectos%20de%20ley/2016%20-%202017/PL%20148-16%20Fortalecimiento%20de%20la%20Politica%20Criminal%20y%20Penitenciaria.pdf>

Minjusticia & CICAD OEA (2015). *Informe técnico sobre alternativas al encarcelamiento para delitos relacionados con las drogas*. Bogotá D.C.: Ministerio de Justicia y del Derecho.

Minjusticia, USPEC, & INPEC (s.d.). *Plan de Transformación y Humanización del Sistema Carcelario en Colombia*. Recuperado de [https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Documentos2019/Plan\\_Carcelario/Plan\\_de\\_Transformacion\\_y\\_Humanizacion\\_del\\_Sistema\\_Carcelario\\_en\\_Colombia\\_Resumen\\_Ejecutivo.pdf](https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Documentos2019/Plan_Carcelario/Plan_de_Transformacion_y_Humanizacion_del_Sistema_Carcelario_en_Colombia_Resumen_Ejecutivo.pdf)

Mir Puig, S. (2006). *Estado, pena y delito*. Montevideo: B de F.

Mir Puig, S. (2015). *Derecho penal, parte general*. Barcelona: Reppertor.

Moreno, J. (2016). Los 'pecados' del negocio de la alimentación en cárceles de Colombia. *El Tiempo*. Recuperado de <https://www.eltiempo.com/justicia/cortes/alimentacion-en-las-carceles-de-colombia-con-escandalo-por-corrupcion-en-contratos-38103>

Mueller-Smith, M. (2015). *The Criminal and Labor Market Impacts of Incarceration*. Unpublished Working Paper. Recuperado de <https://sites.lsa.umich.edu/mgms/wp-content/uploads/sites/283/2015/09/incar.pdf>

Naciones Unidas (2007). *Recopilación de reglas y normas de las Naciones Unidas en la esfera de la prevención del delito y la justicia penal*. New York.

Nagin, D. (2013). Deterrence in the Twenty-First Century. *Crime and Justice*, 42(1), 199-263.

Neuman, E. (1984). *Prisión Abierta*. Buenos Aires: Depalma.

New York State. *División of Criminal Justice Services*. Recuperado de [https://www.criminaljustice.ny.gov/opca/ati\\_description.htm](https://www.criminaljustice.ny.gov/opca/ati_description.htm)

Newburn, T. (2007). *Criminology*. Devon: Willan.

Observatorio Ciudadano del Sistema de Justicia. (2014). *Desafíos en la implementación de la reforma del sistema de justicia penal en México*. México, D.F.: Observatorio Ciudadano del Sistema de Justicia Penal.

Ojeda, B. R. (2015). Algunas inconsistencias y errores del Código Nacional de Procedimientos Penales. En S. García Ramírez, & O. Islas de González, *El Código Nacional de Procedimientos Penales, Estudios* (pp. 307-322). México D.F.: UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Organización de las Naciones Unidas (2010a). *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes. Aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas el 21 de diciembre de 2010, mediante la Resolución 65/229*.

Organización de las Naciones Unidas (2010b). *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre medidas no privativas de la libertad. Aprobadas por la Asamblea General el 14 de diciembre de 2010, mediante la resolución 45/110*.

Organización de las Naciones Unidas (2015). *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas el 17 de diciembre de 2015*.

Owen, J. (2007). *Núremberg: el mayor juicio de la historia*. Barcelona: Crítica.

Palomino, L. (2018). Fiscal cuestiona proyecto que limita a un año las detenciones preventivas, *W Radio*. Recuperado de <https://www.wradio.com.co/noticias/actualidad/fiscal-cuestiona-proyecto-que-limita-a-un-ano-las-detenciones-preventivas/20181029/nota/3818160.aspx>

Palomino, L. (2019). Carne podrida: el alimento que dan a internos de la cárcel La Modelo. *W Radio*. Recuperado de <https://www.wradio.com.co/noticias/bogota/carne-podrida-el-alimento-que-dan-a-internos-de-la-carcel-la-modelo/20190730/nota/3933699.aspx>

Parlament Français (1959). Code de procédure pénale, Francia.

