

POLÍTICA CRIMINAL DE TOLERANCIA CERO.  
“HERRAMIENTA DE EFICACIA DEL SISTEMA PENAL DENTRO DE UN  
ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN CRISIS”.

TESIS MAESTRÍA.

DANILO IGNACIO CEPEDA PÉREZ.

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS

BOGOTÁ D.C.

2019.

## **CONTENIDO**

ABREVIATURAS.....	4
METODOLOGÍA.....	5
INTRODUCCIÓN.....	7
CAPITULO PRIMERO. POLÍTICA CRIMINAL DE TOLERANCIA CERO.....	14
1.1 CONCEPTO .....	16
1.2 DESARROLLO LEGAL Y JUDICIAL DE LA TOLERANCIA CERO.....	24
1.3 POPULISMO PUNITIVO: CATALIZADOR DE LA TOLERANCIA CERO .....	30
1.4 FUNCIÓN DE LA PENA.....	33
1.5 CONCEPTO DE DESVIACIÓN.....	35
1.6 PROTAGONISTAS.....	36
1.7 EFECTIVIDAD.....	38
CAPITULO SEGUNDO. ESTADO SOCIAL DE DERECHO (-ESD-).....	41
2.1 CONCEPTO .....	41
2.2 PRINCIPIOS REGENTES DEL SISTEMA PENAL VULNERADOS ACTUALMENTE EN EL SISTEMA PENAL .....	47
2.2.1. PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA.....	47
2.2.2. PRINCIPIO DE IGUALDAD.....	49
2.2.3. PRINCIPIO DEL DERECHO PENAL DE ACTO.....	51
2.2.4 PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD .....	53
2.2.5. PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN.....	54
2.3 FUNCIÓN DE LA PENA EN EL -ESD-.....	56
2.4. CRISIS DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.....	59
2.5. SITUACIÓN ACTUAL DEL FIN DE REINSERCIÓN SOCIAL .....	71
2.6. NUEVO PARADIGMA DEL FIN DE LA PENA .....	73

CAPITULO 3. POLÍTICA CRIMINAL DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO .....	75
3.1 ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONALES .....	76
3.2 LEGISLACIÓN CONTRADICTORIA AL ESD Y REPRESENTATIVA DE LA POLÍTICA CRIMINAL DE TOLERANCIA CERO .....	91
CONCLUSIONES.....	119
BIBLIOGRAFÍA.....	125

**ABREVIATURAS.**

ECI = ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONALES

ESD = ESTADO SOCIAL DE DERECHO

USA = UNITED STATES OF AMÉRICA

UK = UNITED KINGDOM

PPL = POBLACIÓN PRIVADA DE LA LIBERTAD

ERON = ESTABLECIMIENTO DE RECLUSIÓN DE ORDEN NACIONAL

CSPC = CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

## **METODOLOGÍA**

El presente ejercicio académico de investigación jurídica se encauza, -previa observación de conflictos sociales que se vienen desarrollando paulatinamente en el ordenamiento jurídico Colombiano-, especialmente en el ámbito de la criminología, como aparte relevante del derecho penal. Dentro de la clásica diferenciación de métodos investigativos, se pretende identificar una problemática social, construyendo aprendizaje y conocimiento a través del método cualitativo.

“Surge como alternativa al paradigma racionalista puesto que hay cuestiones problemáticas y restricciones que no se pueden explicar ni comprender en toda su existencia desde la perspectiva cuantitativa, como por ejemplo los fenómenos culturales, que son más susceptibles a la descripción y análisis cualitativo que al cuantitativo. Este paradigma (...) intenta comprender la realidad dentro de un contexto dado, por tanto, no puede fragmentarse ni dividirse en variables dependientes e independientes (...) es decir estudiar con profundidad una situación concreta y profundiza en los diferentes motivos de los hechos (Solano de Jinete & Sepúlveda López, 2008, pág. 32)”.

El punto de partida es la situación cultural social, analizada de manera objetiva. Como lo pretendido es estructurar un ejercicio investigativo dentro de una ciencia social como lo es el Derecho, el método cualitativo está llamado a prosperar, toda vez que permite realizar una descripción de generalidades que caracterizan el problema de investigación. Se orienta este trabajo, a realizar proposiciones particulares que se deducen de teorías generales existentes, en conjunto con un sustrato social determinado (Arandia, 2009).

Por tanto, el acercamiento que se realiza en este escrito, primero que nada, busca conocer el tema puesto a consideración con las variables que puede entretener. Se realiza una aproximación de la problemática dicha, sus posibles, causas para posteriormente describir como la hipótesis planteada es de recibo dentro de la estructuración temática propuesta.

Pero si bien la investigación procura encontrar respuestas a un fenómeno socio-jurídico determinado, se ciñe únicamente a un estudio netamente documental, presentando resultados de una problemática ya vista, pero esta vez, orientada hacia un nuevo tópico, hacia nuevas predicciones.

Podemos definir a la investigación documental como parte esencial de un proceso de investigación científica, constituyéndose en una estrategia donde se observa y reflexiona sistemáticamente sobre realidades (teóricas o no) usando para ello diferentes tipos de documentos. Indaga, interpreta,

presenta datos e informaciones sobre un tema determinado de cualquier ciencia, utilizando para ello, una metódica de análisis; teniendo como finalidad obtener resultados que pudiesen ser base para el desarrollo de la creación científica (Solano de Jinete & Sepúlveda López, 2008, pág. 58)". Por tanto, el presente trabajo se desarrollará como una investigación documental, socio jurídico, encaminado a estudiar una problemática social, describirla en todo su entorno, proyectar eventos futuros a presentarse dentro del fenómeno socio jurídico y aportar conclusiones relevantes frente a las connotaciones actuales de la situación objeto de estudio.

"Los estudios descriptivos buscan especificar las propiedades importantes de personas, grupos, comunidades, o cualquier otro fenómeno que sea sometido a análisis (Dankhe, 1986). Miden o evalúan diversos aspectos, dimensiones o componentes del fenómeno o fenómenos a investigar (Hernandez Siampieri, Fernandez Collado, & Baptista Lucio, 2004, pág. 45)".

El campo de acción y análisis es amplio, pero necesario para desarrollar en mejor forma los objetivos del contexto a través de un enfoque investigativo teórico-dogmático, que procura realizar un estudio primario de las disposiciones expresas del derecho, para posteriormente ampliar el campo de estudio trascendiendo hacía el sustrato social y la casuística en particular que permite corroborar la funcionabilidad material de las disposiciones normativas formales. En esa perspectiva, la doctrina refiere;

"Es desde esta perspectiva que el enfoque teórico-dogmático de la investigación jurídica intenta, como su nombre indica, conjuntar ambos aspectos, complementando una visión excesivamente normativista con una aproximación que desde la teoría jurídica posibilite la apertura del sistema hacia aquello que bien podríamos denominar como "dogmática ampliada", un estudio normativista que se abre a las posibilidades de una visión más cuestionadora, con más posibilidades de cambio y actualización normativa (Arandia, 2009, pág. 122)".

Pero si bien la investigación documental teórico jurídica, puede ser catalogada como descriptiva del fenómeno, también es de recibo catalogarla simultáneamente como exploratoria (Cazau, 2006, pág. 32), en donde se analiza la información existente documentada frente al tema, que permita comprender del porque las circunstancias sociales se desarrollan así.

"El objetivo de una investigación exploratoria es, como su nombre lo indica, examinar o explorar un tema o problema de investigación poco estudiado o que no ha sido abordado nunca antes. Por lo tanto, sirve para familiarizarse con fenómenos relativamente desconocidos, poco estudiados o novedosos, permitiendo identificar conceptos o variables promisorias, e incluso identificar relaciones potenciales entre ellas. La investigación exploratoria, también llamada formulativa,

permite conocer y ampliar el conocimiento sobre un fenómeno para precisar mejor el problema a investigar (...) Una investigación puede entonces comenzar siendo exploratoria, después ser descriptiva y correlacional, y terminar como explicativa (Cazau, 2006, pág. 26)".

De esta manera, la metodología exploratoria-descriptiva, servirá como herramienta para conocer el fenómeno propuesto y realizar predicciones frente al rumbo que la política criminal puede tomar siempre que los postulados constitucionales y legales se sigan quebrantando. Siendo el Estado Colombiano, el causante de la crisis del ESD, la política criminal de Tolerancia Cero es una variable prevista que puede llegar a imponerse en la práctica, toda vez que el respeto de los derechos humanos del reo, ya no es preponderante para el ordenamiento jurídico.

## **INTRODUCCIÓN.**

El ordenamiento jurídico con el paso del tiempo se estructura de una manera confusa, llegando al extremo de comprometer el bienestar del ciudadano dentro de un Estado Social de Derecho (ESD). La Constitución y el modelo de Estado, se caracterizan porque sus elementos configurativos, han sido estructurados de manera que buscan cumplir los derechos fundamentales del ser humano; formalmente hablando.

Dentro del ESD, el derecho penal debe ser entendido como la rama del derecho con mayor importancia, toda vez que dentro de éste se forja el *ius puniendi*; entendiéndose como "la facultad penal del Estado, en virtud de la cual puede declarar punibles determinados hechos a los que impone penas o medidas de seguridad. Ello es entonces expresión del poder único y exclusivo del Estado para ejercer la violencia legítima (Posada Arboleda, 2009, pág. 26)".

Pero en la contemporaneidad que transcurre, el ESD y el Derecho Penal, no están trabajando armónicamente para generar un *stats quo* benéfico a los ciudadanos. Las leyes penales, ahora solo van orientadas a cohibir cada vez más la autonomía personal de los ciudadanos y a generar parámetros de violación de derechos para los presidiarios.

Extrañas son las situaciones que se presentan, cuando el derecho penal como instrumento de control social y mecanismo de castigo de conductas desviadas, no cumple con su misión de resocialización, habida cuenta de los índices de hacinamiento. El legislador como arquitecto de la política criminal está patrocinando un escenario en el cual se usa el *Ius Puniendi* de manera descontrolada, para contrariar directamente postulados constitucionales.

Si el ESD, promete prebendas al reo en el cumplimiento de su pena, entonces es disonante que la política criminal se encuentre generando un panorama de represión frente a las libertades fundamentales del ciudadano y frente a las condiciones que los reos experimentan en las prisiones.

Por lo anterior, se plantea como pregunta de investigación, ¿Por qué el Estado Colombiano, mediante su actual política criminal, se encuentra violando el derecho fundamental referente a la prohibición de tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes, previsto en el artículo 12 de la Constitución Política?

El problema jurídico entonces se determina, como aquella incongruencia entre el artículo 12 constitucional y una política criminal que auspicia penas degradantes al ser humano, dentro de un ESD que procura la protección a ultranza de los derechos fundamentales. Fijada la problemática y la pregunta de investigación de la cual parte la investigación, es de anotar como fenómenos sociales evidencian la problemática antedicha. Ejemplos de éstos, puede catalogarse en primera instancia, el hacinamiento carcelario experimentado por los establecimientos carcelarios del país, tal y como lo revelan los informes mensuales estadísticos del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, 2018); como también los medios de comunicación (Caracol Televisión, 2017).

En segundo lugar, una exacerbada inflación de normas, auspiciada por presión social, proselitismo e inobservancia del déficit de instituciones carcelarias; procurando mayor restricción a conductas humanas y demarcando un índice alto de congestión judicial. Si bien, el legislador es el ente facultado para construir leyes, esa labor debe ser desarrollada de acuerdo a necesidades sociales reales que permitan asegurar un estado de Bienestar general para los asociados.

“Dentro de la fase del proceder pre-legislativo en la construcción de la norma penal se sitúa la necesidad de que exista una evaluación práctica de los fenómenos socio-económicos en una esfera social determinada, con el fin de hallar algún tipo de disfuncionalidad social que tenga relevancia jurídico- penal; (...) se procede a dar inicio a la siguiente fase denominada legislativa, logrando de esta forma completar el círculo de formación de la norma penal (Balmaceda Hoyos & Henao Cardona, Introducción al Derecho Penal de la Sociedad Postindustrial, 2006, pág. 50)”.

Por tanto es válido indagar si la variedad de normas que se han estructurado en los últimos años, obedecen a necesidades reales, si configuran una política criminal responsable acorde a postulados constitucionales y si de estas normas, la sociedad obtiene beneficios tangibles. En tercer lugar, los índices de delincuencia para Colombia han reportado un ascenso considerable en las últimas anualidades (Mejía, Ortega, & Ortiz, 2014); eventualidad que ponen al delito como una prioridad a resolver dentro de la labor estatal institucional. Si bien se desarrolla política pública para menguar el impacto social del delito, lo cierto es que año a año su presencia persiste y los medios de contingencia nunca son suficientes (Buitrago Cubides & Norza Cespedes, 2015, pág. 19); dejando como residuo una sensación de inseguridad y *un inconformismo social* frente a la labor institucional frente al control del delito -*evidenciado en estudios realizados en la ciudad de Bogotá D.C* (Cámara de Comercio de Bogotá D.C., 2017)-. Esta situación se reproduce en las estadísticas presentadas por la Fiscalía General de la Nación, en donde la ciudadanía exige mayor eficacia institucional, recurriendo al aumento en las denuncias penales por la consecución de conductas punibles, pero reflejando una inadecuada administración de justicia debido al estancamiento de las mismas en la etapa de indagación (Fiscalía General de la Nación, 2018).

En cuarta medida, un nuevo fenómeno social como la reincidencia de delincuentes, son el continuo devenir social y el foco de las críticas al fin resocializador que el ESD pregona en sus disposiciones normativas (Noticias Caracol, 2017).

Por tanto, de acuerdo a los fenómenos sociales citados, se pondera un complejo entramado de circunstancias que ponen al derecho penal dentro de una *crisis* de operatividad y eficacia; que una debida política criminal debería prever y solucionar en debida forma.

“La política criminal va a ser el lugar de desarrollo de una propuesta integral sobre un determinado fenómeno criminal porque se encargará de seleccionar los instrumentos idóneos para prevenirlo, bajo el principio de subsidiariedad y con la ayuda de las ciencias empíricas como la criminología (Velasquez, 2005, pág. 600)”.

Pero advertidas las circunstancias sociales que la política criminal existente, se debe entonces acercar una respuesta al problema jurídico advertido y a las situaciones sociales que a raíz de esto se desencadenan.

Por hipótesis entonces se pondera una explicación al problema jurídico y a la situación social actual; referida así, *el Estado Colombiano a través de la política criminal estructurada por*

*el legislador, es responsable de la inobservancia del artículo 12 constitucional; porque en un desconectado trabajo de las ramas del poder público, se está procurando una política criminal contradictoria al fin de reinserción social y protección al condenado; todo gracias a una necesidad de generar mayor eficacia frente al control del delito.*

Por tanto, la búsqueda de mayor eficacia institucional en el control del delito, hoy en día obedece a un criterio de *castigar más, pero no, castigar mejor*. Factores como la presión social, la criminalidad, el eco de los medios de comunicación (Velandia Montes, 2018, pág. 140), el proselitismo parcializado; hacen que la política criminal pierda el horizonte hacia el cual debe orientarse de acuerdo a postulados constitucionales y legales.

“Así, el legislador, al momento de ejercer su función de determinar los objetos dignos de protección penal debe cumplir con determinados principios que encuentran su origen esencialmente en la Constitución y en los derechos del hombre, como son la libertad, la dignidad humana y la vida, como valores fundamentales dentro de un Estado social y democrático de Derecho (Balmaceda Hoyos, Castro Cuenca, & Henao Cardona, Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo, 2009, pág. 127)”.

Pretender mayor eficacia en el control del delito, sacrificando las especificidades propias de un ESD que procura un tratamiento penitenciario de calidad para los reos, crea una situación de confusión y contradicción. Teniendo presente que el derecho penal deslumbra por ser un derecho de intervención mínima y de carácter fragmentario, es inexplicable que en estos días la política criminal pretenda hacer a un lado principios fundantes del derecho penal y recurrir a la excesiva producción de normas penales, para solucionar los conflictos sociales en parámetros significativos de eficacia.

“Concretamente, según el principio de intervención mínima, el Derecho Penal sólo debe intervenir ante los ataques más graves que sufran los bienes jurídicos más importantes, por lo cual esta rama del Derecho ha de reducir su intervención a aquello estrictamente necesario en término de utilidad social general, principio reconocido por nuestra Corte Constitucional (Balmaceda Hoyos, Castro Cuenca, & Henao Cardona, Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo, 2009, pág. 131)”.

Las inconsistencias del ordenamiento jurídico en la práctica, dejan ver que la protección de la dignidad humana y la reinserción social no encuentran espacios de materialización.

“Por otro lado según el principio de fragmentariedad, el Derecho penal no ha de proteger todos los bienes jurídicos ni penar todas las conductas lesivas de los mismos, sino sólo los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes, axioma que se viola flagrantemente con la

regulación de los hechos punibles menores pues no se distingue entre delitos y faltas (Balmaceda Hoyos, Castro Cuenca, & Henao Cardona, Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo, 2009, pág. 133)”.

Por tanto, se comprobará la hipótesis propuesta a través de *Objetivos Generales* que se plantean así, i) Se demostrará la inexistencia material de un ESD, que formalmente se estructura muy prospero, a través de un estudio doctrinal y jurisprudencial en el Ordenamiento Colombiano ii) Se señalará como la política criminal del Estado no cumple las funciones de la pena del ESD establecidas en el artículo 4 del código penal, dentro de los ERON del país, a través del análisis de jurisprudencia que así lo establece, informes anuales penitenciarios, informes Defensoría del Pueblo, informes Presidencia de la República iii) Se demostrará a través del análisis de normas, como la sociedad colombiana bajo un sentimiento de inseguridad (Dane, 2017, pág. 23), ha influido en la configuración de la política criminal, en las últimas décadas en el país.

Los extremos que estos objetivos generales demarcan, permiten evidenciar la problemática existente entre un ESD formal y un ESD material disfuncional, pero real. Consecuentemente al ESD, las políticas adoptadas en éste, deberían obedecer a los mismos criterios; pero hoy, el derecho penal y la política criminal, es una recopilación de factores orientados a diversos fines, tamizada por propósitos netamente simbólicos de eficacia ante la opinión pública (Gracia Martín, 2010, pág. 36)”.

Se observa una sociedad hastiada de soportar abusos de parte de los delincuentes reincidentes, aunado al pausado ritmo del sistema penal en su proceso de judicialización; trayendo como consecuencia directa la exigencia social de mayores y urgentes resultados.

Como *Objetivos Específicos*, reproduciendo cada uno de ellos la hipótesis planteada, se tiene: i) Se demostrará a través del análisis jurisprudencial, como la política criminal actual y la práctica jurídica que se desarrolla en el ámbito Colombiano, se encuentran violando principios elementales del Sistema Penal Liberal, ii) se evidenciará con el estudio doctrinal y jurisprudencial, como en Colombia se impone una nueva tendencia de *política criminal simbólica*, con características similares con una Política Criminal Anglosajona denominada *Tolerancia Cero* que mundialmente ha materializado ese deseo popular de mayor represión contra el delito, iii) Mediante un estudio normativo, se señalará, como el ordenamiento jurídico colombiano, dentro de esa nueva tendencia de Política Criminal simbólica, persiste en generar escenarios amplios de intolerancia y represión contra el delito.

Es factible de tal manera, aseverar la similitud de la Política Criminal de *Tolerancia Cero* con la Política Criminal desarrollada en el ordenamiento nacional, ya que los postulados rehabilitantes, no funciona dentro del proceso penal de administración de justicia.