Patchin, J., & Keveles, G. (2004). *Alternatives to Incarceration: an Evidence-Based Research Review*. Wisconsin: Northwest Winconsin Criminal Justice Management Conference.

Pavón, T. P. (2003). *La cárcel y el encarcelamiento en el mundo romano*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

Petersilia, J. (1987). *Expanding Options for Criminal Sentencing*. Santa Monica: Rand Corporation.

Pratt, J., & Eriksson, A. (2013). *Contrasts in Punishment: an explanation of Anglophone excess and Nordic exceptionalism*. New York: Routledge.

Programa Drogas, Seguridad y Democracia (2018). *Tribunales de Tratamiento de Drogas en las Américas*. New York: Social Science Research Council.

Publimetro (2019). Hacinamiento en las estaciones de la Policía en Medellín llegaría al 600%. *Publimetro*. Recuperado de <https://www.publimetro.co/co/medellin/2019/03/01/hacinamiento-las-estaciones-la-policia-medellin-llegaria-al-600.html>

RCN Radio (2016). *Continúa crisis de la salud en cárceles del país: Defensoría*. Recuperado de <https://www.rcnradio.com/colombia/continua-crisis-la-salud-carceles-del-pais-defensoria>

RCN Radio (2017). *Sindicatos del INPEC anunciaron paro indefinido*. Recuperado de <https://www.rcnradio.com/colombia/sindicatos-del-inpec-anunciaron-paro-indefinido>

Restrepo, L. D. (2011). *El crecimiento de la población reclusa y el hacinamiento en Colombia en perspectiva comparada*. Bogotá D.C.: Dirección Nacional de Planeación.

Revista Semana (2017a). *12.000 presos pueden salir libres el 1 de julio*. Recuperado de <https://www.semana.com/>

nacion/articulo/12000-presos-pueden-salir-libres-el-1-de-julio/528110

Revista Semana (2017b). 'A este paso, vamos a terminar en deuda con los delincuentes': Fiscal. Recuperado de <https://www.semana.com/nacion/articulo/la-replica-de-nestor-humberto-martinez-a-maria-jimena-duzan/656122>

Revista Semana (2018). "No se puede atenuar, ni diferenciar delitos tan graves como la violación de menores": Duque. Recuperado de <https://www.semana.com/nacion/articulo/ivan-duque-se-pronuncia-sobre-los-casos-delitos-sexuales-a-menores-en-la-jep/579759>

Revista Semana (2019). "Llegó el momento de evaluar la prisión perpetua para violadores de niños": Duque. Recuperado de <https://www.semana.com/nacion/articulo/duque-habla-sobre-cadena-perpetua-para-violadores-de-ninos/622745>

Reyes, N. (2011). *An Overview of Pretrial Services in the United States*. San José: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.

Rivera, B. I. (2005). Elementos para una aproximación epistemológica. En I. Rivera Beiras, *Política Criminal y Sistema Penal: Viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona: Antrophos.

Roberts, J. (2003). *Penal Populism and Public Opinion: Lessons from Five Countries*. New York: Oxford University Press.

Robinson, P. (2011). United States. En K. Heller, & M. Dubber, *The Handbook of Comparative Criminal Law* (pp. 563-592). Stanford: Stanford Law Books.

Rodríguez, C., Barragán, M., Albarracín, M., & Lalinde S. (2017). *Intervenciones en demandas al Código de Policía contra los artículos sobre de traslado por protección, prohibición para menores de edad, atención integral a habitantes de calle y protesta social*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de <https://www.dejusticia.org/litigation/intervenciones-en-demandas-al-codigo-de-policia-contra-los-articulos-sobre-de-traslado-por-proteccion-prohibicion-para-menores-de-edad-atencion-integral-a-habitantes-de-calle-y-protesta-social/>

Rousseau, J. J. (2005). *The Social Contract*. New York: Barnes & Noble.