“La doctrina incluye en el actual Derecho penal moderno, a una pluralidad de nuevos tipos penales que amplían la intervención penal a ámbitos que, como por ejemplo la actividad económica, habían permanecido antes en mayor o menor medida fuera de su alcance, y también a ciertas extensiones del alcance de algunos tipos penales tradicionales (Gracia Martín, 2010, pág. 31)”.

El estado actual de la cuestión penal, se acerca a una paradoja sistémica en donde pervive el ESD a través de la puesta en práctica de una Política Criminal de tamiz autoritario, retributivo e intolerante con la conducta criminal. *Los ideales de resocialización y rehabilitación del delincuente, estructurados como el principal fin de la pena, son cuestionados por la ciudadanía, luego de ser víctima de tantas conductas delictivas en magnitudes abrumadoras.* Genera mayor bienestar encontrarse a buen resguardo de delincuentes reincidentes, que procurar la rehabilitación de miles de convictos conviviendo en enmudecidas situaciones de hacinamiento (Periódico El País, 2017).

“Los análisis contemporáneos que se hacen están, pues, claramente destinados a comprender por qué, en sociedades modernas y mucho más igualitarias, que están organizadas políticamente con sistemas democráticos avanzados y consolidados, se está produciendo un Derecho penal de características muy regresivas (...)y por qué gobiernos de izquierda han abrazado sin pudor discursos y esquemas ideológicos, en materia de política criminal, más propios de sus adversarios conservadores o, incluso más propios de regímenes políticos autoritarios (...) desde los comienzos de la transición Democrática y hasta el día de hoy, la ausencia de un modelo político criminal claro y coherente ha sido una constante, como las contradicciones internas del modelo legislativo y de las prácticas penales y penitenciarias endémicas. (Del Rosal Blanco, 2009, págs. 3-8)”.

En este punto, las generalidades están dichas y el contexto que se ha puesto de presente determina la fenomenología que el Derecho Penal actual evidencia dentro del ordenamiento jurídico colombiano, presentando como residuo una insostenible situación carcelaria, en medio de un sistema penal contradictorio que impiden totalmente los postulados constitucionales de los Fines de la pena.

Luego de 25 años de una nueva Constitución, el ESD material no existe y degenera el derecho penal en inconsistencias como la pérdida de identidad de la *última ratio*, inflación legislativa, corrupción judicial, abuso de autoridad, *populismo punitivo*, ineficacia de las instituciones

carcelarias, abuso del reo dentro del ESD y una nueva tendencia de política criminal de *Intolerancia*; que generan dificultades y contradicciones a resolver dentro del sistema.

“El discurso legitimante en la hora actual del Derecho penal autoritario está integrado, fundamentalmente, por las políticas de tolerancia cero de origen norteamericano y por el Derecho penal del enemigo. En ambos casos se invoca la emergencia para legitimar el ejercicio ilimitado del poder punitivo y se reciclan elementos de autoritarismo del pasado y sus embates antiliberales. Precisamente por ello, están en juego el propio Estado de Derecho y los espacios de libertad ciudadana, conquista irrenunciable de las sociedades realmente democráticas (Landrove Diaz, 2009, pág. 27.)”.

La teoría de la *Tolerancia Cero* de suyo anglosajona, va forjando un movimiento pegajoso sin fronteras que muchos Estados adoptan, v.gr. México (Arroyo, 2003), Brasil (Bravo, 2002); buscando ansiosamente una solución férrea contra la criminalidad. De allí la preponderancia del tema en la actual disertación y la consecuencia que esta teoría puede traer en su aplicación dentro del ordenamiento jurídico.

El escrito fija en el primer capítulo como objetivo específico, la concepción de la política criminal de *Tolerancia Cero*, que presenta tanta similitud con la Política Criminal que ahora se desarrolla en el ordenamiento jurídico colombiano.

En segunda instancia, se pretende determinar como objetivo específico planteado, la definición del ESD, su crisis y las características del mismo que se desdibujan actualmente en la práctica jurídica.

Por último, en tercer y final escenario, se presentará en el último capítulo como objetivo específico final, la situación de la Política Criminal actual y su materialización en normas vigentes que propician la aparición de escenarios de mayor represión y castigo frente al delito. El desarrollo del texto describe las circunstancias del ordenamiento jurídico colombiano en donde se demuestra que el sistema penal colombiano ya ha sido impregnado por concepciones de intolerancia, configurando un derecho netamente simbólico que obedece a la tendencia del momento *–jurisprudencia pop–*.

“La jurisprudencia Pop son las ideas sobre el derecho en general que efectivamente están en el fondo de las mentes de los abogados practicantes y de otros miembros de las élites locales cuando producen memoriales, documentos transaccionales, como contratos y testamentos, decisiones judiciales y legislación (Lopez Medina, 2004, pág. 480)”.

Dentro de esta nueva tendencia, la sociedad, gremios como el judicial, académico, legislativo, han alineado su pensamiento acorde al control intolerante e irrestricto del delito. El Estado permite la permeabilidad de teorías exógenas de política criminal que procuran solucionar el alto índice de criminalidad, a costa del resquebrajamiento de las características propias del esquema garantista erigido en la Constitución de 1991.

“Empero, constatamos a diario que los policías torturan, los jueces y tribunales no acogen las denuncias o las archivan sin investigar y los funcionarios penitenciarios son asimismo proclives a los malos tratos hacia los presos, cuando no causantes de verdaderas tragedias carcelarias (...) Ocurre en todo el planeta, pero lo que ya no asombra es que también en las sociedades con Estados constitucionales, democráticos y sociales de derecho ello sea algo muy habitual, a comenzar por la que se ha conocido como la gran democracia del norte de América (Bergalli, 2010, pág. 16)”.

Por tanto, la situación que presenta la práctica judicial denota una simbiosis entre principios regentes del ESD, con políticas intolerantes, frente a lo cual la sociedad se acopla sin interponer medidas correctivas al respecto. Se impone un *Seudo Estado Social de Derecho*, protagonista de la violación de derechos fundamentales.

### **CAPITULO PRIMERO. POLÍTICA CRIMINAL DE TOLERANCIA CERO.**

La Política Criminal de *Tolerancia Cero*, es un fenómeno jurídico criminológico que al día de hoy es posible identificar dentro del ordenamiento jurídico colombiano, gracias a la exigencia social de mayor eficacia en el control del delito, el amarillismo de los medios de comunicación y practicas proselitistas irresponsables. Lo particular de la *Tolerancia Cero*, radica en que ha trastocado el paradigma político, social, económico y jurídico para el último tercio del siglo XX, puesto que pone en entredicho cualquier tipo de prebenda que el malhechor pueda merecer luego de lesionar y/o vulnerar el orden jurídico justo que el ordenamiento jurídico pretende implementar, poniendo al delincuente como el principal enemigo a desarticular.

La *Tolerancia Cero*, centraliza el anquilosamiento del principio de solidaridad social, que había logrado restaurar la confianza en la sociedad luego del final de la segunda guerra mundial y que permitió el escenario ontológico perfecto para la edificación del ESD. Los protagonistas sociales como la economía de mercado, las decisiones políticas de derecha y el inconformismo social con las instituciones públicas, entretejen un cambio de paradigma en el desarrollo de la sociedad, procurando ahora un individualismo férreo como parámetro de

conducta para la sociedad, en donde se postula un nuevo bien jurídico objeto de protección denominado *seguridad pública*.

Como lo expresará Young,

“En lugar de los valores colectivos, cada persona piensa en sí misma; en lugar de trabajar en conjunto, hay una contienda de aniquilación mutua y criminalidad (...) la sociedad del mercado engendra una cultura del individualismo que socava las relaciones y los valores necesarios para un estable orden social, procurando así un aumento del crimen y el desorden (Young, 2003, pág. 86)”.

Complementariamente al individualismo impuesto con la Tolerancia Cero, la política neoliberal económica avanza imparablemente sobrepasando cualquier tipo de límite, encontrando como obstáculo de la creciente carrera de las elites del sistema, las clases sociales más bajas. La preocupación por los desposeídos socialmente, radica en que el cambio de valores sociales aunado al desarrollo económico, genera como mecanismo de salida a las necesidades primarias, la recurrencia al delito como fuente de bienestar.

De tal forma, el contexto social se estructura bajo un nuevo individualismo, en medio de un sistema económico en donde las oportunidades no están dadas de manera equilibrada y justa para todos los ciudadanos. Este supuesto de hecho genera un escenario en el cual, un gran sector de la población exige mayor igualdad para sobresalir dentro de una hermética economía de mercado. Del otro lado, las pretensiones elitistas exigen un orden social justo en el cual se puedan desenvolver las actividades mercantiles sin riesgo de ser vulnerados por aquellos sectores de la población que no han logrado sobresalir y que no generan sus propias recompensas dentro del mercado.

Pero si las condiciones sociales y económicas han cambiado de un panorama senil de inclusión a uno moderno de neta exclusión, los cambios en el control social y la impartición de justicia también deben hacerse notar. En el derecho penal, las circunstancias varían teniendo presente que el ideal rehabilitador está llamado a decaer en pro de la eficacia del sistema y lo único que se desea frente al fenómeno delictual es *no tolerarlo*. Ahora ya no se pretende buscar y atacar las causas del delito, sino por el contrario se busca controlar el medio donde las causas del delito se materializan generando una prevención situacional. Con el nuevo objetivo claro, queda por establecer la dirección correcta a la cual dirigir todos los esfuerzos de prevención. Son las clases sociales bajas y minorías que no se acoplan a la economía de mercado los objetivos de estudio y control.

Al respecto, el trabajo sociológico de Robert Merton es destacado considerablemente en este tópico toda vez que considera,

“Únicamente cuando se considera la completa configuración de pobreza, limitadas oportunidades y un sistema comúnmente compartido de símbolos de éxito, es cuando podemos explicar la elevada asociación entre pobreza y delito en nuestra sociedad como en otras, donde la rígida estructura de clases está acoplada con la realización del diferencial de los símbolos de clase (...) El delito se produce donde hay inclusión cultural y exclusión económica(...)el delito no es el resultado de una falta de cultura, sino el de adoptar una cultura de éxito e individualismo (Young, 2003, pág. 132)”.

El Estado a través de la adopción del sistema neoliberal de economía, establece un concepto de exclusión en la medida en que la política pública es insuficiente para incluir todos los sectores sociales en el flujo de la economía de mercado. Pero a través de los postulados legales y constitucionales genera un suceso de inclusión social y cultural, en donde se asegura que todos los ciudadanos tengan el derecho a hacer efectivo un sin número de prerrogativas, que dentro del contexto real solo muy pocos han alcanzado a cristalizar cabalmente.

En una sociedad en donde todos sus protagonistas buscan subsistir acoplándose al sistema social y económico de exclusión, la única salida es procurar el mayor grado de seguridad personal y atribuir las causas del delito a las minorías y las clases sociales bajas. Se crea un proceso de demonización de las clases menos favorecidas, frente a cualquier problema de desviación y criminalidad. Es entonces cuando la política se pone en marcha y se toman medidas burocráticas administrativas que busquen solucionar el problema de la criminalidad, más no de la exclusión económica. Por tanto, este capítulo desarrollarán las siguientes ideas, i) Concepto, ii) Desarrollo legal y judicial de la Tolerancia Cero, iii) Fin de la pena, iv) Concepto de Desviación, v) Protagonistas y vi) Efectividad.

## 1.1 CONCEPTO

Estados Unidos, bajo el gobierno de Ronald Reagan, en desarrollo de la postura política neoconservadora, hace uso en New York de postulados criminológicos estructurados en 1982 por George Kelling y James Q. Wilson, en un artículo denominado *the broken windows* para estructurar una respuesta efectiva a la criminalidad. El artículo criminológico– desarrollado principalmente por James Q. Wilson, consejero personal del presidente Reagan y crítico recalcitrante de los postulados del Estado de Bienestar, plantea un mecanismo de control del

delito. Avizorando el aumento de la criminalidad y la quebrantada situación social, *The Broken Windows* propone el establecimiento del orden social a ultranza, en escenarios de delincuencia menor, como parques y vecindarios, con el objetivo de generar dentro de los ciudadanos un mayor nivel de confianza y seguridad. Se exige mayor efectividad en la reacción policiva frente a las incivildades que puedan desencadenar conductas delictivas, colocando a la ciudadanía como principal protagonista de tal misiva en coadyuvancia del cuerpo de policía institucional. *The Broken Windows* describe,

“Según Kelling y Wilson, cuanto más degradado aparezca un ambiente urbano, abandonado a sí mismo, reducido a territorio de comportamientos desviados e incluso propiamente criminales, tanto más probable resultará que en aquel contexto determinado se manifiesten, antes o después, formas más graves de transgresiones. La tesis, elemental, viene así ejemplificada por los dos autores: si una ventana de un edificio en desuso es rota por alguien, y no se repara de forma urgente, rápidamente todas las demás ventanas serán destrozadas y, en algún momento, alguien entrará con malas intenciones en el interior del edificio y poco tiempo después, todo el edificio se convertirá en escenario de comportamientos vandálicos (De Giorgi, 2005, pág. 157)”.

Complementariamente es posible traer a consideración, lo referido por la doctrina española al respecto de lo desarrollado por Wilson y Kelling,

“Afirman, en esencia, que la más eficaz forma de luchar contra las grandes patologías criminales radica en la severa persecución, día a día, de los pequeños desórdenes sociales, incluso de los que no siendo constitutivos de delito resultan molestos para los ciudadanos o les ofrecen una imagen degradada de su entorno: los grafiti, la petición agresiva de limosna, la embriaguez en lugares públicos, la prostitución callejera, la insistencia de quienes pretenden lavar los limpiaparabrisas de los vehículos detenidos ante un semáforo, la presencia de los sin techo, la micción pública o la utilización del transporte público sin pagar el billete, por ejemplo. Comportamientos todos que deben reprimirse severamente por una policía renovada que sea genuina intérprete del común sentir de los ciudadanos y actúe antes, incluso, de que el delito haya sido cometido (Landrove Diaz, 2009, pág. 30)”.

La teoría criminológica, es entonces adoptada en la década de los 90 por el alcalde de New York, Rudolph Giuliani y por su jefe de policía William Bratton en pro de bajar los altos índices de delincuencia que New York reportaba para 1994. Bratton, considerando la utilidad *The Broken Windows*, utiliza todos los recursos del Departamento de Policía, entablando una guerra contra el delito desde sus primigenias causas. La policía empieza a realizar patrullajes intensos sacando de las calles cualquier persona o situación que pueda inferir algún tipo de

riesgo situacional para la ciudadanía. Los controles se intensifican, los efectivos policiales aumentan, se crean mejores herramientas al alcance de la ciudadanía como la línea telefónica policial 911, los costos se inflan, pero los resultados empiezan a conseguirse. Los índices de criminalidad bajan y la sociedad se siente más segura. La guerra sin tregua contra el delito, a través de un control previo situacional empieza a ser una realidad para una ciudadanía enfrentada a una cultura social tamizada por el miedo y el etiquetamiento de los pobres como sinónimo de delincuencia.

A éste mecanismo de reacción férrea frente al delito, se le denomina *Tolerancia Cero* y se cristaliza gracias a la vivencia experimentada en New York en la primera mitad de la década de los 90. Pero frente a toda nueva postura, las críticas son naturales y no se hacen esperar. El problema, radicó en los métodos utilizados por la policía en cumplimiento de la función encomendada por Bratton, ya que los excesos de los agentes del orden público ascendieron de manera incontrolada, a razón de que sus procedimientos iban en contra de derechos fundamentales de las personas objeto de los controles policiales. Excesos de fuerza, agresiones, inobservancia de los procedimientos legalmente constituidos, se configuraron en el común denominador desacreditante de la impecable labor de limpieza social establecida. El cuerpo de policía, empezaba a extralimitarse procediendo al encarcelamiento de toda persona que representara ejemplos de incivilidad o desorden. La *Tolerancia Cero* entonces se presenta como,

“Una maniobra que busca barrer las calles y dejarlas limpias de “desecho” humano. Todo ello, como parte del proceso de exclusión concomitante con la emergencia de una sociedad que exhibe una gran parte de la población marginada y empobrecida, la que debe ser suprimida y contenida, lo cual configura un proceso actuarial más relacionado con aspectos sanitarios que con la justicia. (Young, 2003, pág. 214)”.

El inconformismo sobre las ideas argüidas por Wilson y Kelling, radica en que la *Tolerancia Cero* toma de manera sesgada las incivildades como objeto de represión, dejando totalmente de lado delitos de mayor trascendencia que ya se han presentado o que aún requieren mayor investigación; pero que son imposibles de manejar al considerar que los recursos humanos y económicos se están inyectando de manera desafortada únicamente en el control situacional de posibles conductas delictivas que aún no se han consumado. Los resultados presentados en New York, durante la administración de Giulliani, generaron consecuencias en Estados Unidos v.gr, una endémica expansión de la estrategia policial, en situaciones sociales de

mayor envergadura. La *Tolerancia Cero*, fue acogida por los neoconservadores, toda vez que, se abre la posibilidad de gestionar con mano dura aquellas porciones de la sociedad que intentan generar indefinidamente eventos de dependencia del Estado. El trabajo adelantado por los críticos de derecha en contra de un Estado de Bienestar endeble y despilfarrador, trae como resultado la consolidación de una nueva praxis social en procura de la sublimación del Estado, denominada *Law & Order*.

Con el experimento policial desarrollado por Bratton, los postulados de *Law & Order*, encuentran su complemento perfecto para materializar resultados exigidos por la sociedad. La visión sociológica de Merton vuelve a entrar a escena, articulándose con los postulados de la *Tolerancia Cero*. Si la pobreza puede ser relacionada directamente con posibilidades latentes de delincuencia, el Estado neoconservador baluarte de la Ley y el Orden, no está dispuesto a seguir siendo el Benefactor, sino que por el contrario persiste en actuar como agente pasivo de la economía del mercado, esperando que cada partícipe del mismo cubra sus necesidades de acuerdo a su desempeño. Es decir, que las clases más bajas entran a operar como sectores sociales que dependen directamente de ellos mismos, sin opción alguna de ayudas o incentivos Estatales. En un modelo de política neoconservadora en donde se busca robustecer el Estado y recortar el gasto, la política pública se limita al máximo y focos de incivilidad, solo tendrán como resultado una invisibilidad pragmática.

“La penalización funciona como una técnica para la invisibilización de los problemas sociales que el Estado, como palanca burocrática de la voluntad colectiva, ya no puede o no quiere tratar desde sus causas, y la cárcel actúa como un contenedor judicial donde se arrojan los desechos humanos de la sociedad del mercado (Wacquant L. , 2009, pág. 26)”.

La labor de Bratton, se expande como mensaje evangelizador por todo el país, gracias a la labor alarmista de los medios de comunicación, que proyectan el fenómeno a través de radio, televisión, internet y medios alternos de comunicación, de manera tergiversada. El mensaje puesto en cada hogar es que la inseguridad, el delito y el terrorismo, han copado la mayor parte de los espacios de los ciudadanos y en ningún lugar se está a salvo.

“Junto con el trabajo remunerado fordista, el Estado keynesiano, que operó como una fuente de solidaridad y cuya misión fue contrarrestar los ciclos recesivos de la economía de mercado, proteger a las poblaciones más vulnerables y reducir las inequidades más flagrantes, ha sido reemplazado por un Estado que podría calificarse como neo darwinista, en la medida en que promueve la competencia y celebra la responsabilidad individual sin límites, cuyo homólogo es la

irresponsabilidad colectiva, es decir también política (Wacquant L. , 2009, pág. 34)”.

La pandemia desarrollada a finales del siglo XX se denomina *inseguridad* y se evidencia con el ataque terrorista a las torres gemelas en el nuevo milenio. La sociedad sucumbe ante el caos y se revitaliza la guerra contra cualquier indicio del delito. Por tanto, el estigma empieza a ser colocado en barrios de clase baja, en población desempleada, en mendigos, desposeídos sin techo, madres solteras adolescentes, drogadictos, prostitutas, inmigrantes, minorías raciales, etc.

Las políticas estatales se endurecen. Se recortan beneficios que pervivieron con el Estado de Bienestar. La *Tolerancia cero* se viraliza y es aplicada en gran parte de los estados dentro del sistema federal norteamericano. Se olvida la idea de un Estado correccionalista para convertirse en una nación que practica la intolerancia frente a la delincuencia, castigándolos con respuesta policiva extrema y encarcelamiento como mecanismo de limpieza social.

“La reducción de la intervención pública está vinculada a una nueva fase política, llamada, neoliberal, que asume como objetivo principal la necesidad de contener la crisis fiscal del Estado a través del rigor financiero y de las estrategias de deflación (...) En la geografía social que toma forma en torno a este ciclo económico se desarrollan las nuevas políticas criminales inspiradas en el rigor, en un uso masivo del encarcelamiento y en una radical revisión de las estrategias asistenciales de tratamiento institucional de la desviación y de la criminalidad (De Giorgi, 2005, pág. 130)”.

El Estado en sus postulados formales protege derechos, pero de manera concomitante es un Estado policial que procura revertir y contener desórdenes sociales, buscando extirpar fenómenos de incivilidad que alteren las clases altas y el normal desarrollo de la economía del mercado. Este es el momento en el cual la *Tolerancia Cero*, empieza a mutar en un estilo de política que entra a regular el control social dentro de una nación completa. Uno de los ejemplos más relevantes dentro del proceso de expansión de la Tolerancia Cero, es la política de Estado que asumió USA, luego del atentado de las torres gemelas. El Gobierno de *George Bush*, en octubre de 2001 configura y sanciona la *Usa Patriot Act*, mediante la cual se otorgan facultades ilimitadas al Estado y a sus organizaciones de investigación federal, para combatir el terrorismo, creando nuevos delitos penales y agudizando condenas ya existentes.

“Pero como cualquier ley promulgada por el Estado, encontró partidarios y detractores, ya que se consideraba que a través de éste instrumento legislativo el Estado y sus instituciones administrativas extralimitaban sus funciones violando prerrogativas fundamentales de todas

aquellas personas que sometían a investigaciones por considerarlos sospechosos de terrorismo (...) Los poderes otorgados a la rama ejecutiva por la Patriot Act norteamericana son, en esencia, exagerados e indeterminados hasta el punto de fallar en distinguir entre regulación constitucional e inconstitucional (Harrington, 2005, pág. 56)”.

Pero en este caso, las víctimas de intolerancia de la política adelantada por las autoridades estadounidenses, son los inmigrantes y las minorías raciales. Bajo un sentimiento revanchista causado por el atentado terrorista, la sociedad experimenta el deseo vindictivo de hacer pagar a los responsables. La política estatal con base en la Ley Patriota confunde totalmente los derechos fundamentales de las personas, con la seguridad nacional. Muestra de ello es el trato de los sospechosos de terrorismo que terminan siendo confinados en Guantánamo, en donde son expuestos a 23 horas de aislamiento estricto y una única hora de exposición al sol.

“Los funcionarios del Departamento de Justicia de los Estados Unidos sostienen que la Constitución reconoce plenos poderes al Presidente para invalidar la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura, cuando deba actuar en defensa de la nación (...) El gobierno sostiene que no se requiere autorización explícita alguna, puesto que el Ejecutivo posee autoridad plena para detener; con arreglo al artículo II de la Constitución (Harrington, 2005, pág. 64)”.

Ejemplo de esto es el fragmento de la población que ha subsistido gracias a los subsidios estatales. En este campo, la *Tolerancia Cero* también ve su expansión y genera consecuencias críticas. Como rezago del novísimo proyecto de control social, quedan las clases desfavorecidas que dependían de apoyo institucional. Se impulsa el trabajo en sectores más bajos, como requisito indispensable para hacerse acreedores a los subsidios conservados por la administración. La decisión política es procurar mayor grado de responsabilidad por parte de los ciudadanos pertenecientes a las clases sociales más desprovistas de oportunidades, encaminándolos disciplinadamente al trabajo y el aporte al mercado desde pequeños trabajos. Como lo refiere la doctrina francesa, “Si las personas reciben asistencia durante periodos prolongados, ésta se convierte en un narcótico para el espíritu. Esa dependencia de la asistencia socava su humanidad y los transforma en protegidos del Estado (Wacquant L. , 2009, pág. 129)”.

A pesar de detractores, Bill Clinton es el encargado de matizar el Estado de Bienestar con herramientas de alineación de la comunidad desarraigada, bajo la teoría de Ley y orden.

“Bajo la cubierta de una reforma destinada a beneficiar a los pobres, *la Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act* (PRWORA, Ley de reconciliación de la responsabilidad personal y las oportunidades de trabajo) de 1996 instituyó uno de los programas sociales más

regresivos promulgados por un gobierno democrático en el siglo XX. Su ejecución confirmó y aceleró el reemplazo paulatino de un Estado protector de (semi)bienestar por un Estado disciplinario que aúna el aguijón del trabajo obligatorio con el sordo martillo de la cárcel y cuya política social para los indigentes es el control riguroso y la contención punitiva de las categorías más desfavorecidas (Wacquant L. , 2009, pág. 133)”.

El trasfondo de lo anterior es, generar menores posibilidades de que se cristalicen en estos fragmentos de la sociedad, oportunidades de encontrar en el delito opciones de bienestar económico y social. Los pobres, son identificados como la probable parte de la población que puede significar índices de criminalidad. Al ser un foco social indeseado dentro de un modelo de política imperado por el dogma de Ley y Orden, y dentro de un modelo económico en el cual no encajan, deben procurar su subsistencia sin permitirse mayor protagonismo en el normal desarrollo de las relaciones políticas, sociales, económicas.

Así las cosas, el experimento policivo, en poco tiempo fue conocido en múltiples partes del mundo en donde las situaciones de criminalidad presentan gran similitud con las experimentadas en New York. Por tal razón, Bratton adquiere una prestigiosa confianza, brindándole credibilidad a su pensamiento frente a los temas referentes a la implementación de estrategias de seguridad e índices de criminalidad.

La fama precedía el nombre de Bratton, en contextos nacionales como internacionales por lo que fundó la empresa privada de seguridad denominada *First Security*, mediante la cual impartió catedra frente a la nueva panacea conceptual exterminadora de la criminalidad; encontrando escenarios perfectos para poner a prueba su teoría de control social, v.gr. Suramérica, Europa y África.

Reino Unido, uno de los principales centros receptivos de las prácticas norteamericanas, por su vínculo de fundación a partir de las colonias inglesas asentadas en territorio americano, se identificó puntualmente con las iniciativas políticas neoconservadoras desarrolladas referentes al desmonte del ESD. Margaret Thatcher, se configura en el homólogo de Ronald Reagan en USA. Sus planes de gobierno, coinciden en sus objetivos y procuran desarrollar en cada uno de sus países los mismos resultados, a pesar de experimentar circunstancias poblacionales y criminales diversas. Con el tiempo, otros Estados europeos, paulatinamente deciden incursionar de la misma manera en las nuevas políticas neoconservadoras de control social, v.gr. Francia, España e Italia, quienes empiezan a adoptar dentro de sus ordenamientos jurídicos disposiciones de política criminal que procuran aplicar *Tolerancia Cero* como

directriz de control social v.gr. código penal español de 1995, ley *Jospin* en Francia, ley 165 de 1998 en Italia.

“vemos esbozarse un franco consenso entre la derecha estadounidense más reaccionaria y la autoproclamada vanguardia de la “nueva izquierda” europea alrededor de la idea de que el Estado debe volver a tomar en sus manos (de hierro) a los “malos pobres” y corregir sus comportamientos mediante la reprobación pública y el agravamiento de las condiciones administrativas y las sanciones penales (Wacquant L. , 2004)”.

Pero si el discurso de Bratton había alcanzado referentes en Europa, el continente americano no podía ser ajeno a este nuevo proceso de expansión de política criminal.

“América latina es hoy la tierra de evangelización de los apóstoles del “más Estado” policial y penal, como en las décadas del setenta y del ochenta, bajo las dictaduras de derecha, había sido el terreno predilecto de los partidarios y constructores del “menor Estado social” dirigidos por los economistas monetaristas de América del Norte (Wacquant L. , 2004, pág. 12)”.

A pesar de encontrar múltiples, inconsistencias en los postulados desarrollados por la *Tolerancia Cero*, Bratton logra atribuirse una popularidad global incesante, que le garantiza seguir expandiendo su discurso en Estados que ostentan un ordenamiento estructurado bajo el postulado de ESD.

“La experiencia de Giuliani crea émulos apresurados en todos los continentes. En agosto de 1998, el presidente de México lanza una Cruzada nacional contra el crimen por medio de una batería de medidas presentadas como las más ambiciosas de la historia del país. Su objetivo manifiesto es imitar programas como el de la tolerancia cero de la ciudad de Nueva York. En septiembre del mismo año le toca al ministro de seguridad y justicia de Buenos Aires, León Arslanian, señalar que esa provincia argentina también aplicará la doctrina elaborada por Giuliani (...) En enero de 1999, tras la visita de dos altos responsables de la policía de New York, el nuevo gobernador del Estado de Brasilia, Joaquim Roriz, anuncia la aplicación de la Tolerancia Zero gracias a la contratación inmediata de ochocientos policías civiles y militares adicionales en respuesta a una ola de delitos de sangre como las que experimenta periódicamente la capital brasileña (Wacquant L. , 2004, pág. 33)”.

Se configura una imposición de la teoría criminológica de moda, sin que los sectores entendidos en el tema, hayan logrado estructurar un discurso de contraposición a los argumentos predicados por Bratton. La necesidad social, institucional y gubernamental se limita a procurar una solución efectiva al problema de la criminalidad, más no a comprender

los fundamentos de la postura y el alcance que puede desencadenar dentro de un Estado de Bienestar.

## **1.2 DESARROLLO LEGAL Y JUDICIAL DE LA TOLERANCIA CERO.**

El desarrollo legal y judicial americano, presenta un cambio radical en la manera de administrar justicia gracias a la crisis del ESD y la caída del sistema penal correccionalista. El punto de partida, son obras académicas de renombre que buscaban evidenciar situaciones reales en las cuales los reclusos experimentaban el sistema correccionalista en las prisiones norteamericanas.

Los principales trabajos pueden resumirse en, v.gr, *truggle for justice (1971)*, *Doing Justice (1976)* y *The Choice of Punishment (1976)*, mostrando como, el tratamiento que se intentaba impartir a los reclusos no brindaba índices de efectividad esperados por profesionales a cargo de éstos. Complementariamente, la reincidencia se convirtió en el fenómeno sin explicación, ya que era inespable tener como reincidente a un reo al cual ya se le había determinado un diagnóstico de resocialización. El panorama deja ver múltiples contradicciones desapercibidas por la sociedad, que necesitaban cambios significativos; en tanto eran las minorías las que engrosaban el porcentaje de población encarcelada, sometida a tratamientos extensos y a tratos prominentemente violatorios de la dignidad humana. Con los resultados obtenidos, el tema se viraliza en los contextos de interés y se toma como el reto a solucionar. Andrew Von Hirsh, pensador encargado de modificar totalmente el sistema correccionalista en USA, a través de las disposiciones desarrolladas en su trabajo *Doing Justice*, propone un giro en torno a la necesidad de desarrollar como pena hacia el delincuente un castigo justamente merecido (*just desert*), acorde al delito cometido; desechando la imposición de tratamientos de duración indeterminada a manos de profesionales que poseen conocimientos de muchas áreas del saber, excepto derecho y justicia.

A raíz de los movimientos sociales de protesta frente a las condiciones que se experimentaron en las prisiones, la cárcel de Attica es el escenario en el cual el inconformismo de los reclusos se hace sentir. Se origina un motín violento que termina con 43 muertos, luego que los internos ejercieran la dirección de la prisión al tomar como rehenes a los guardias que la custodiaban (Periódico La Vanguardia Española, 2016).

Este suceso, permite bajo iniciativa privada de algunos investigadores, criminólogos y doctrinantes de la época, agruparse y organizar el *Committee for the Study of Incarceration* (*Comité para el estudio del encarcelamiento*), encabezado por el penalista de origen suizo Andrew Von Hirsh. El estudio consolidado por este comité a raíz del motín de Attica, se desarrolló en las prisiones de Estados Unidos en un término de 5 años, arrojando como resultado del estudio evidenciar las circunstancias reales que el sistema penitenciario correccionalista estaba presentando para comienzos de la década del 70, sintetizado en el no cumplimiento a cabalidad de la resocialización del recluso.

Von Hirsh, cataloga su propuesta como el *Justice model* y entreteje la idea de introducir de nuevo al sistema un retribucionismo en el mecanismo de determinación de la pena, como manera de frenar las el tratamiento terapéutico indefinido.

“el informe proponía un nuevo sistema de *sentencing* que dejara atrás al sistema dominante de la pena indeterminada; para ello se adentraba en el estudio de la discrecionalidad de las autoridades judiciales y administrativas y los estándares para determinar las penas, el encarcelamiento y las alternativas al mismo, la incidencia de las posibilidades de resocializar o predecir la comisión de nuevos delitos y la necesaria fijación de cada una de las penalidades adecuadas a la gravedad de cada uno de los delitos, en una única escala penal (Zysman Quirós, 2013, pág. 96)”.

Con estas nuevas concepciones teóricas que predicen la vuelta del retribucionismo y con la contundente crítica naciente frente al sistema penitenciario correccionalista, poco a poco se construye un discurso que ataca con fuerza el espacio ganado por el Estado de Bienestar y su ideal resocializador. *La prisión no funciona*, es la idea bajo el cual los actores sociales se determinan y exteriorizan sus opiniones como hecho cierto e irrefutable.

Los partidarios de la nueva teoría retribucionista de Von Hirsh, encuentran respaldo en los postulados esgrimidos el economista Gary Becker. Este último, a través de su *análisis económico del derecho*, se permite hilvanar una concepción en donde se procura comprender los costos, beneficios del sistema correccionalista y el trato que se le da al delincuente. La aplicación de las nuevas concepciones teóricas interdisciplinarias, convergen en la necesidad de regular las disposiciones penales hasta el punto de generar menores costos en la administración del sistema penal y un fortalecimiento legal que represente eficacia material en la administración de justicia. Von Hirsh y Becker, traducen esa voz de protesta haciendo uso de sus concepciones teóricas, en la búsqueda de un sistema penal que obtuviese mejores resultados con recursos limitados y minimización del costo social del fenómeno delictivo;

misiva que gracias a políticos en ascenso, se cristaliza en disposiciones gubernamentales efectivas.

“Para esto resulta vital aprehender la noción de *enforcement of law* que más allá de lo que puede dar a entender su traducción usual, refiere al conjunto de los instrumentos que se ponen en práctica para dar realidad social y política, entre otras, a las prohibiciones legales. Entre ellos está la rapidez al juzgar, la severidad de los jueces, la eficacia del castigo, la estabilidad de la pena judicialmente impuesta y otros aspectos (Zysman Quirós, 2013, pág. 52)”.

La postura ideológica se fija, en la necesidad de endurecer las circunstancias de los delincuentes dentro del ordenamiento jurídico existente. Es así como a finales de la década del 70 queda sentada la nueva postura social, optando categóricamente por un cambio basado en “elevar los máximos punitivos (Zysman Quirós, 2013, pág. 54)”.

El problema para los precursores reformistas que con sus trabajos buscaban un cambio radical en el sistema correccionalista, se centró en el hecho de que las ideas de reforma fueron percibidas por pensadores neoconservadores a ultranza, que concibieron como opción al problema del sistema, su reemplazo total por nuevas opciones de control social, sin que ese fuese el objetivo inicial de sus pioneros. James Q. Wilson, pensador neoconservador que interioriza los postulados del *Just Desert*, traza un cambio estructural extremo del correccionalismo, exigiendo su desmonte y transformación total. La obra de Wilson en 1975, denominada *Thinking about Crime*, es el primer gran aporte bajo el cual, el criminólogo establece como única finalidad de la pena, la incapacitación general de todos los delincuentes, describiendo la necesidad del sistema penal en darle fin al sistema correccionalista; procurando ahora mayor eficacia con el fortalecimiento neoconservador del sistema, basado en la *incapacitación definitiva* del delincuente.

Con Ronald Reagan, como baluarte de la política neoconservadora, el nuevo paradigma del control social y del sistema penal, encuentra un representante significativo, contando con James Q. Wilson como asesor principal del candidato presidencial en esa misiva. Reagan, promete a los americanos mayor seguridad, una política de *Law & Order*, reducción de los alcances del Estado de Bienestar y una férrea lucha contra el delito.

Al alcanzar su objetivo presidencial y con el advenimiento de la década de los 80, James Q. Wilson y George Kelling, en 1982, conciben el artículo *The Broken Windows (Ventanas Rotas: la policía y la seguridad en los barrios)*, con el cual las posturas sociológicas y

criminológicas encontrarían el fundamento bajo el cual terminar de pulir el nuevo paradigma de control social gestado desde la década del 70.

La rama judicial siendo uno de los testigos del rumbo que el sistema correccionalista había tomado, también dejó ver su voz de protesta años antes de la construcción de *Broken Windows*, gracias a la rebelión de Attica, en New York el 09 de septiembre de 1971.

La indisposición con el tratamiento penitenciario indefinido, se hizo sentir dentro del sistema judicial y algunas voces se alzan para dar su punto de vista en contra. En 1972 el juez Marvin Frankel, perteneciente al distrito de New York, escribe una obra llamada *Law With Order*, en la cual realiza serias argumentaciones frente al sistema penal correccionalista, advirtiendo como dentro del sistema correccionalista la arbitrariedad se palpa en la discrecional que los jueces poseen al imponer la sanción dependiendo del caso en concreto. Muchos de los delitos cometidos en similares circunstancias, encontraban sanciones totalmente diversas y en el mayor de los casos desproporcionadas.

Reconoce también el autor de esa obra, que el poder de los jueces al momento de imponer las penas, no encuentra límite alguno puesto que ninguna ley así lo establece, permitiendo entonces exabruptos procedimentales como lo es determinar la pena influenciado por las características físicas del procesado, su raza, nacionalidad, apariencia, condición, prejuicios, etc.

Frankel realizó una propuesta planteando la necesidad de que las leyes penales establecieran pautas, basadas en cálculos numéricos, para la determinación de la pena, cerrando netamente campos a la discrecionalidad del juez. La iniciativa, se expande de manera endémica en el medio judicial, al punto que sus innovaciones teóricas calaron en la mayoría de las legislaciones estatales creando así las *Sentencing Comission* (Comisiones encargadas de desarrollar las pautas para una adecuada determinación de la pena). La primera legislación estatal que acoge los conceptos esbozados en el informe *Doing Justice* como en lo concerniente al trabajo del juez Frankel, fue California para el año 1976.