Senado de la República. Gaceta 941 del 20 de noviembre de 2013, Senado

Secret, M. (2013). *Outside Box, Federal Judges Offer Addicts a Free Path*. Recuperado de <https://www.nytimes.com/2013/03/02/nyregion/us-judges-offer-addicts-a-way-to-avoid-prison.html>

Sentencing Council. *Determinate prison sentences*. Recuperado de <https://www.sentencingcouncil.org.uk/about-sentencing/types-of-sentence/determinate-prison-sentences/>

Sentencing Council. *Extended sentences*. Recuperado de <https://www.sentencingcouncil.org.uk/about-sentencing/types-of-sentence/extended-sentences/>

Sentencing Council. *Life sentences*. Recuperado de <https://www.sentencingcouncil.org.uk/about-sentencing/types-of-sentence/life-sentences/>

Sentencing Council. *Discharges*. Recuperado de <https://www.sentencingcouncil.org.uk/about-sentencing/types-of-sentence/discharges/>

Subijana, Z. I., & Porres, G. I. (2013). La viabilidad de la justicia terapéutica, restaurativa y procedimental en nuestro ordenamiento jurídico. *Cuadernos Penales José María Lidón* (9), 21-58.

Umaña, H. C. E. (2015). Previsiones sobre la prevención: Algunas consideraciones desde la criminología. En M. Gutiérrez Quevedo, *Política Criminal y "Prevención"* (pp. 45-88). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Unidad de Víctimas (2017). Víctimas del conflicto armado. Recuperado de <https://www.unidadvictimas.gov.co/es/registro-unico-de-victimas-ruv/37394>

United Kingdom. Parliament. (1976). *Bail Act for accused persons and others*.

United States (1966). *United States Code*, EE.UU.

United States Courts (2013). *Supervision Costs Significantly Less than Incarceration in Federal System*. Recuperado de <https://www.uscourts.gov/news/2013/07/18/supervision-costs-significantly-less-incarceration-federal-system>

United States Sentencing Commission (2015). *Guidelines Manual*. Washington D.C.: United States Sentencing Commission.

- United States Sentencing Commission (2015). *Alternative Sentencing in the Federal Criminal Justice System*. Washington D.C.: United States Sentencing Commission.
- UNODC (2007). *Handbook of basic principles and promising practices on Alternatives to Imprisonment*. New York: United Nations.
- UNODC (2012). *Delincuencia organizada transnacional en Centroamérica y el Caribe: Una evaluación de las amenazas*. Viena: Organización de las Naciones Unidas.
- UNODC (2014). *Global Study on Homicide 2013*. Vienna: United Nations.
- Uprimny, Y. R. (2005). *El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*. Bogotá D.C.: Dejusticia.
- Uprimny, Y. R., Chaparro, H. S., & Cruz, O. L. (2017). *Delitos de drogas y sobredosis carcelaria en Colombia*. Bogotá D.C.: Dejusticia.
- Uprimny, Y. R., Guzmán, D., & Parra, J. (2012). *La adicción punitiva: la desproporción de leyes de drogas en América Latina*. Bogotá D.C.: Dejusticia.
- Uprimny, Y. R., Guzmán, D., & Parra, J. (2013). *Penas alucinantes: la desproporción de la penalización de las drogas en Colombia*. Bogotá D.C.: Dejusticia.
- Uprimny, Y. R., Martínez, M., Cruz, L., Chaparro, S., & Chaparro, N. (2016). *Mujeres, política de drogas y encarcelamiento: una guía para la reforma de políticas en Colombia*. Bogotá D.C.: Dejusticia.
- von Liszt, F. (1990). *La idea del fin en el derecho penal*. Bogotá D.C.: Temis.
- Welzel, H. (1956). *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Roque Depalma.
- World Prison Brief (WPB) (2016a). *Bolivia*. WPB. Recuperado de <https://www.prisonstudies.org/country/bolivia>
- World Prison Brief (WPB) (2016b). *Brazil*. WPB. Recuperado de <https://www.prisonstudies.org/country/brazil>
- World Prison Brief (WPB) (2017a). *El Salvador*. WPB. Recuperado de <https://www.prisonstudies.org/country/el-salvador>