De manera expresa y de obligatorio cumplimiento, se ordena el desmonte de múltiples disposiciones propias del correccionalismo como la libertad condicional. California pionero en el desarrollo de normas restrictivas del sistema penal, sirve de ejemplo para muchos otros estados que paulatinamente van optando por desarrollar *Sentencing Comission*, delimitando totalmente el escenario en el cual el juzgador podía desarrollar su función de imposición de

penas. Para mitad de la década de los 80, la iniciativa era una realidad tangible en todo el país, imponiendo la unificación de conceptos frente a la imposición de penas, la judicialización de delitos menores, la eliminación de la libertad condicional, la consideración de antecedentes junto a la gravedad del delito para determinar la sanción numérica ya dispuesta en la tabla de penas, sanciones mínimas de obligatorio cumplimiento sin posibilidad de beneficios.

Las *United States Sentencing Guide Lines* (Guías o Pautas Estadounidenses para la determinación de la pena), marcan el sistema judicial penal desde la penúltima década del siglo XX, restringiendo de una manera definitiva la pena indeterminada y la discrecionalidad del juez, como medida exigida para dar respuesta al reato y a la reincidencia del delincuente.

“Básicamente, las *sentencing guidelines*, son pautas bien detalladas para establecer cuáles de las penas fijadas cualitativa y cuantitativamente en una tabla de penas (*sentencing table*), es la pena adecuada para imponer en cada caso. Estas pautas están acompañadas por comentarios oficiales efectuados por la Comisión, más o menos extensos, que estrictamente no forman parte de cada una de las directrices (Zysman Quirós, 2013, pág. 136)”.

La función de las comisiones y de las directrices de determinación de la pena, se han abierto un importante campo en el derecho penal al punto de ser de uso primordial por los máximos tribunales de justicia en cada uno de los estados de la nación. Se convierten en el manual para interpretar y aplicar el derecho penal de manera expresa (*Justice Model*), desarticulando la pena indeterminada a manos del juez. En vocablos iberoamericanos comúnmente conocidos, *el juez penal se convierte ciertamente en un simple operador judicial*, que toma los hechos de un caso, comprueba su materialización y aplica una sanción determinada en las tablas numéricas de penas instituidas.

Simultáneamente, California desarrolló una de las estrategias de intimidación particular dentro del sistema judicial penal en el mundo. Se refiere éste nuevo mecanismo de prevención general y especial, a las leyes de los *Three Strikes and you are out*.

“Entre 1993 y 1995 veinticuatro estados, así como el gobierno federal, aprobaron leyes similares endureciendo notablemente el tratamiento de los reincidentes. Todas estas leyes presentaban un importante denominador común: la imposición de penas de prisión muy prolongadas –a menudo la reclusión perpetua- a partir del tercer delito grave cometido por un mismo acusado. Por esta razón la opinión pública norteamericana empezó a referirse a ellas como leyes *Three Strikes and You're Out* (“Eliminado a la tercera”), una expresión que proviene del beisbol, en que el bateador

es eliminado del juego si al tercer intento no consigue golpear la bola. (Castiñeira & Ragues, 2008, pág. 204)”.

Si bien la constitución estadounidense concibe en la octava enmienda la prohibición de penas desproporcionadas –*no se exigirán fianzas excesivas, ni se impondrán multas excesivas, ni se infligirán fianzas excesivas, ni se impondrán multas excesivas, ni se infligirán castigos crueles e inusuales*- lo cierto es que la jurisprudencia americana limita esa prohibición en la práctica. La pena capital o cadena perpetua, han sido avaladas como constitucionales dentro de los estados individualmente considerados, al considerar que su utilidad frente a la exclusión del delincuente y la lucha contra la criminalidad, son necesarias.

“A su juicio, el objetivo de proteger la seguridad pública legitima la aplicación de la ley *three strikes* a aquellos que ya hayan sido condenados al menos por un delito grave o violento, pues las estadísticas demuestran el elevado peligro para la seguridad pública que suponen en la práctica los sujetos reincidentes. (Castiñeira & Ragues, 2008, pág. 220)”.

Los *Three Strikes*, ve su génesis como un instrumento radical de *inocuidación* para aquellos delincuentes habituales protagonistas de la consumación de delitos graves (*felony*) desarrollando la posibilidad de ser judicializados con una pena de prisión perpetua cuando se comprueba la comisión de 3 delitos graves; pero con el paso de los años la práctica legislativa estadual, opto por realizar un proceso de judicialización y exclusión de los delincuentes, sin tener en cuenta la mayor o menor gravedad del delito (*misdemeanor*). La consigna legislativa se desarrolla ahora, desarticulando a todo delincuente que tenga como prontuario la comisión de 3 delitos en una ventana temporal de 5 años. Con esta medida, la guerra contra la delincuencia adquiere una de sus mejores armas, a expensas de las libertades constitucionales reconocidas al reo, “Como consecuencia de estos razonamientos las leyes *three strikes* parecen quedar plenamente inmunizadas frente a cualquier futura duda sobre su constitucionalidad por parte de jueces y tribunales (Castiñeira & Ragues, 2008, pág. 224)”.

Penas de larga duración de acuerdo a la interpretación del legislador estadounidense, no violan los derechos constitucionales del recluso toda vez que no es considerado un castigo cruel ya que el objetivo perseguido posee mayor valor constitucional, esto es la *seguridad pública*. Los tribunales supremos de justicia de los Estados Unidos en las oportunidades que han aplicado leyes de *Three Strikes*, han evidenciado su sentir y sin lugar a dudas, instrumentalizan al ser humano para consolidar el orden público.

### 1.3 POPULISMO PUNITIVO: CATALIZADOR DE LA TOLERANCIA CERO

*El Populismo Punitivo*, acertadamente citado como *el nuevo fármaco de las campañas electorales* (Araque Moreno, 2018, pág. 102); es un fenómeno social de novísima estructuración que se abre campo dentro de la práctica legislativa contemporánea, debido a la repetitiva presencia del delito, en el cotidiano vivir de la ciudadanía. Se define entonces este fenómeno, como *aquel proceso social en el cual la ciudadanía determina a través de su protesta en masa, que nuevas conductas humanas debe ser tipificadas como delitos y consecuentemente a esto, revestir una pena de prisión significativa para los desviados que ya han cometido delitos escabrosos, trastocando la susceptibilidad de la colectividad respetuosa de las normas*. Como consecuencia de este proceso de señalamiento social de nuevas conductas delictivas, representantes políticos materializan ese sentir social, codificando nuevas normas penales que tipifican las conductas señaladas por la sociedad y que contemplan penas de prisión altas, con el fin de desarticular definitivamente al sujeto activo de la conducta proscrita consumada.

“Al populismo punitivo (...) lo suelen definir como el fenómeno consistente en tomar las decisiones de la política criminal sobre la base de las demandas que nacen de la experiencia cotidiana, de las percepciones y de los sentimientos del pueblo, haciendo entonces, que esas opiniones o, si se prefiere, que esa opinión pública, sea la fuente del nuevo conocimiento penal y de la ley penal, sin que puedan intermediar reflexivamente, entre esas demandas (fruto de esos sentimiento y emociones) y las decisiones políticas, los expertos, cuyas opiniones, además parecen estar ahora desacreditadas (Del Rosal Blanco, 2009, pág. 45)”.

Lo reaccionario del populismo punitivo radica en que lleva al legislador a estructurar una política criminal netamente vindicativa, buscando estructurar una máxima seguridad social. El interés último por parte de la sociedad es dejar como precedente que la ciudadanía no está dispuesta a soportar el delito en ninguna forma y la consecuencia es la neutralización del infractor.

El concepto de igual manera que la *Tolerancia Cero*, es acuñado en la cultura anglosajona por *Anthony Bottoms* en *UK*, caracterizado por ser un producto de la *sociología de la penalidad contemporánea* (Sozzo, 2018, pág. 24), puntualizando como el *populismo punitivo y/o punitividad populista* no debe ser entendida como aquella simple opinión de la ciudadanía frente a temáticas técnicas de las cuales no poseen el suficiente conocimiento; sino que por el contrario, debe centrarse el concepto hacia el uso que los políticos de turno desarrollan con

la posición punitiva del público. Es decir, que *el populismo punitivo*, si bien tiene un trasfondo social, depende únicamente de la traducción que de ello realizan los representantes políticos en su cotidiana labor.

“En estas condiciones, los políticos buscando popularidad pueden tratar de aprovechar las inseguridades de los electores, prometiéndoles ser duros con el delito (...) es difícil saber cuándo los políticos van a adoptar este tipo de estrategia, pues depende de la peculiar situación política en la que se encuentran más que de cualquier análisis objetivo del delito en un contexto específico (Sozzo, 2018, pág. 25)”.

Es entonces, el furor del escándalo social por la comisión de un delito grave, lo que permite que la consciencia colectiva empiece a sacudirse trascendentalmente, coadyuvada por el impacto que los medios de comunicación denotan.

“En esta dirección, el *populismo punitivo* como tendencia en el campo penal contemporáneo tiende a generar un incremento de los niveles de dolor o sufrimiento humano, ampliando sea la extensión o la intensidad del sistema penal (Sozzo, 2018, pág. 46)”.

Si bien, el acaecimiento de conductas punibles de impacto social determinante, desbarajustan el normal sentir ciudadano; son los medios de comunicación los que proceden a *satanizar al delincuente* (Velandia Montes, 2018, pág. 130), hasta el punto de colocarlo como el enemigo público número uno a desarticular. Pero es imprescindible denotar como la génesis del concepto de *populismo punitivo* orquestado por Bottoms no ha conservado su naturaleza intacta, sino que por el contrario, el concepto ha sido objeto de posteriores interpretaciones orientadas hacia distintos tópicos por nuevos doctrinantes.

Desde otra arista, explaya la doctrina,

“Así las cosas, a partir de ese contexto, se entiende por populismo punitivo al tipo de respuesta penal expresiva que -sin asomo de eficiencia y con fines eminentemente electorales- se usufructúa de las sensibilidades de la clase política dominante -determinadas por contextos de emergencia social propios de la transición política del Estado de Bienestar al modelo neoliberal - y se dirige esencialmente contra miembros de las minorías, de los “otros” (Uribe Barrera, 2012, pág. 81)”.

Si bien, las acepciones son muchas, es preciso denotar aportes como el hecho por autores como *Katherine Beckett*, desarrolla una postura democrática del *Populismo Punitivo* en donde los políticos de turno, materializan de manera cristalina el sentir del pueblo frente a sus pretensiones de punibilidad y la efectividad que las mismas pueden traer al sistema penal; lo cierto es que la postura imperante en el medio jurídico y/o criminológico, refiere, a aquella

postura en la cual los políticos se aprovechan del escándalo social por la comisión de delitos, la susceptibilidad social y el ideal desbordado de justicia; para materializar intereses particulares en el proceso de elaboración de leyes.

“Además, este enfoque sostiene que los detentadores del poder manipulan los parámetros de selección de los medios para conseguir apoyo a políticas para criminalizar aquellos con menos poder en la sociedad y evitar atraer la atención social sobre las acciones socialmente dañinas de los poderosos, lo que tiene como propósito evitar su criminalización (Velandia Montes, 2018, pág. 122)”.

Por tanto, como magistralmente lo plantea la doctrina (Velandia, 2017, pág. 17), el *Populismo Punitivo*, será una eventualidad en la cual se expande el *ius puniendi* de un Estado, gracias a la maliciosa labor de políticos que se aprovechan de los sentimientos de temor de la ciudadanía frente al delito y la inseguridad; procurando generar soluciones en el ámbito penal, pretendidas por la opinión pública, pero hilvanando sutilmente intereses subjetivos. Este proceso social de *Populismo Punitivo*, se ha impuesto gracias a una *punitividad emocional asociativa* (Velandia, 2017, pág. 22), en donde protagonistas en masa de la realidad social -*víctimas del delito*- pretenden hacer uso del derecho penal y de la ley, para convalidar intereses lacerados a través de cruentos delitos, que por su impacto en la susceptibilidad social, requieren control de peso inmediato.

“La indiferencia de los políticos con los efectos causados por las medidas implementadas, especialmente aquellas que endurecen el control y sanción (...) son las víctimas y aquellos que se sienten vulnerables quienes toman un rol activo en fomentar la seguridad como uno de los derechos civiles fundamentales (...) la limitada información que posee la opinión pública sobre el proceso criminal sumado al escaso conocimiento sobre la complejidad del fenómeno criminal (...) el principal punto de convergencia entre opinión pública y actores políticos es el énfasis en el castigo (Basombrió & Dammert, 2013, pág. 7)”.

Con las características vistas en la precedente cita, se puede predicar que el *Populismo Punitivo –gobernar a través del delito* (Larrauri, 2006)-, es un catalizador de la *Política Criminal de Tolerancia Cero*, ya que son 2 acepciones compatibles de práctica simultánea. El primero, permite la expansión del concepto de la segunda, toda vez que en el proceso de creación de nuevas leyes penales como herramientas de control social para delitos exacerbados materializados; la no aceptación de nuevas incivildades y la manipulación preventiva de circunstancias adversas que permitan la elucubración de situaciones que puedan conllevar a delitos, son argumentos interdependientes. La *Tolerancia Cero*, es el discurso prioritario a usar dentro de la herramienta social de punitividad, denominada

*Populismo Punitivo*, puesto que tienen objetivos comunes, fundamentos sociales coincidentes y vocación de permanencia a causa de las inamovibles contingencias delictivas.

#### **1.4 FUNCIÓN DE LA PENA**

La función de la pena dentro de *Tolerancia Cero* es en definitiva, una prevención negativa (Lesch, 1999, pág. 23). Se configura la consolidación de máxima seguridad a la sociedad, con el mínimo gasto de recursos humanos y económicos. El mensaje es claro. No se aceptarán conductas y/o incivildades que puedan desarticular el orden social justo imperante en la sociedad.

“el sujeto criminal es un individuo plenamente capaz de decidir si lleva a cabo o no un comportamiento desviado (...) ninguna importancia debe atribuirse a las condiciones sociales, al contexto en el cual el sujeto actúa (...) El delincuente que ha sufrido privaciones, escasamente socializado o marcado por haber vivido en un ambiente hostil, es sustituido por un sujeto capaz de realizar siempre elecciones racionales (De Giorgi, 2005, pág. 54)”.

La ciudadanía exige de sus gobernantes castigos ejemplares frente a los delincuentes que una y otra vez recurren al delito como fuente de beneficios. *El fin de la pena es satisfacer los deseos de venganza de la víctima* (Velandia, 2017, pág. 51). La comunidad a través de la *Tolerancia Cero*, considera como mayor beneficio social la segregación de los infractores, que su protección. Cada ciudadano cae en un individualismo social, dentro del cual nada más allá de su persona y sus intereses importan. A pesar de las condiciones económicas, el delincuente se torna como un ser responsable de sí mismo que voluntariamente decide incurrir en el delito, junto a ciudadanos respetuosos de las normas. Desaparecen excusas sociales, bajo las cuales se entendía que el delincuente se encontraba prácticamente obligado a delinquir por las precarias condiciones sociales de desarrollo y crecimiento económico.

“La elección racional del sujeto desviado se asimila a un comportamiento económico: el delincuente potencial, en el momento en que actúa, se comporta como un actor del mercado que valora los costes que está dispuesto a soportar respecto a los beneficios que está convencido de poder obtener. (De Giorgi, 2005, pág. 55)”.

El Estado neoconservador, se limita a dejar que las relaciones sociales se desarrollen de acuerdo al movimiento del sistema económico, entrando a administrar justicia cuando cada protagonista del mercado intenta salir del lugar que se ha ganado por su propio esfuerzo. En cuanto a la sociedad, el legislador entonces genera óbices previos a la comisión del delito

para que el delincuente replantee la comisión de la conducta prohibida; es decir, materializa una función de prevención general negativa, procurando que ningún ciudadano recurra a la comisión de delitos, teniendo como finalidad la disuasión del posible infractor. La amenaza de la imposición de penas férreas, es la herramienta de control social. Se trabaja preventivamente, manipulando las condiciones sociales en las cuales el delincuente puede desenvolverse.

“De este modo se puede llevar a cabo el tránsito de un enfoque neoclásico, marcado por una rígida determinación de los niveles de castigo que prescinde de las condiciones subjetivas particulares del individuo castigado, a un modelo de incapacitación y neutralización selectiva. Hablar de incapacitación selectiva significa, por una parte, teorizar sobre el abandono definitivo de toda finalidad rehabilitadora socialmente fundada y, por otra parte, atribuir a la pena una función de pura eliminación del sujeto del contexto social (De Giorgi, 2005, pág. 57)”.

En cuanto al delincuente, la prisión ahora solo funge como depósito de fuentes de riesgo a la seguridad social. Con la *Tolerancia Cero*, las penas alternativas desaparecen del ordenamiento jurídico, se degradan las condiciones en las cuales el delincuente debe pagar su pena. En un conveniente anacronismo, se afianza lo establecido por Von Liszt desde finales del siglo XIX, en una de sus magnas obras, una prevención especial negativa, con una finalidad de “*innocuización* (Von Liszt, 1998, pág. 60)”.

“Pretender corregir a tales gentes, con inversiones crecidas en prisiones celulares es simplemente absurdo; dejar que, transcurridos algunos años, vuelvan a sus andanzas, hasta que, luego de haber cometido tres o cuatro delitos más, al cabo de uno o dos años sean de nuevo detenidas y corregidas, es más y no es otra cosa que mera insensatez (...) De los incorregibles debe defenderse la sociedad; y como no queremos el hacha y la horca, ni podemos deportarlos, solo nos queda el encarcelamiento (perpetuo o por tiempo indefinido) (Von Liszt, 1998, pág. 68)”.

La estrategia de los *Three Strikes*, para quien lo desconocía, ya tenía un antecedente en la obra de Von Liszt, habida cuenta de lo dispuesto en el *Programa de Marburgo*. La ira social provocada por el delito, permite argumentar la exclusión social como solución radical que lleve a la comunidad, un sentimiento de tranquilidad. La seguridad, se convierte en una necesidad básica que el ciudadano prevé dentro de su vida en relación y exige de las instituciones estatales su materialización inmediata.

## 1.5 CONCEPTO DE DESVIACIÓN

El punto del cual parte la *Tolerancia Cero*, cobra relevancia al tener en cuenta un nuevo concepto de desviación como presupuesto básico de la acción delictiva. Con el proceso social de cambio de paradigma en cuanto a la funcionalidad de la pena y de los mecanismos de control social, el concepto de desviación también presenta variaciones. Superado el sistema correccionalista en donde se concibe la desviación como un episodio determinista biológico o social, merecedor de tratamiento rehabilitador; se pasa ahora a manejar un nuevo concepto que rige absolutamente la concepción del delito.

El concepto de desviación, se erige ahora a través del *actuarialismo y/o etiquetamiento*.

“El criminal por eso no es sino aquel que es definido tal; en efecto, más allá de esta definición, quien es encasillado como criminal es completamente similar a los otros, a los no criminales.

Asistimos así a un completo trastocamiento del paradigma positivista (Pavarini, 2013, pág. 127)”.

El delito es entonces observado como una realidad en donde la sociedad decide en qué términos una conducta es descrita como prohibida y que sujetos pueden ser llamados *delincuentes*. La particularidad radica en que los dirigentes encargados de definir las conductas desviadas, pueden empujar a sectores de la población al delito al tratarlos como criminales de manera regular y constante, hasta el punto que los individuos objeto del etiquetamiento se identifiquen como tal y delinquen.

Para las necesidades sociales, políticas y económicas, estructurar el control social con base en la teoría del etiquetamiento, es lo más adecuado. La desviación se demarca teniendo en cuenta el grado de peligrosidad del individuo y del contexto social al que pertenece. La sociedad, si bien es diversa; entra a definir dentro de cada contexto específico, que conductas son desviadas y quienes son los individuos propensos a ellas. El delincuente y su posible desviación es entendida con el concepto manejado por la escuela clásica italiana en donde “el delito, en consecuencia no será jamás el resultado de las circunstancias del caso, o del ambiente, sino que siempre tendrá origen en una elección individual culpable (Fiandaca & Musco, 2006, pág. 9)”. Esto quiere decir que, el individuo en uso de su libre albedrío se auto determina al delito y en el momento en que exteriorice síntomas de peligrosidad, será etiquetado por la sociedad como posible fuente de riesgo. Por tanto, cada cual decide ser etiquetado a través de su comportamiento y dentro de la actual dinámica del mercado, son las clases más bajas, las que serán identificadas como desviados y/o componente social a judicializar.

“El criminal es en este sentido distinto, no tanto porque ofende la conciencia común de un tejido social integrado sino porque rechaza su colocación social, pone en discusión un orden fundado sobre la diversidad, sobre la diferenciación de las oportunidades y de las gratificaciones. En suma: el delincuente no hace más que impugnar una sociedad ahora naturalmente desigual (Pavarini, 2013, pág. 58)”.

Entonces el criminal siempre será etiquetado al no poder desenvolverse de una mejor manera para salir del molde en que ha sido encasillado. Cada individuo se enfrenta a la necesidad de encontrar su propio lugar dentro de la economía del mercado. En ausencia de mayor política pública de inversión auspiciada por un Estado inerte, la opción que le queda al individuo es decidir voluntariamente caer en el encasillamiento delictual impuesto y someterse a los rigores intolerantes del sistema que busca la exclusión definitiva del infractor.

## 1.6 PROTAGONISTAS

Los protagonistas del nuevo paradigma de control social son sin discusión alguna, las víctimas de las conductas delictivas. Gracias a la nueva fenomenología delictiva que la sociedad enfrenta, al *populismo punitivo*, al amarillismo de los medios de comunicación y al proselitismo político, es la víctima del delito, el objetivo a consolidar dentro del proceso de administración de justicia penal. El sistema garantista referido por *Ferrajoli*, dentro de este nuevo proceso de expansión del derecho penal y de mayor represión con el delito; procura una protección a ultranza de la víctima, en proporcionalidad inversa a la salvaguarda de las garantías del infractor. Pero esta relevancia de las víctimas, no se consolidó gracias a un consenso entre las autoridades políticas y judiciales del momento, sino que, se evidenció como una exigencia social luego de la ocurrencia de penosos escenarios delictivos. Uno de los más frecuentes, es el que se presenta en los delitos sexuales contra menores, v.gr. Leyes Megan (Wacquant L. , 2009, pág. 309), en Colombia, asesinato de Joan Sebastián Rugeles (Velandia Montes, 2018, pág. 132).

Las leyes Megan, desarrolladas en USA, evidencian particularidades a considerar. En primer lugar, se tiene la estructuración de normas bautizadas con el nombre de la víctima que padeció el suplicio del delito, ahora honrada a través de la expedición de una ley para resolver judicialmente casos similares. En segundo lugar, la sociedad se comporta como precursor de innovaciones judiciales, ya que toma en sus manos la responsabilidad de hacer notar las problemáticas de alto impacto, como también defender a ultranza los bienes jurídicos

vulnerados. En tercer lugar, se destaca la labor proselitista de políticos radicales que ayudan a la expedición de éste tipo de normas, cediendo al *populismo punitivo* de avanzada. En cuarto lugar, los medios de comunicación se ponen la investidura de juzgador (Escalante Barreto, Caicedo Romero, & Maldonado Arcón, 2018, pág. 169), aprovechando la magnitud de sus alcances y alineando la mente de los receptores de la comunicación; convenciéndolos de que los infractores son culpables sin necesidad de un proceso judicial y que la pena debe ser la más alta dentro de los parámetros posibles.

“En el invierno de 2003 (...) la emperatriz de los Talk Show Oprah Winfrey lanzó una campaña personal contra los delincuentes sexuales en la televisión, completada con la difusión de una lista actualizada de depredadores de niños, (...) y una prodiga recompensa de su cuenta personal para estimular la captura de los convictos sexuales o sospechosos buscados (Wacquant L. , 2009)”.

La cruzada en procura de la protección de las víctimas demarca una aniquilación total del delincuente. Las leyes Megan, como referente anglosajón de emulación en otras latitudes, predicen sanciones elevadas para los predadores sexuales hasta el punto de ponderar para los reincidentes la cadena perpetua o la castración química en pro de evitar que vuelvan a delinquir. Junto a esto, la estigmatización social fuera de las prisiones consistentes en hacer saber a la ciudadanía por los mecanismos posibles, los antecedentes penales de un ex reo encerrado por delitos sexuales, empeora la situación. Desde calcomanías en los autos, bases de datos en computadoras de acceso público, atuendos distintivos que evidencian la calidad de ex reo, datos completos de los lugares en los cuales han vivido y hacia donde se han mudado, notificación a la víctima de la liberación del agresor sexual; son herramientas que USA permite a la sociedad para que se defiendan y eviten convivir con los delincuentes en su vecindario.

Todo este compendio de represión contra los delincuentes, genera una permanente persecución, en donde los ex reos se ven en la obligación de huir, teniendo en cuenta las represalias que el Estado le permite a la sociedad y a la víctima para reivindicar sus derechos.

“Sorprendentemente, algunas de las características que adornaron al Derecho penal pre moderno ahora parecen reaparecer, de modo que volvemos a asistir, en determinadas prácticas penales recientes, a la deliberada humillación de algunos delincuentes individuales, mediante su exhibición pública. Ese es el caso de la publicación de listas de delincuentes sexuales o de maltratadores; la exhibición de los nombres y fotografías, en gacetas o boletines de noticias locales o en anuncios de la televisión local; la obligación de que los delincuentes sexuales lleven puestas

camisetas en las que se les identifica como tales, que algunos, sarcásticamente, han definido como *la letra escarlata de los tiempo modernos* (Del Rosal Blanco, 2009, pág. 53) ”.

Por tanto, la protección de las víctimas que inicialmente se resaltó como necesaria en los delitos sexuales contra menores de edad, se extiende ahora a la mayor parte de delitos que la sociedad sufre, empoderando a las víctimas dentro del proceso de administración de justicia y procurando que su defensa se presente de manera constante en todos los escenarios posibles. La víctima será protagonista en cada fase del proceso judicial, encontrando respaldado por la opinión pública, los medios de comunicación y en conjunto; romperán la igualdad de armas que caracteriza el sistema penal acusatorio.

“Si el populismo punitivo se manifiesta de muchos modos, en la actualidad su forma predilecta es la del mito de la víctima, la reaparición de la voz de quienes nunca la tuvieron en el teatro penal por parte de quienes la arrojan como arma en la batalla política o cultural (...) el castigo como venganza, constituye justamente aquello que reclaman hoy esas voces aparentemente mayoritarias: restaurar el equilibrio roto por el delincuente, hacerle pagar con la misma moneda (Ciguela Sola, 2018)”.

El restablecimiento de derechos de la víctima será el objetivo a consolidar, descontando toda misiva de proveer prebendas al delincuente. El bautizo de normas con el nombre de la víctima, la movilización social en busca de mayor punitividad, la salvaguarda de los derechos fundamentales de la víctima en el proceso (C. Const, 2018); marcan la senda de un nuevo derecho penal en donde el fin pareciese restaurar a la sociedad y a la víctima de lo que el delito les sustrajo, en vez de priorizar por la resocialización del reo.

### **1.7 EFECTIVIDAD.**

Teniendo presente que el desarrollo de la sociedad, desencadenó en un proceso de desarticulación del viejo sistema correccionalista, el sentir social se agrupa en una nueva preocupación identificada como *seguridad* y la manera de materializarla depende de una efectividad tangible de las instituciones.

“Ya no es necesario ni útil ni, sobre todo, económico transformar a los desviados en trabajadores que no son necesarios para el sistema productivo. De todas formas, éstos irían a engrosar las listas del desempleo y volverían rápidamente al delito, a la desviación (De Giorgi, 2005, pág. 139)”.

Por tanto, la sociedad inmersa en una fenomenología delictual que rompe cada vez los estándares conocidos, despierta un deseo de exclusión de todo aquel delincuente que

deslegitima la legislación vigente y lastima los bienes jurídicos de los que se gozan; sintetizando el grado de efectividad de la *Tolerancia Cero*, siempre que se reporte mayor grado de exclusión de delincuentes.

El ciudadano desea sentirse seguro y no tener que contar a la criminalidad como uno de sus problemas. En lo que respecta al delito, la sociedad alza su voz de protesta y exige cambios radicales, interiorizado la exclusión total del delincuente como la solución al problema del delito que pervive de generación en generación, (Young, 2003, pág. 80).

El principio de la solidaridad ha desaparecido totalmente de los valores fundantes de la sociedad, razón por la cual a nadie le duele el sufrimiento del delincuente. Se visualiza al delincuente como un enemigo acreedor de represión al máximo. La sociedad opta por exigir penas más altas para desarticular al delincuente que lacera las libertades del ciudadano cumplidor del deber social y castigar la desviación.

*La sociedad, el Estado y sus instituciones, articulan sus percepciones frente al delito y determinan como función de la pena la inocuización debido a la efectividad que representa, sin pensar el destino del recluso a futuro.* Se procura tener bajo control a los etiquetados como fuentes de riesgo que pueden llegar a decidir optar por el delito para generar mayor beneficio personal dentro de la economía de mercado vigente.

La nueva estructura social económica consolidada, deriva su éxito del proceso de *disciplinamiento* de todos aquellos sujetos que intentan desarticular las reglas del mercado. Política, social e institucionalmente, cada vez se desdibujan los límites constitucionales y legales frente a la humanidad del delincuente, llegando al punto de pretender desconocer tratados internacionales, para imponer condenas perpetuas en delitos de alto impacto como es el caso de *predadores sexuales* con menores de edad. Se buscan nuevas maneras de expandir el derecho penal, amparados en la consigna de que inmersos en un *estado de necesidad*, el mejor de dos males a desarrollar, es la exclusión de reclusos, hacinados en prisiones degradantes; que más casos puestos en la impunidad judicial. En ello radica la *efectividad* que el nuevo paradigma de control social predica, en el imaginario estatal.

El fin de la pena identificado como *inocuización* rompe fronteras y declara una batalla sin cuartel a la delincuencia.

De tal forma, la sociedad sin reparo alguno, sin discurso contradictor, acepta la exclusión como manera *efectiva* bajo la cual hacer frente al delito, intentando reivindicar la sociedad.

“Una segunda estrategia para reducir el coste de encierro de la pobreza consiste en hacer que los reclusos o sus familiares asuman una parte, aunque sea mínima, de los costes del encarcelamiento. Desde 1994, un número cada vez mayor de jurisdicciones obliga a que sus clientes paguen los costes de encarcelamiento por día, imponen aranceles para acceder a los servicios o efectúan deducciones automáticas de los fondos de sus cuentas en la comisaria para sufragar los gastos de su encierro (Wacquant L. , 2009, pág. 250)”.

En una ecuación simple, la comunidad prefiere tener delincuentes hacinados en prisiones, que en la calle delinquiendo. Se estructura una sociedad *antropoémica* que busca desarticular el delito en todas sus formas.

“Una generación de estudiosos sociales ha estado fascinada por las categorías de inclusión y exclusión sugeridas por Claude Lévi Strauss en *Tristes Tropiques*. Las sociedades “primitivas”, el argumentó, lidian con extraños y desviados, tragándose los, dejándolos solos y obteniendo fuerzas de ellos. Ellas son antropofágicas, mientras las sociedades modernas son antropoémicas: éstas vomitan los desviados, los mantienen fuera de la sociedad o los encierran dentro de los perímetros de instituciones especiales (Young, 2003, pág. 96)”.

Se impone un comportamiento social de estigma al ciudadano pobre con un síntoma directo de criminalidad, frente a lo cual la reacción inmediata es desplazarlo lo más lejos posible de los bienes jurídicos que se quieren preservar. Los asociados dentro de la modernidad, han sido objeto de un disciplinamiento mediante el cual son cumplidores de la ley, procuran hacer lo imposible para impedir que delincuentes alteren los privilegios del individualismo en el que subsisten y alejan toda persona sospechosa, pasando por encima del sentimiento de solidaridad social que describe un ESD.

La sociedad, hoy en día se estructura como un *Banóptico*;

“El banóptico es sólo un modo de pensar la vigilancia, en el que los instrumentos de vigilancia se dedican a mantener lejos, en vez de mantener dentro, como hacía el panóptico, y que se nutre y crece con el imparable crecimiento de las preocupaciones securitarias, y no de la necesidad de disciplinar, como era el caso del panóptico (Bauman Z. , 2013, pág. 72)”.

El delito con el paso del tiempo presenta nuevas modalidades de cristalizarse y la solución es la erradicación total del mismo; considerando a los delincuentes no como ciudadanos, sino como parias, desviados, desechos sociales que no merecen consideración alguna. La sociedad despoja al delincuente de su sentido de humanidad y empieza a ser tratado como un enemigo a desarticular.

“Desecho, por definición, es lo contrario de útil, lo que no tiene ningún uso posible. Y esa producción de desechos ensucia y estorba un espacio que podría ser empleado de forma más útil. El principal objetivo del banóptico es asegurarse de que los desechos están separados de los productos recientes, y agrupados para su transporte a un contenedor de desechos. Una vez en ese lugar, el dispositivo panóptico se encargará de que se queden ahí. Preferiblemente hasta que su biodegradación se complete (Bauman Z. , 2013, pág. 74)”.

La sociedad hoy en día estructura como necesidad, discriminar al delincuente que representa una fuente de riesgo, y para contribuir al desarrollo normal de las relaciones sociales, se construye una consciencia colectiva en donde *se imprime eficacia al sistema social y judicial, relegando a todas las clases desposeídas, a lugares en donde no afecten el normal desarrollo de las clases medias y altas como principales víctimas del delito*. Totalmente desarticuladas las clases bajas relegadas y los delincuentes desarticulados en hacinamiento carcelario, conforman un problema social que no interesa pero que significa un avance en seguridad colectiva.

## **CAPITULO SEGUNDO. ESTADO SOCIAL DE DERECHO (-ESD-)**

Para encontrar respuestas a la disertación planteada, es preciso observar los alcances que la concepción de ESD comprende y tener presente generalidades frente al sistema penal que se desarrolla. En ese análisis del ESD, se referenciará inicialmente una aproximación a lo que puede ser *i)* concepto de sí mismo, *ii)* principios más relevantes que demarcan límites al *Ius Puniendi*, *iii)* fin de la pena que predica, *iv)* crisis del ESD, *v)* postulado de reinserción social y *vi)* nuevo paradigma del fin de la pena que se impone luego de la crisis en cita. Al analizar estos apartes, se corroborará como el ESD no existe materialmente debido a la Política Criminal que ahora se desarrolla.

### **2.1 CONCEPTO**

Si nos remitimos a la Constitución Política de Colombia, es posible avizorar como primera concepción lo descrito en el artículo primero.

“Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general (Legis S.A., 2009)”.

De acuerdo a lo referido, el Estado Colombiano se erige como un ordenamiento dentro del cual se propugna como máxima indiscutible, el respeto por la dignidad humana a través de mecanismos de interacción entre el Estado y sus asociados. Describe un modelo de Estado simple, “es aquel que no posee sino un solo centro de impulsión política y gubernamental. El poder político, en la totalidad de sus atributos y funciones, depende un titular único que es la persona jurídica del Estado (Elejalde Arbelaez, 2010, pág. 190)”. El Sistema de Gobierno por su parte “existe una cierta supremacía del poder ejecutivo sobre las demás ramas del poder público y además una absoluta independencia entre ejecutivo y legislativo (Elejalde Arbelaez, 2010, pág. 202)”, adoptado por el constituyente primario tras la emisión de la Constitución de 1991.

Desde el surgimiento constitucional del ESD, se sostuvo una visión humanista antropocentrista. La Corte Constitucional como máximo ente que desarrolla los contenidos constitucionales, en una de sus sentencias establece;

*“El principio de Estado Social de Derecho es un mandato dirigido al legislador que lo obliga a atender la justicia y la equidad en la toma de decisiones de conformidad con el marco constitucional, pero que respeta un margen amplio a las opciones de política pública de las autoridades popularmente elegidas (Corte Constitucional, 2001)”*.

Por lo tanto, el génesis del ESD obedece al mandato de respeto de la *Dignidad Humana* y la invitación al legislador, para operar atendiendo la equidad y la justicia. La Dignidad, es el precepto que caracteriza la razón de ser del ESD y el requisito de construcción de la Política Criminal vigente. Tan vital es la concepción de ESD como directriz de la Política Criminal que el surgimiento global de éste, data de varias décadas atrás al año de expedición de la constitución política.

El primer avistamiento histórico relevante frente al ESD, se condensa en Alemania con Otto Von Bismarck en 1919, quien logra establecer un derecho constitucional escrito, democracia dentro como límite del poder monárquico, adecuada representación política de los sectores sociales, participación ciudadana y la conjugación de derechos fundamentales como disposiciones reguladoras del Estado.

“Experiencias como las de la Constitución de Weimar 1919, o la expedición de la Constitución de México de 1917, suelen ser colocadas como los antecedentes de la configuración del Estado social de derecho, (...) aquel es un “Estado construido sobre un principio estructural complejo, por ser principio de principios, cuya esencia radica en que su contenido y alcance deriva de la recíproca

interacción de los valores de la democracia, lo social y la idea del Estado de Derecho en sentido material” (Quinche Ramirez, 2010, pág. 55)”.

Con los años, el tema toma fuerza debido a las guerras mundiales. Europa, experimenta los sucesos más cruentos en lo que respecta a violación del derecho a la vida en problemáticas internacionales bélicas, auspiciado por los Estados existentes, en defensa de ideales políticos cuestionados.

“Los desastres bélicos de la II Guerra Mundial, el Holocausto judío y la tarea de reconstrucción europea iniciada a partir de 1945 marcaron –al menos para la Europa continental- el inicio de una nueva forma-Estado con un modelo constitucional (...) En efecto, la Constitución italiana inauguraba el movimiento del llamado “constitucionalismo social” que, como se verá, acogiera una tradición propia del welfare en una reinterpretación adaptada a la cultura jurídica continental europea (Rivera Beiras, 2005, pág. 158)”.

Acaecidas las guerras, la necesidad de poner un alto al desarrollo del Estado de Derecho surge y con el impacto social generado por el denigrante trato al ser humano, la política estatal procura consolidar a los ciudadanos como el objetivo máximo a satisfacer, a través de un Estado asistencial e intervencionista.

Con el ideal de proteger la humanidad para que no fuese víctima de sucesos bélicos tan desastrosos, se produce uno de los acontecimientos determinantes de la vida política internacional; esto es, la creación de la Organización de las Naciones Unidas. Ésta, considerada como la entidad que releva a la Sociedad de Naciones fundada en 1919 en Ginebra una vez finalizó la primera guerra mundial y tuvo vida hasta el 18 de abril de 1946; denota avances considerables a la materia. Luego de la segunda guerra, el 24 de octubre de 1945 se suscribe la Carta de las Naciones Unidas por parte de las 5 potencias del mundo -*Estados Unidos, Francia, China, URSS, Gran Bretaña-*, junto a 51 Estados fundadores más -*gracias al Presidente Franklin Roosevelt y el Primer Ministro Británico Winston Churchill-*, con el fin de establecer vínculos de cooperación internacional que procurarían prevenir situaciones de agresión entre naciones, mantener la paz, la seguridad e impulsar el desarrollo económico mundial.