World Prison Brief (WPB) (2017b). *Guatemala*. WPB. Recuperado de <https://www.prisonstudies.org/country/guatemala>

World Prison Brief (WPB) (2017c). *Nicaragua*. WPB. Recuperado de <https://www.prisonstudies.org/country/nicaragua>

World Prison Brief (WPB) (2018a). *Peru*. WPB. Recuperado de <https://www.prisonstudies.org/country/peru>

World Prison Brief (WPB) (2018b). *Venezuela*. WPB. Recuperado de <https://www.prisonstudies.org/country/venezuela>

Zaffaroni, R. (2005). Derecho Penal. *Vox Juris*, 349-377.

Zepeda, L. G. (2012). Diagnóstico del Sistema Penitenciario Mexicano. En A. Sánchez Galindo, *La transformación del Sistema Penitenciario Federal: una visión de Estado* (pp. 13-58). México D.F.: Centro de Investigación y Estudios en Seguridad.

Zepeda, L. G. (2014). *Buenas prácticas en la implementación y operación del nuevo sistema de justicia penal en México*. México D.F.: USAID.

Zúñiga, R. L. (2001). *Política Criminal*. Madrid: Colex.



## **Sobre el autor**

**Juan Sebastián Hernández Moreno** es abogado y filósofo de la Universidad de los Andes. Se ha desempeñado como investigador en el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia en la línea de Sistema Judicial. Sus investigaciones se han centrado en el funcionamiento del sistema penal y la política criminal en Colombia, el seguimiento a la crisis carcelaria y la situación de derechos humanos en el sistema de justicia y el penitenciario y carcelario.

# La paradoja punitiva

Las medidas alternativas al encarcelamiento y la política criminal inflacionaria en Colombia

Luego de décadas de una política de mano dura contra el delito, muchos Estados de América se enfrentan hoy a una paradoja: mientras han aumentado el uso del encarcelamiento a tal punto que el hacinamiento de sus cárceles se ha desbordado, Latinoamérica se ha convertido en el continente con las cifras más altas de homicidios en el mundo. El fracaso de maximizar el uso de la cárcel como estrategia de seguridad es evidente, tanto por los altos costos que ha generado en términos de derechos humanos y presupuestales, como por su falta de efectividad para reducir el delito.

Colombia no es la excepción. Después de inversiones enormes para construir cárceles y de la declaración de dos estados de cosas inconstitucionales por la Corte Constitucional, la población reclusa sigue inmersa en condiciones de vida inhumanas, viendo sus derechos vulnerados de manera constante, generalizada y masiva. Ante esto, es urgente que el Estado reformule su política criminal y repiense el rol que la cárcel y las medidas alternativas al encarcelamiento cumplen en el sistema penal.

En este libro se analiza cómo la inflación punitiva en la política criminal colombiana ha desfigurado el uso de la prisión, limitado de manera excesiva el uso de las medidas alternativas al encarcelamiento y trastocado los principios que gobiernan el derecho a castigar del Estado social de derecho. Así, a través de un estudio del diseño normativo del encarcelamiento en el sistema penal y del análisis buenas prácticas en otros países (Estados Unidos, Inglaterra, México y Francia), esta investigación busca dar recomendaciones que ayuden no sólo a resolver la crisis carcelaria, sino también a corregir los excesos autoritarios de un derecho penal que antepone la seguridad a los derechos humanos.

ISBN 978-958-5597-39-6



9 789585 597396