Creada la ONU, los Estados encuentran el contexto social bajo el cual empezar a diseñar en mejor forma objetivos institucionales a conseguir dentro de sus ordenamientos. Los ciudadanos más desprovistos de oportunidades, descubren en el asistencialismo del Estado,

la manera de cubrir sus necesidades a expensas de un riguroso plan fiscal de recaudación de impuestos, que permita sostener el modelo implementado.

“las primeras formas del welfare presentaron ciertas características: el Estado empezó a ser más intervencionista en la regulación del mercado; las huelgas, los sindicatos y la primera legislación social comenzaron a ser entendidos como parte de la “cuestión social” que el Estado debía regular y “proteger”; la regulación del trabajo, horarios, descanso, vacaciones, derechos sociales incipientes, etc., marcaron así una primera forma de “asistencialismo” (Rivera Beiras, 2005, pág. 160)”.

La evolución político global de finales del siglo XIX, brilla gracias al avance epistemológico denotado por los principales países europeos en donde los aportes relevantes a referenciar, están ubicados en el campo del derecho y específicamente del derecho penal.

“Como se verá enseguida, tal cambio de paradigma en la estructura del derecho positivo se ha producido, en Europa, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, gracias a las garantías de rigidez de las Constituciones introducidas con la previsión de procedimientos especiales para su revisión, además del control de legitimidad de las leyes por parte de tribunales constitucionales. Y no es causal que todo ello haya tenido lugar tras la derrota del fascismo y del nazismo (Rivera Beiras, 2005, pág. 161)”.

De ello resulta, configurar la constitución y el sistema de gobierno democrático, como el escenario adecuado dentro del cual los múltiples derechos violentados del ser humano en la primera mitad del siglo XX, vean su total protección y ensalzamiento en la segunda mitad de ese siglo.

Al respecto MUÑOZ CONDE refiere,

“La impresión de los horrores de la segunda guerra mundial y el abuso del derecho penal en el castigo e incluso en la eliminación física de grupos humanos enteros, contribuyeron sin duda al renacimiento de las ideas humanísticas y a la configuración de un derecho penal más humano como instrumento al servicio de la resocialización antes que el castigo de delincuentes (...) Con ello, el sistema penitenciario actual habría llegado a un punto en el que la idea del sufrimiento y castigo habría sido definitivamente abandonada y sustituida por otra más humana de recuperación del delincuente para la sociedad. (Muñoz Conde, 2012, págs. 82-83)”.

Con lo dicho, para que el presente acápite no pase a ser interpretado como una pequeña disertación sobre Teoría del Estado, se orienta el desarrollo del tema propuesto a través de la hipótesis de investigación a hacer ver, como el desarrollo histórico del ESD obliga a que los ordenamientos jurídicos actuales y el sistema penal que desarrollan tengan presente siempre

*como el ser humano, su dignidad y sus derechos fundamentales, son el objetivo básico y la meta a consolidar.*

En Consecuencia, una Política Criminal que se presenta como un mecanismo simbólico que pretenda brindar mayor eficacia al sistema penal, estará vulnerando ostensiblemente todos los principios históricos fundadores del ESD, como ya se ha relatado.

La forma del Estado procura generar el mayor bienestar para los individuos, al tener como directriz los valores máximos que la sociedad considera deben copar el total del articulado de la Constitución.

“A este sistema de legalidad, Ferrajoli le denomina como modelo o sistema garantista: gracias a él, el derecho contemporáneo no sólo programa sus formas de producción (a través de procedimientos sobre formación de las leyes) sino que, además, programa sus contenidos sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios, valores y derechos inscritos en sus Constituciones (...) en el estado constitucional de Derecho, el legislador ya no es omnipotente: las leyes no sólo serán válidas por su procedimiento de creación, sino por ser coherentes con los principios constitucionales (Rivera Beiras, 2005, pág. 162)”.

En lo que respecta al ámbito del derecho penal, el tenor literal de sus disposiciones deberá orientarse de acuerdo al aspecto histórico visto, a la protección del sujeto objeto de judicialización, acompañado del fin último de resocialización y rehabilitación. *La pena como castigo deberá regirse por la exclusión del salvajismo, dentro de parámetros del sistema garantista aducido.*

Se enaltece la sujeción de las instituciones del Estado a reglas básicas de respeto y protección de los ciudadanos siempre en primacía del interés general. “Son estados de derecho aquellos ordenamientos en los que todos los poderes, incluido el legislativo, están vinculados al respeto de principios sustanciales, establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales (Ferrajoli, 2001, pág. 31)”.

En consecuencia, dentro del ordenamiento jurídico local analizado, aparece un derecho fundamental como lo es la prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, como postulado del cual gozan todos los ciudadanos del Estado Colombiano; por tanto es exigible las instituciones estatales desarrollaran sus funciones; es exigible de las instituciones que materialicen tal disposición en su actuar.

“Una constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular. Su función no es expresar la existencia

de un demos, es decir, de una homogeneidad cultural, identidad colectiva o cohesión social, sino, al contrario, la de garantizar, a través de aquellos derechos, la convivencia pacífica entre sujetos e intereses diversos y virtualmente en conflicto (Ferrajoli, 2001, pág. 41)”.

La aporía, es que autoridades estatales están dejando de lado parámetros constitucionales que deben regir y organizar la sociedad, para asegurar un orden social justo, para así permitirse imponer sanciones legales que violan flagrantemente la expresa prohibición constitucional de proscribir penas crueles, inhumanas y degradantes. Se consolida una Política Criminal contraria a la Constitución, imposibilitando la resocialización del condenado.

Al respecto la doctrina afirma,

“En el estado constitucional de derecho la constitución no solo disciplina las formas de producción legislativa sino que impone también a ésta prohibiciones y obligaciones de contenido, correlativas unas a los derechos de libertad y las otras a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas (Ferrajoli, 2001, pág. 34)”.

*Entonces el Estado Colombiano al día de hoy, presenta antinomias advertidas en el problema jurídico del presente ejercicio de investigación, poniendo en contradicción directa las tesis esgrimidas entre la Constitución, los tratados internacionales, el desarrollo histórico de tendencia proteccionista al condenado; frente a una política criminal que procura castigar con fuerza al delincuente. El ordenamiento jurídico ya no garantiza entonces, los derechos constitucionales a los ciudadanos (Ferrajoli, 2001, pág. 41).*

Prueba de ello es el hacinamiento de presos, en infraestructura que no tiene la capacidad física para alojarlos de manera digna, con adecuada prestación de servicios de salud, alimentación, resocialización, como lo establece la norma. La delincuencia persiste en índices al alza (Fiscalía General de la Nación, 2018), los centros penitenciarios se mantienen intactos en infraestructura y personal, los derechos fundamentales de los reos siguen vulnerados cada vez en mayor magnitud (Eci, Grupo Lider Seguimiento, 2016); mientras que las leyes y la Constitución manejan una continua contradicción dentro de sus contenidos.

“En desarrollo de la Constitución, la Corte ha planteado a la solidaridad, en relación con el Estado social de derecho, como un principio y como un deber. Como principio, esta se desplegaría en dos niveles: como obligación de solidaridad del Estado, a garantizar unas condiciones mínimas de vida digna a todas las personas, especialmente de aquellas que se encuentran en condiciones de inferioridad; y como obligación de solidaridad de los particulares, en tanto vinculación del propio

esfuerzo en apoyo de los otros, desde la ley. Adicionalmente y como valor constitucional, la Corporación ha sostenido desde el comienzo, su contenido en una triple dimensión: como fundamento de la organización política, como pauta de comportamiento de las personas, como criterio de interpretación de las acciones y omisiones de particulares que vulneran los derechos fundamentales (Quinche Ramirez, 2010, pág. 62)”.

De esta manera, desde la mitad del siglo anterior hasta el día de hoy, se ha procurado fortalecer la concepción de ESD, pero hoy en día no se materializan a cabalidad los componentes de este modelo de Estado en cuestión. De poco sirve un avance histórico tan prodigioso frente a derechos sociales fundamentales, la creación de tribunales internacionales que pretenden la erradicación de los delitos más crueles contra la humanidad, la ratificación de tratados internacionales que permanentemente conceptúan al respecto; cuando un ordenamiento jurídico incumple en la *praxis* el mandato constitucional de respeto a derechos fundamentales. La *solidaridad* como fundamento del Estado solo tiene eco formal y frente a la imposición de penas, la sociedad procura un total anquilosamiento del delincuente. El *individualismo*, supera y destruye la solidaridad, demarcando una política criminal autoritaria retributiva, en medio de un insigne Estado Social de Derecho.

## **2.2 PRINCIPIOS REGENTES DEL SISTEMA PENAL VULNERADOS ACTUALMENTE EN EL SISTEMA PENAL**

Dentro del escenario de la actual Política Criminal del ESD, la violación de garantías fundamentales de personas indiciadas o sentenciadas es una constante. Si bien el ESD debería materializar el respeto a ultranza de garantías otorgadas por el sistema al ciudadano objeto de judicialización, lo cierto es que se presenta una situación contraria, que prueba como la política criminal actual ha dejado a un lado los fines y la función de la pena, previstas inicialmente en Constitución, ley y tratados internacionales.

Así las cosas, a continuación se refieren los principios más relevantes del derecho penal –*a consideración del autor*- que la Política Criminal actual está vulnerando.

### **2.2.1. PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA**

El principio de respeto a la dignidad, es la máxima bajo la cual se desarrolla todo el ordenamiento jurídico penal conocido. Se encuentra consagrado en la Constitución Nacional artículo 1, como también en el código penal artículo 1 y código de procedimiento penal

artículo 1. La relevancia de tal principio radica en que es la Dignidad Humana, el fundamento total de los derechos humanos fundamentales que se han concedido al hombre en el devenir de la historia. Es la Dignidad el eje central donde se articulan todos los derechos fundamentales consagrados en la carta magna.

Su significado, puede ser definido como *ese valor supremo con el cual cada ser humano es dotado por el ordenamiento jurídico, desde el primer momento de su existencia*. Es esa cualidad que hace valioso a un ser humano frente a los demás y frente a las instituciones estatales; por lo que se hace acreedor al goce de un conjunto de derechos dispuestos por el ordenamiento que signifiquen posibilidades de una vida plena en el mejor nivel de circunstancias y bienestar posible. El antecedente expreso conocido que ha orientado la manera de concebir la Dignidad Humana, se encuentra en el trabajo realizado por Immanuel Kant en su obra *La Paz Perpetua* (1795) en donde refiere como acepción de Dignidad, “*tratar siempre al hombre con un fin en sí mismo, con la consiguiente prohibición de instrumentalizarlo* (Immanuel, 2003)”.

De ahí, que todos aquellos principios alternos a la Dignidad Humana configurados para la ley penal, son consecuencia del reconocimiento de ésta. Gracias a la dignidad humana, se pondera como axioma la humanización del proceso penal y de las penas, quedando proscritos los tratos inhumanos, actos crueles frente al reo o cualquier tipo de sanción degradante para el implicado en el proceso de administración de justicia.

La consolidación de estos principios, es producto del desarrollo histórico del pensamiento y las instituciones humanas. *Cesare Beccaría*, uno de los pensadores del periodo del Iluminismo, en su trabajo *De Los Delitos y De Las Penas* para su momento establecía;

“*resulta evidente que el fin de las penas no es atormentar y afligir a un ser sensible, ni deshacer un delito ya cometido (...) Los gritos de dolor de un infeliz, ¿harán que desaparezcan del tiempo, que no retrocede, las acciones ya consumadas? El fin pues, no es otro que impedir que el delincuente cause nuevos daños a sus conciudadanos, y el disuadir a los demás de hacer lo que él hizo.* (Beccaría, 2016, pág. 38)”.

Los mecanismos del *ius puniendi*, se encuentran orientados siempre al respeto del ser humano en todos sus componentes. Consecuentemente a lo planteado, Beccaría expone,

“*Una crueldad, consagrada por el uso de la mayor parte de las naciones, es la tortura del reo mientras se desarrolla el proceso (...) A un hombre no se lo puede llamar culpable antes de la*

sentencia del juez, ni la sociedad puede negarle su protección pública, sino cuando se haya decidido que ha violado los pactos con que se la otorgó (Beccaría, 2016, pág. 27)”.

Al respecto la doctrina expone el concepto y considera;

“Es la dignidad del individuo como límite material primero a respetar por un Estado democrático, lo que va fijando topes a la dureza de las penas y agudizando la sensibilidad por el daño que causan en quienes las sufren. Aunque el Estado y hasta a la colectividad en general pudieran convenir penas crueles para defenderse, a ello se opone el respeto a la dignidad de todo hombre –también el delincuente–, que debe asegurarse en un Estado para todos (Rivera Beiras, 2005, pág. 302)”.

Por lo anterior, el punto de partida, es el ser humano; el comienzo y fin de cualquier tipo de actuación jurídica y en consideración de su naturaleza, las penas a imponer deberán obedecer la conservación de su integridad física y moral. El derecho penal moderno, es el producto de la evolución dentro de la cual se superó sin traba, los aberrantes episodios de la retribución medieval y el principio inquisitorial auspiciado por el franciscano *Tomás de Torquemada*. El pasó a la postmodernidad, debe evidenciar esa referida evolución y demostrar el avance epistemológico de la humanidad en la manera en que resuelve sus conflictos.

Pero si al día de hoy se pone en práctica una Política Criminal que concibe penas privativas de la libertad que ascienden al monto de 60 años, en condiciones de hacinamiento e infraestructura deficiente (Instituto Nacional, Carcelario y Penitenciario, 2017); la Dignidad Humana de la población reclusa en territorio colombiano, se pone en duda.

### **2.2.2. PRINCIPIO DE IGUALDAD**

El derecho a la igualdad, se describe como esa prerrogativa social de los ciudadanos, referente a la oportunidad que se tiene de obtener las mismas oportunidades, posibilidades o derechos frente a una situación, entidad o circunstancia específica. Es la posibilidad formal y material de ser tratados de manera igual en cualquier tipo de circunstancias por parte del Estado y sus instituciones.

“Este postulado –íntimamente ligado con el de dignidad de la persona humana–, que se constituye en otro límite material al ejercicio del *ius puniendi*, es molde y corazón del moderno Estado de derecho desde que lo proclamaron los revolucionarios franceses de 1789, (...) la idea de igualdad impone un trato análogo para los casos semejantes y uno desigual para los que son diferentes; no se trata, pues, del derecho a ser igual, sino del derecho a ser tratado uniformemente ante situaciones similares (Velasquez Velasquez, 2004, pág. 33)”.

La consecuencia directa de la puesta en práctica de éste derecho es, la tarea del Estado en asegurar a los ciudadanos la garantía material del mismo, en contextos en los cuales los seres humanos desarrollen su existencia.

“es de vital importancia en el ámbito penal, donde ha de ponérseles especial atención a las situaciones de discrepancia entre los hombres, con miras a que ellas sean plenamente reconocidas por el aparato conceptual y las elaboraciones legales; por supuesto, esto no significa que se abandone la noción de igualdad formal, pues ella se mantiene al lado de otros tres componentes autónomos: la igualdad social, la ausencia de discriminaciones y, finalmente, la igualdad sustancial (Velasquez Velasquez, 2004, pág. 34)”.

El trato que se imparte por el Estado nunca deberá ser privilegiado, ni tendrá en cuenta circunstancias específicas de los hechos; por el contrario, repercutirá en bienestar de todos y cada uno de los individuos. Por tanto, la igualdad y el bienestar general de los investigados deberán desarrollarse acorde a su dignidad hasta que no se obtenga sentencia condenatoria. Las detenciones preventivas deben desarrollarse considerando la calidad y naturaleza de un investigado no declarado culpable, sin que en ningún momento las condiciones a las cuales se les sometan sean equiparables a las impuestas a un judicialmente condenado. En eso radica el respeto a los derechos fundamentales y el cumplimiento del tenor literal constitucional.

“Frente a este panorama, la Comisión Interamericana considera, en primer lugar, que el uso excesivo de esta medida –*detención preventiva*– es contrario a la esencia misma del Estado democrático de derecho, y que la instrumentalización en los hechos del uso de esta medida como una forma de justicia expedita de la que eventualmente resulta una suerte de pena anticipada, es abiertamente contraria al régimen establecido por la Convención y la declaración de las Americanas, y a los principios que inspiran a la Carta de la Organización de los Estados Americanos. (Comisión Interamericana de Derecho Humanos, 2013, pág. 3)”.

En la realidad jurídica, las situaciones carcelarias no presentan este colorido panorama que las disposiciones Constitucionales pregonan. Al día de hoy las prisiones presentan hacinamiento carcelario auspiciado por el uso excesivo de la detención preventiva, “Los(as) internos(as) con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sumaron al finalizar el mes de enero 38.356 personas, cifra que representa el 32,3% de la población reclusa en los ERO (Instituto Nacional, Carcelario y Penitenciario, 2017, pág. 47)” experimentando condiciones de hacinamiento de igual forma que los condenados. La situación degenera tanto en exabruptos procesales, como lo visto en Unidades de Reacción

Inmediata en donde la igualdad de los imputados no se respeta, ya que reciben trato diferenciado al que les corresponde, pasando a experimentar vivencias peores a las de un preso judicialmente condenado (Noticias Rcn, 2017), al ser esposados a Centro de Atención Inmediata Móviles, por falta de cupos carcelarios en las instituciones propias de reclusión. No se evidencia trato igual para circunstancias iguales de reos y personas, objeto de detención preventiva que en uso de su derecho a la *presunción de inocencia*, no deben ser objeto del mismo racero con el cual se maneja a sentenciados. La Política Criminal, no permite garantizar respeto de derechos fundamentales de personas inmersas en procesos judiciales y muestra de ello son los episodios referidos que vulneran el derecho a la Igualdad. “La Comisión Interamericana no ha encontrado información empírica alguna que demuestre que un incremento en el uso de la prisión preventiva contribuya a disminuir los niveles de delincuencia o de violencia (Comisión Interamericana de Derecho Humanos, 2013, pág. 7)”.

### **2.2.3. PRINCIPIO DEL DERECHO PENAL DE ACTO**

El principio del derecho penal de acto, refiere la importancia que tiene para el sistema penal, solo los actos que los seres humanos despliegan y que cumplen cabalmente con la prohibición descrita en el tipo penal. Este principio, busca la persecución penal de conductas y no del sujeto que las comete. La persecución del infractor sería una actividad propia de un Estado autoritario, visto en Italia para comienzos del siglo XX, en donde se instrumentaliza al ser humano por sus rasgos personales distintivos, configurando una cacería del hombre como fuente directa de delitos.

“He aquí que, con tal perspectiva el derecho penal tiende a transformarse en instrumento de profilaxis social, y la atención habrá de centrarse, sobre todo, en la personalidad del condenado y en la clasificación tipológica de las distintas especies de hombres delincuentes (Fiandaca & Musco, 2006, pág. 11)”.

Lo errático de esta punibilidad, se presentó en que el ser humano es el fin del Estado y no puede ser objeto de represión por circunstancias propias a su personalidad o libre desarrollo. El acto es el fundamento de la responsabilidad penal y no procura el castigo de meros pensamientos internos que no se han materializado. La acción penal es, un comportamiento *exteriorizado* y considerado por la norma como conducta punible. No habrá delito sin un acto humano previo que así lo configure.

“En otras palabras: el derecho penal es de acto, y las normas penales se dirigen a la conducta social del hombre; no es un derecho penal de autor –así se conciba a su más extrema formulación, el llamado derecho penal sentimiento -, para el que lo fundamental es la peligrosidad del agente o la manifestación de una determinada personalidad criminal. Las dos anteriores consecuencias del aforismo “no hay delito sin conducta humana” son apenas explicables cuando se parte del marco político propio de un Estado social y democrático de derecho, pues solo los regímenes totalitarios escudriñan en lo íntimo del hombre e indagan hasta el más leve pensamiento (Velasquez Velasquez, 2004, pág. 46)”.

La constitución en su artículo 29 describe expresamente como *nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa*. El artículo 6 del código penal, reproduce esta directriz cabalmente y el artículo 9 consecuentemente refiere que ese acto o conducta que el ser humano despliega y que la sociedad considera como nefasta para la vida en relación y el bienestar social, debe ser *típica, antijurídica y culpable*.

“El derecho penal de acto no agrava la punición de los autores habituales o de comisión profesional, pues la pena atiende al hecho cometido y no a la calidad personal del sujeto activo de este; por el contrario, uno de autor agrava la sanción del agente situado en una de esas dos categorías de delincuencia (Velasquez Velasquez, 2004, pág. 47)”.

Con esto, el régimen de protección es diáfano. Pretender desarrollar una práctica judicial de castigo con base en un juicio de peligrosidad del infractor, está vulnerando totalmente su Dignidad. Las autoridades estatales, se encuentran llamadas a proscribir tales conductas y respetar los cánones del procedimiento penal para llevar a buen término la imposición de una pena sin consideraciones groseras sobre las particularidades del infractor. El *etiquetamiento* y el interés de judicializar personas de acuerdo a su apariencia o sobre la concepción de que pueden ser fuente de incivildades, están entonces proscritos del ESD. Tal cuestión soslayaría la dignidad humana e instrumentalizaría al individuo en actuaciones judiciales, bajo el móvil de procurar una pronta condena. La experiencia italiana da fe de lo vacilante de estos postulados y en la postmodernidad se considera un tema superado.

Pero *contrario sensu*, actualmente se evidencia situaciones dentro de las cuales tales comportamientos se permiten. Dentro de escenarios como el ejercicio del derecho a la protesta que gremios educativos o transportadores desarrollan, presentan episodios de judicialización cuando los protestantes se toman los espacios y las vías públicos para ello. Pero en qué espacio se puede desarrollar una protesta pública, si no es en los espacios

públicos que las ciudades tienen, cuando los manifestantes ascienden a miles. Se estigmatiza el sentimiento de protesta, haciendo uso del derecho penal y la judicialización, sin corroborar si las conductas desplegadas en verdad configuran hecho punible alguno (Presidencia de la República, 2016). No es factible que el derecho constitucional a la huelga, sea manejado por parte de la fuerza pública y las instituciones, a través de represión y encarcelamiento. De acuerdo a un etiquetamiento social –*auspiciado por los medios de comunicación*–, se declara como desviados a actores sociales que aún no han cometido conductas punibles; o por el contrario se estigmatiza a sujetos que no han vuelto a delinquir, o individuos de otras nacionalidades.

#### **2.2.4 PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

La imposición del castigo a un penalmente responsable, deberá asignarse dependiendo la magnitud del daño generado al bien jurídico tutelado por la norma y subsidiariamente, con la finalidad que se pretenda cristalizar con tal castigo al sentenciado. Se denomina también prohibición de exceso y está estructurado como un límite al derecho a castigar en manos del Estado.

“si se entiende el axioma de proporcionalidad en un sentido amplio, se deben sujetar a tres exigencias distintas que actúan a manera de criterios escalonados: en primer lugar, la sanción debe ser idónea para alcanzar el fin perseguido y debe conformarse con ese fin, pues acorde con los múltiples cometidos asignados a la pena, esta ha de ser cualitativa y cuantitativamente adecuada para prevenir la comisión de delitos, proteger la sociedad y resocializador al delincuente como la misma ley penal lo dispone (Velasquez Velasquez, 2004, pág. 37)”.

La aplicación del principio de proporcionalidad, evidencia si un Estado cumple con los postulados nacionales e internacionales que se ha propuesto con el fin de materializar el respeto de los derechos humanos y el sentimiento de solidaridad que conforma la sociedad. A través de la imposición de penas proporcionales al daño acaecido por el delincuente, la sociedad manifiesta la postura frente al delito y la opción que le proporciona al delincuente para que se reincorpore a la sociedad. La proporcionalidad corresponde a uno de los principios más relevantes del sistema penal y exige una subsunción adecuada por parte de los artífices de la política criminal, de los ejecutores de la misma.

Por tanto, cuestionar su correcta aplicabilidad es pertinente, ya que en la actualidad las disposiciones normativas permiten la imposición de penas privativas de la libertad en 60 años

de prisión gracias a las últimas reformas; siendo aplicada a razón del clamor social y mediático, más que por razones conscientes, necesarias y responsables. Por tanto, los objetivos del presente contexto se demuestran y se evidencia como el ESD materialmente se ha desvanecido, o peor aún, nunca se ha consolidado de acuerdo a las promesas de la Constitución. La experiencia, deja ver como la Política Criminal reaccionaria, promulga el castigo radical al delito y a sus perpetradores (Caracol, Noticias, 2017). Un ejemplo más es el artículo 188C del código penal que refiere a *Tráfico de niñas, niños y adolescentes*, para el cual contempla una pena máxima de 60 años, con posibilidad de aumentarla en la mitad sobre el máximo, de acuerdo a diversos agravantes. Por tanto este tipo penal describe una pena que puede ascender hasta 90 años, soslayando totalmente la proporcionalidad pretendida por un sistema penal garantista dentro de un ESD.

### **2.2.5. PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN**

El principio de intervención mínima es otro de los contrapesos con los cuales el ordenamiento jurídico puede poner límites al poder punitivo del Estado. El derecho penal como mecanismo mediante el cual se proscriben las conductas, debe ser un instrumento con mínima presencia en la legislación nacional, como en la vida de los ciudadanos. La finalidad del principio en cita, es no cohibir en amplitud las prerrogativas de las que goza el ciudadano.

El derecho penal es la última herramienta que el Estado debe utilizar para controlar socialmente los comportamientos proscritos, procurando siempre proteger bienes jurídicos que se vean vulnerados por el acaecimiento de conductas inapropiadas. Será último y radical recurso, a razón de que las consecuencias que trae su aplicabilidad son nefastas para el ser humano.

“el postulado de la necesidad de intervención significa que la injerencia penal del Estado sólo se justifica cuando ella es imprescindible para el mantenimiento de su organización política, dentro de los marcos propios de una concepción democrática; todo lo que vaya más allá de dicho confín encauza esa injerencia por las vías autoritarias y termina de manera inexorable, en la supresión de los fundamentos democráticos del Estado (Velasquez Velasquez, 2004, pág. 41)”.

El derecho penal es titular de 2 características fundamentales. La primera es su carácter subsidiario. Esto infiere como consecuencia, que el ordenamiento jurídico y el Estado procurarán el control social por medio de otras alternativas existentes como lo son

disposiciones civiles, administrativas y policivas que aseguren bienestar social; ya que sus mecanismos de sanción son mucho más livianos que los contemplados por el derecho penal. La segunda, es su carácter fragmentario. Esta característica permite comprender porque el derecho penal es el encargado de catalogar las conductas como prohibidas. Esto quiere decir, que el derecho penal, dentro de la gran cantidad de conductas que puede desarrollar el ser humano dentro de la sociedad, solo apropia como suyas un fragmento de ellas que considera necesario castigar. Se tomará como campo de acción solo aquellos fragmentos comportamentales inaceptables para convivir armoniosamente; teniendo presente como máxima, la intervención mínima en el desarrollo de la calidad de vida y la alteración de los derechos fundamentales de cada ciudadano.

“el legislador está obligado a observar la máxima economía de que se disponga a la hora de configurar los delitos en la ley(...) en otras palabras: el derecho penal solo tutela aquellos derechos, libertades y deberes que sean imprescindibles para el mantenimiento y conservación del orden jurídico, ante aquellos ataques considerados como los más intolerables (véase Corte Constitucional: sentencias C-549 de 1 de diciembre 1994; C-285 de 5 de junio 1997, C-237 de 20 de mayo 1997, y C-647 de 20 junio 2001) (Velasquez Velasquez, 2004, pág. 34)”.

Aplicar sanciones penales, es el proceso más tortuoso que un ser humano puede enfrentar. El infractor deberá someterse a la privación de su libertad, no volver a desarrollar su estilo de vida como lo había realizado hasta la comisión del delito, soportar el estigma por los medios de comunicación, el distanciamiento de su núcleo familiar y el padecimiento de condiciones cruentas en prisión. Es por eso que, el sistema debe hacer uso de otros mecanismos de castigo diferentes a la prisión cuando esta última no sea necesaria y no signifique padecimientos exagerados al infractor.

Pero la inflación punitiva expande los límites del derecho penal y usa cada vez más la prisión para limitar los comportamientos sociales. La Ley 1908 de 2018, tipifica como conducta punible en el artículo 340A, el *Asesoramiento A Grupos Delictivos Organizados*, imponiendo una pena de 6 a 10 años. Con delitos como estos cada vez son más las dispensas del ser humano reguladas por el Derecho Penal, pues hasta la profesión y oficio ya se suma en los horizontes de la pena privativa de la libertad. De igual forma en la ley 1774 de 2016, se procura la pena de prisión por el maltrato animal, cuando tales desmanes pueden ser regulados a través de disposiciones administrativas y/o policivas. Se recurre al derecho penal para solucionar conflictos sociales y la expedición de las leyes encita así lo demuestra.

### **2.3 FUNCIÓN DE LA PENA EN EL -ESD-**

El Estado, estructura como derecho fundamental relevante, aquel contemplado en el artículo 12 de la constitución política. Ese refiere “*Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes* (Legis S.A., 2009, pág. 3)”. Este, es el punto de partida dentro del cual el sistema penal gesta su labor en concordancia directa con el artículo 1 constitucional, donde se erige la Dignidad Humana como cimiento del ESD.

Armónicamente el artículo 12 constitucional se relaciona directamente con el artículo 93 - *Bloque de Constitucionalidad*-, permitiendo integración en el ordenamiento jurídico colombiano, con todos aquellos tratados de derecho internacional ratificados por Colombia, que versen sobre derechos humanos y prerrogativas fundamentales.

*Las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*, celebrado en Ginebra en 1955 (Organización Naciones Unidas, 1957); establece la prohibición de discriminación, establece que las celdas deben ser ocupada por un solo recluso, garantiza salud, higiene personal, ejercicios físicos, alimentación, imposibilidad de que el encierro agrave los sufrimientos inherentes de tal situación para el reo, 500 reos por penal, pondera como fin y justificación de la pena, la protección de la sociedad del fenómeno de la criminalidad y establece la resocialización como mecanismo de tratamiento al recluso.

El instrumento internacional referido, indica el trato a implementarse en prisión, planteando el respeto de derechos fundamentales como directriz. La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, Inhumanos o Degradantes del 10 de diciembre de 1984, ratificada por Colombia en Ley 70 de 1986; consigna en el artículo 16, la prohibición de penas crueles, inhumanas y degradantes. Es decir, que desde antes de entrada en vigencia de la Constitución de 1991, el fin de la pena referente a la protección del condenado, era una misiva prevista por el Estado.

Por tanto, la consagración del artículo 12 constitucional y del artículo 4 del código penal, guarda estricta relación con las disposiciones internacionales referentes al tema. Pero, como las concepciones de función de la pena y de fin de la pena no son sinónimos, a pesar de que el artículo 4 del código penal los refiere de manera indistinta; es necesario puntualizar sus acepciones.

La función de la pena, de acuerdo a lo establecido por el código penal se orienta a la prevención general y a la prevención especial. Si bien no se especifica a qué tipo de prevención general se refiere *–positiva o negativa–*, dentro de la estructura del ESD es aceptable percibir la prevención general como positiva, en la medida en que busca generar un proceso de concienciación de la colectividad para que cumplan las expectativas puestas por el legislador en la norma, sin lacerar ni destruir bienes jurídicos ajenos y procurando de manera conjunta un respeto al ordenamiento jurídico.

“En efecto, el Derecho penal trata de influir en los hombres para que se abstengan de realizar o para que realicen determinadas acciones y de ese modo evitar la producción de determinadas consecuencias lesivas, o bien producir determinadas consecuencias positivas (...) la función del Derecho penal consiste, a mi juicio, en la protección de bienes jurídicos por medio del aseguramiento de los valores ético-sociales de conciencia, de la formación del juicio ético-social de los ciudadanos y del fortalecimiento de su conciencia de permanente fidelidad (legal) al Derecho (Gracia, 2004, pág. 11).

En lo que respecta a la prevención especial, al no especificar el artículo 4 del código penal a cual se refiere, es posible deducir que se refiere a una prevención especial positiva; toda vez que posteriormente se hace mención a la reinserción social y protección del condenado.

*“Sólo son compatibles con los derechos humanos penas que tiendan a la resocialización del condenado, esto es a su incorporación a la sociedad como un sujeto que la engrandece, con lo cual además se contribuye a la prevención general y la seguridad de la coexistencia, todo lo cual excluye la posibilidad de imponer la pena capital (Corte Constitucional, 2002)”.*

Por tanto, el ordenamiento jurídico determina como función de la pena dentro del ESD la prevención de nuevos delitos y la finalidad de la imposición de la pena será siempre, consolidar una reincorporación del delincuente a la sociedad. Un fin de la pena bastante acorde al sistema penal garantista que constitucionalmente se promete a los ciudadanos.

Acorde a lo dicho, ese fin de la pena se exhibe en La Ley 65 de 1993, en la cual se estipula el régimen bajo el cual la pena impuesta a un judicialmente condenado, debe desarrollarse. Este estatuto penitenciario, dispone como el fin de resocialización de reos será siempre a través de tratamiento intramuros que lo convierte en cuerpos dóciles a través de la disciplina. Se identifica el objetivo dispuesto por Foucault, aunado a un conjunto de garantías que le aseguran al convicto un ambiente propicio para cumplir su pena.

“Se entiende por Tratamiento Penitenciario el conjunto de mecanismos de construcción grupal e individual, tendientes a influir en la condición de las personas, mediante el aprovechamiento del tiempo de condena como oportunidades, para que puedan construir y llevar a cabo su propio proyecto de vida, de manera tal que logren competencias para integrarse a la comunidad como seres creativos, productivos, autogestionarios, una vez recuperen su libertad. Dando cumplimiento al Objetivo del Tratamiento de preparar al condenado(a) mediante su resocialización para la vida en libertad (Corte Constitucional, 2011)”.

Por tanto es la *Resocialización* el epicentro de la imposición de la pena, ya que de ella depende el futuro del condenado que espera reintegrarse en la sociedad. Siendo el ESD, el artífice de los derechos fundamentales; *extraño sería pensar que la condición de penalmente responsable, lo excluya de la protección de prebendas que el ordenamiento brinda.*

“Cuanto la pena sea más pronta y más próxima al delito cometido, tanto más justa y más provechosa será. (...) En general, el peso de la pena como consecuencia de un delito debe ser lo más eficaz para los demás y lo menos dura que sea posible para quien la sufre; pues no se puede llamar sociedad legítima aquella donde no sea principio infalible, que los hombres se han querido someter a los menores males posibles (Beccaría, 2016, pág. 51)”.

Pero el discurso de la *resocialización*, a pesar de nutrirse del aporte doctrinal en el tiempo, se desdibuja materialmente en la sociedad que hoy toca. Siendo el fin la resocialización, no se reproduce lo señalado por *Beccaría* y mucho menos por *Michel Foucault* quien también contribuye al desarrollo de la utilidad de la pena.

“La humanidad de las penas es la regla que se da a un régimen de los castigos que debe fijar sus límites al uno y al otro. El “hombre” al que se quiere hacer respetar en la pena, es la forma jurídica y moral que se da a esta doble delimitación (...) La disciplina fabrica así cuerpos sometidos y ejercitados, cuerpos “dóciles” (...) Se los encuentra actuando en los colegios, desde hora temprana más tarde en las escuelas elementales; han invadido lentamente el espacio hospitalario, y en unas décadas han reestructurado la organización militar (Foucault, 2002, pág. 127)”.

*Pero es obligatorio conceptualizar frente al impacto real que las disposiciones teóricas desprenden. Convertir a los presos en agentes útiles a la sociedad es sin duda una misiva que dentro del ordenamiento jurídico local sería una gran ventaja si se dieran los presupuestos para conseguirlo.* En la actualidad, el problema jurídico que desarrolla este contexto, deja ver como el aporte doctrinal de siglos atrás, son de recibo y nula aplicación. La Política Criminal desarrollada solo procura generar un *status quo* en donde no se asegura el fin de resocialización pregonado en la ley. Se enaltece el fin de la pena previsto en el ESD

de manera formal en todos los aspectos posibles, pero materialmente, la realidad jurídica evidencia *inviabilidad* de la resocialización, v.gr. hacinamiento carcelario.

#### **2.4. CRISIS DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO**

Escuchar por parte de la doctrina que el ESD se encuentra en crisis, es una situación que se presenta a diario. Por lo dicho, es necesario identificar cuáles son las razones bajo la cual se desarrolla la apotema de crisis del ESD. Una respuesta es brindada por Diego Zysman Quirós, quien desarrolla el argumento que el ESD con su refrescante fin resocializador de la pena, llegó de manera tardía a Latinoamérica. Esto significa, que mientras en otras latitudes, el ESD presentaba su auge a comienzos del siglo XX; sólo es hasta finales del siglo en mención, cuando los productos epistemológicos de cuño extranjero son impuestos como institutriz en países del cono sur del continente americano, para ser aplicados y encontrar sus ventajas.

“Ahora bien, a pesar del extenso dominio de la resocialización y de la pena indeterminada, ambas comenzaron a desmoronarse en el comienzo de la década del setenta. Fue lo que se llamó, a partir de una caracterización muy influyente, “la crisis del ideal (o del paradigma) resocializador”. En esta crisis confluyeron un variado número de expresiones; la crisis de la criminología ortodoxa (...) Hay que tener en cuenta que esta crisis, por razones obvias, se reflejó en los estudios criminológicos, penológicos y jurídico penales de muchos otros lugares, así como también en la agenda de distintos encuentros especializados y organismos internacionales (Zysman Quiros, 2012, pág. 379)”.

Por tanto, el ordenamiento jurídico Colombiano que para los comienzos del año 1991, celebró de manera entusiasta la estructuración de la nueva Constitución que traía consigo un cambio sustancial en lo que respecta a derechos fundamentales, mecanismos de participación ciudadanía, instituciones de control; ingenuamente desconocía que tal modelo de Estado en otras partes del globo –*en lo que ha derecho penal refiere*–, ya era considerado como obsoleto por el inadecuado desarrollo de fines utópicos propuestos. Lo que para el momento era el desarrollo normal de un nuevo modelo de Estado; con el paso del tiempo se percibe como un salto al vacío.

La antinomia es fácilmente detectable. Colombia, configura un conjunto de disposiciones constitucionales que promete demasiados derechos y libertades individuales, pero encuentra como asidero material, la imposibilidad física y económica de cumplir lo prometido.

Frente a la resocialización;

“Las reflexiones sobre aquella también llegaron a países europeos y americanos como los nuestros, en donde el llamado “paradigma” resocializador nunca se había instalado del modo en que sí lo hizo en los EE. UU; de hecho, recién se encontraba tomando protagonismo normativo a partir de su incorporación en textos constitucionales y tratados internacionales. Las constantes referencias de la literatura europea, así lo señalan (Zysman Quiros, 2012, pág. 379)”.

Con lo anterior, es necesario desglosar poco a poco los razonamientos bajo los cuales la doctrina advierte la crisis del Estado Social de Derecho.

## **2.4.1. CAUSAS DE LA CRISIS**

### **2.4.1.1. PENAS INDETERMINADAS INJUSTAS**

El periodo de posguerras, prometía una época económica de opulencia, teniendo presente una constante de pleno empleo para mano de obra no profesional. La industria y la economía, experimentaron un crecimiento significativo, generalizando una percepción de grandeza económica social y estatal.

El sentimiento de solidaridad social, común denominador mediante el cual los ciudadanos procuran ayuda incondicional a víctimas con necesidades *-pobres, enfermos, viudas, huérfanos, migrantes-*, se impone como parámetro de comportamiento. La inclusión era el predicado bajo el cual, la política estatal se desarrollaba, aconsejado por un equipo de expertos que parecían conocer el punto al cual el Estado quería llegar con su asistencialismo, v.gr. Keynes. La defensa del sistema penal, se construía bajo el argumento del tratamiento penitenciario, procurando generar en los presos un sentimiento de estabilidad doméstica y una conexión con el mundo laboral activo.

Por lo anterior, un sistema rodeado de una estela de favorabilidad estatal y social, esperaba como resultado apoyo incondicional al tratamiento penitenciario que como única finalidad propendía por la reincorporación social de los reclusos, aparentemente *determinados* por causas económicas y sociales. Pero con el paso del tiempo y con el advenimiento de la década del 70, el inconformismo frente al sistema penal emerge y las expectativas no se cumplen.

La principal crítica surge desde focos tradicionalistas, fundada en la violación de derechos fundamentales de los presos; al denotar que el tratamiento penitenciario dentro de las cárceles era un mecanismo de *normalización* la mayor parte de las veces no pedido por el recluso voluntariamente; sino que por el contrario era impuesto contra su voluntad.

“Mientras en un tiempo el principio rector había sido *nullum poena sine crimen* (no hay castigo sin delito), en el mundo del welfarismo penal, en cambio, se instaló no *hay tratamiento sin diagnóstico y no hay sanción penal sin asesoramiento de los expertos (...)*Sus prácticas de normalización y sus poderes en la aplicación de la ley también tendían a escapar al control externo, pese a sus implicaciones en la privacidad y la libertad de los individuos con los que trataban (Garland, 2001, pág. 84)”.

Ahora bien, comprendiendo que el fin de la pena en el ESD, pregona la necesidad de establecer un tratamiento a cada recluso, con frecuencia éstos se practicaron de manera continua sin tener un aparente fin a expensas del sufrimiento del recluso. Se configura un sistema de pena indeterminada en donde la libertad de los presos, depende del concepto de un equipo de profesionales que usualmente postergan tal decisión hasta comprobar científicamente que los tratamientos funcionan. Se materializa una indudable *instrumentalización del ser humano* en beneficio de la ciencia.

“El primero de estos axiomas consideraba como algo evidente que la reforma social, junto con la afluencia económica, eventualmente reduciría la frecuencia del delito. La prosperidad generalizada, en y por sí misma, era visualizada como un medio natural de prevención del delito. El segundo axioma, también producto de ese momento histórico específico, era que el Estado es responsable de la asistencia a los delincuentes tanto como de su castigo y control (Garland, 2001, pág. 88)”.

La crítica al sistema penal, acrecienta su poder en el momento en el que pone en evidencia como la imposición del *tratamiento penitenciario* se desarrolla enfocándose en la personalidad del agente infractor, más que en el hecho delictivo como tal. Se estructura un evidente derecho penal de autor, vulnerando derechos del sentenciado; “Se criticaba la penología progresista por su fe ingenua en que el castigo puede dar resultados útiles y su deseo de imponer tratamientos en un marco punitivo, con o sin el consentimiento de los condenados. (Garland, 2001, pág. 111)”.

Por lo tanto, estudios académicos desarrollados con el fin de corroborar las situaciones carcelarias v.gr. *Doing Justice: The choice of Punishment—Andrew Von Hirsh*- evidencian las inconsistencias del sistema correccionalista y exigen un castigo proporcional al delito cometido. James Q. Wilson, académico reconocido para el mundo anglosajón, predica la ineficacia del sistema correccionalista y procura adoptar una pena de corte retributivo que disuada al delincuente en potencia de delinquir y al delincuente en acto, de reincidir. La

postura de Wilson, es netamente neoconservadora, configurando una necesidad de economizar rubros y esfuerzos en cabeza del Estado.

“Hasta mediados de la década de 1970 las propuestas de reforma más frecuentes buscaban el mejoramiento de los servicios de rehabilitación, la reducción de los controles opresivos y el reconocimiento de los derechos de los sospechosos y los presos. Se demandaba la reducción de la criminalización, la minimización del uso del encierro, la humanización de la prisión (Garland, 2001, pág. 168)”.

En suma, la instrumentalización del reo en virtud de tratamientos penitenciarios extensos en contra de su voluntad, es el argumento punzante que encuentra fisuras en el ESD.

#### **2.4.1.2. HUECO FISCAL**

Coetáneamente, el ESD ve su caída, gracias a la falta de capital para desarrollar los proyectos que se había propuesto desde su génesis. Con el transcurso de los años, algunos Estados optaron por buscar apoyo internacional –*deuda externa*–, para generar superávit económico que les permitiera demarcar mayor desarrollo.

Las economías de los pequeños estados subdesarrollados sujetos a factores desfavorables como la corrupción, conflictos y eventuales episodios de guerras civiles, han imposibilitado asegurar disposiciones presupuestales extensas que permitan llevar a cabo el cumplimiento de fines estatales previstos originalmente.

Así las cosas, procurar como finalidad estatal el establecimiento de la *reinserción social* como política criminal, es una particularidad que exige un amplio capital para materializarse. La cárcel, el escenario dentro del cual se erige el espacio necesario para conquistar la resocialización, requiere extensa política pública que represente resultados exigidos por la sociedad.

Pero tal labor de rescate obedece simplemente a que “*el delito aún era visualizado como el resultado de la pobreza y la privación y su cura seguía radicando en la expansión de la prosperidad y la provisión de bienestar social* (Garland, 2001, pág. 95)”. De ahí que, el sistema organizará sus instituciones, bajo el postulado de que la ausencia de política pública y el bajo nivel de oportunidades, arroja a los ciudadanos más vulnerables a la comisión de delitos para satisfacer necesidades. Por tanto, el delincuente se describe como un agente determinado al delito siempre que el Estado olvide brindar oportunidades sociales a plenitud. Las privaciones sociales que determinaron la senda del delito, deben ser suplidas ahora a través de tratamiento

penitenciario en un escenario como la prisión. La política pública que no se prestó en los momentos en los cuales era posible prevenir el delito, ahora debe ser implementada de manera posterior, pero en circunstancias en las cuales la libertad del infractor debe ser vulnerable.

El ESD debe solventar y sostener todo un aparato judicial rehabilitacionista, pero con muy poco presupuesto para desarrollarlo. Las condiciones para acumular capital, son poco frecuentes y la sociedad exige cada vez más beneplácito v.gr. salud, salarios, derecho a la propiedad, etc. El Estado, reducido económicamente para brindar a los individuos lo que les fue prometido en la Constitución y sin otra opción para generar ingresos, recurre a la imposición de mayores impuestos para solventar los egresos.

“Hemos denominado crisis fiscal del Estado a esta tendencia del gasto gubernativo a aumentar más rápidamente que los ingresos. No es que haya una ley inflexible por la que el gasto tenga que crecer siempre con mayor rapidez que los ingresos, pero es un hecho que las necesidades crecientes a las que sólo el estado puede hacer frente producen mayores demandas sobre el presupuesto estatal (...) ni el volumen ni la composición del gasto del Gobierno ni la distribución de las cargas fiscales están determinados por las leyes del mercado, sino que reflejan los conflictos sociales y económicos entre grupos y clases y están estructuralmente determinados por ellos (Rivera Beiras, 2005, pág. 220.)”.

Entre más prebendas el Estado promete a sus ciudadanos, se generarán mayores demandas sociales. Un modelo de política neoconservadora en donde los contribuyentes identifican ese despropósito, hacen sentir su malestar al tener que solventar una política fiscal que beneficia más a los convictos que a ciudadanos de bien.

“Las políticas neoconservadoras (...) pusieron en práctica medidas de reducción o de contención del gasto público (...) Con estas medidas el capital materializó su ruptura con el compromiso sociopolítico del estado social (...) Para el capital, las políticas de pleno empleo, seguridad y bienestar social habían actuado como caldo de cultivo para el surgimiento de movimientos sociales con nuevas demandas (Rivera Beiras, 2005, pág. 225)”.

La nueva política conservadora, considera totalmente perjudicial para el Estado predicar proyectos sociales tan ambiciosos como la *resocialización* de delincuentes conminados a prisión, ya que dicho proceso puede degenerar en un desfalco para las arcas del erario público y concomitantemente para los contribuyentes. Pero como en los Estados del cono sur del continente americano, el ideal rehabilitador de la pena, se impuso cuando ya todo el sistema

era obsoleto en otras regiones; son inevitables los altos costos económicos en la manutención del delincuente y la voz de protesta como respuesta directa de la ciudadanía.

Atendiendo a la ausencia de políticas públicas que generen mayor bienestar social a las clases sociales vulnerables, el fin de la pena se convierte en el mecanismo mediante el cual se brinda tratamiento y orientación al reo dentro de prisión, buscando enseñarle la mejor manera de adaptarse a la sociedad. Con esto, la sanción penal constitutiva de pena privativa de la libertad en centro carcelario, se convierte indefectiblemente en un tratamiento o mecanismo ortopédico social, mediante el cual el Estado busca recuperar lo bueno del sustrato social depositado en prisión.

El fin rehabilitador del delincuente, exige la conformación de un equipo de trabajo bastante amplio y bastante costoso. Le asiste la razón a la crítica acuñada en las teorías neoconservadoras en lo que respecta al despilfarro del erario público en el sistema penitenciario. Asegurar a los presos beneficios y prerrogativas que el Estado ha consignado dentro de la Constitución y las normas, es una labor que lleva inmersa una colosal inversión frente a la cual los contribuyentes pueden verse perjudicados en los escenarios en los cuales delincuentes incorregibles ajenos al tratamiento penal, optan por reincidir regularmente en la comisión de delitos.

“En América Latina, a pesar de existir Estados fuertemente intervencionistas en la esfera económica y social, nunca se hizo realidad el Estado de bienestar con sus amplias redes de protección social. Salvo contadas excepciones, el reconocimiento de los derechos sociales y colectivos en esta región es relativamente reciente y ciertamente precario. Por lo tanto es apenas comprensible que no se haya desarrollado un modelo penal del Estado de bienestar como aquellos de Estados Unidos o Europa (Iturralde, 2007, pág. 112)”.

El derecho penal, se convierte en una rama estructurada por variedad de profesionales orientados por la premisa frente a la cual *el castigo es menos útil que el tratamiento; los delincuentes deben ser primero entendidos y luego juzgados*. Es identificable la postura estatal bajo la cual la política pública aceptable a desarrollar es el tratamiento de los delincuentes más no la prevención del delito fuera de las prisiones, sin contemplar experimentalmente la fórmula económica de costo-beneficio de cada una de las propuestas.

“la gran masa del público no obtenía ningún beneficio inmediato de las instituciones del complejo penal-welfare (...) el público podía sentirse insatisfecho con un sistema que era demasiado permisivo o ineficaz. En su mayor parte, las clases medias y las clases trabajadoras no tenían

ningún interés propio en apoyar el sistema (...) Lo que había sido tolerable en un período de crecimiento progresivo y optimismo liberal, con bajas tasas de criminalidad y confianza en la reforma penal, era susceptible, en un clima diferente, de que se lo considerara un desprecio indulgente y contraproducente de fondos públicos (Garland, 2001, pág. 129)”.

Las prisiones se presentan como escenarios decaídos en infraestructura, agobiadas por hacinamiento, imposibilitando el proyecto resocializador. La gran necesidad de presupuesto se encuentra en medio de un ambiente tenso de crítica y cuestionamiento frente a la efectividad de dicha inversión.

#### **2.4.1.3. PERCEPCIÓN SOCIAL DESFAVORABLE**

El problema del fin resocializador de la pena, presenta baches en el momento en el cual ex presidiarios, activistas de derechos humanos, guardias penitenciarios y académicos, evidencian como los tratamientos son aplicados con mayor rigor a las minorías presentes en prisión, v.gr. afroamericanos, comunidades pobres y población inmigrante. Se descubre a la opinión pública un sistema que se impone de manera discriminada, considerando la desviación únicamente como una particularidad de personas no pertenecientes a la mayoría social imperante. Esta circunstancia despierta preocupación y genera desconfianza social frente a las instituciones públicas.

Las vicisitudes del sistema, en ésta ocasión empiezan a desbordar sus instituciones para llegar a copar las preocupaciones de medios de comunicación, ciudadanía, academia. Comprendiendo que uno de los principales ingresos que el Estado recibe proviene de los contribuyentes, la crítica afila su inconformismo aseverando que el interés colectivo de la sociedad justa es mucho máspreciado que el de los reos, pues estos últimos no merecen tanta prebenda al ser agentes desequilibrantes del sistema. El inconformismo aumenta, viéndose representado en *la perdida de la confianza en las instituciones*. La sociedad configura convencionalmente un nuevo bien jurídico que se proponen defender de las maneras posibles, catalogándolo como *seguridad pública*.

“Pero también era consecuencia de una percepción oficial del sistema de justicia penal que, por primera vez, no era contemplado fundamentalmente como la encarnación de la justicia o la solución al problema del delito, sino como un problema en y por sí mismo. Desde este momento en adelante, es posible observar una percepción consolidada de que el proceso de la justicia penal está caracterizado por la arbitrariedad y la injusticia, que posee una tendencia a generar costos

incontrolados y resultados inesperados y a crear riesgos y peligros para el público al cual debería proteger (Garland, 2001, pág. 197)”.

Si bien, la crítica siempre había existido, al momento de defender el sistema, se conformaba un único bloque de opinión que salía en defensa del mismo, integrado por el Estado, profesionales a cargo, operadores judiciales, prensa y demás intervinientes. La política criminal de resocialización era la única aceptada, una corriente de una sola vía, auspiciada por sentimientos de solidaridad social y conformismo estatal. Pero en el momento en que la sociedad abandona de tajo su sentimiento de solidaridad y procura orientar su pensamiento hacia la salvaguarda de sus propios intereses, cae en detrimento el apoyo a los reclusos.

“La consecuencia nefasta al sistema se encontró, en la popularización de las nuevas ideas neoconservadoras expresadas por Wilson, que encontraron eco en muchos simpatizantes que consideraban exagerado el apoyo institucional y económico que se le daba al sistema, en perjuicio de la sociedad respetuosa de la ley. De manera contagiosa la confianza en el Estado va decayendo, hasta el punto de que los propios operarios y defensores del sistema cuestionan el funcionamiento del sistema. (Garland, 2001, pág. 119)”.

Por tanto, bajo los argumentos originados en la política de tenor conservadora y las críticas acuñadas desde las entrañas del propio sistema, se produce como resultado un repudio al mismo, al evidenciar el enorme sacrificio social que se realiza por generar beneficios a convictos. Se postula un análisis económico de costo-beneficio frente al esfuerzo que se realiza para controlar el delito, encontrando que los resultados son inconducentes debido a la reincidencia.

“En efecto, el sistema de justicia penal afronta una situación crítica pues se muestra incapaz de controlar el fenómeno de la criminalidad, lo que mina seriamente su legitimidad al derrumbarse lo que Garland llama “el mito del Estado Soberano”, esto es, su capacidad de mantener el orden y de controlar el crimen (Iturralde, 2007, pág. 72)”.

Queda entonces demostrado, como las pequeñas críticas realizadas por partícipes del sistema penal que buscaban un cambio necesario para restablecer y regenerar el correccionalismo, termina degenerando en un estallido de emociones institucionales, políticas, económicas y sociales que inconcebiblemente exigirían como resultado el cambio total de directrices. Las buenas intenciones que estructuraban la crítica, terminan dando pie a posturas radicales que desencadenan euforia popular en busca de cambios significativos. La percepción social encuentra un viraje totalmente determinante que muy por el contrario al bienestar efectivo de

los presos, desemboca en un desconocimiento peor de las libertades individuales y de la naturaleza misma del ser humano. El apoyo económico se reduce, la deserción de los recursos humanos distintivos del complejo penal se hace presente, el sistema judicial procura ahora defender la seguridad de la sociedad y se busca mayor efectividad al momento de la imposición de sanciones penales.

“el aumento del delito, el deterioro de las relaciones raciales, el debilitamiento de la familia, las crecientes listas de beneficiarios del welfare y el declive de los valores tradicionales –junto a preocupaciones en torno a los impuestos elevados, la inflación y la caída del crecimiento económico- crearon una creciente ansiedad con respecto a los efectos de los cambios que los políticos conservadores comenzaron a aprovechar y expresar (Garland, 2001, pág. 169)”.

El desvalor de la actuación estatal ya es considerado por la opinión pública como una constante y ese sentimiento público es la fuerza que políticos en potencia aprovechan como posibilidades de ascenso. Se configura un *individualismo* en el cual, cada persona busca su propio bienestar. Se desarticula totalmente el principio de solidaridad forjado en época de posguerras.

#### **2.4.1.4. SOBREPOBLACIÓN CARCELARIA**

El impacto tan devastador que las 3 primeras causas de la crisis han generado, traen como consecuencia la percepción de que *la prisión no funciona*. La estrategia desarrollada en el siglo XX, fue imponer la pena de prisión como medida curativa al padecimiento de la desviación. Por lo tanto, al ser la pena privativa de la libertad la única sanción impuesta a los sentenciados, se cristalizó una masiva presencia de reclusos en prisión.

“el hacinamiento de personas privadas de libertad puede llegar a constituir en sí mismo una forma de trato cruel, inhumano o degradante, violatoria del derecho a la integridad personal y de otros derechos humanos. Por eso, cuando el colapso de un sistema penitenciario o de un centro penitenciario determinado conlleva a la imposibilidad material de ofrecer condiciones dignas a los internos, no le es dable al Estado seguir ingresando personas a esos espacios, porque al hacerlos las somete deliberadamente en una situación que vulnera sus derechos fundamentales (Comisión Interamericana de Derecho Humanos, 2013, pág. 109)”.

Penas alternas a la prisión, en ningún momento fueron aplicadas como opción de *resocialización*, porque el tratamiento penitenciario es la cura. Teniendo la prisión como única sanción penal, reproduce un escenario de excesiva presencia de reos en las prisiones.

Si la cárcel se configura como el único espacio en el cual depositar el material humano judicializado, es cuestión de tiempo el hacinamiento como fenómeno incontrolable, cuando existe de por medio política presidiaria que impide la salida de presos por no cumplir objetivos curativos del tratamiento penitenciario.

Sin embargo, el advenimiento de la apertura de mercados y consolidación del neoliberalismo, trae como consecuencia el cambio de paradigma frente al funcionamiento de los mercados. La globalización, exige la expansión de la economía, la reducción de costos en la producción, el uso de tecnología y la profesionalización de sus recursos. Frente a ello, las empresas que por más de 20 años habían configurado la época dorada del pleno empleo, empiezan a cerrar sus puertas, imposibilitados en competir con las nuevas tecnologías que consolidan mayores resultados económicos; gracias a la implementación de procesos de negociación tecnológica inmediata.

Con esto, el desempleo incrementa su presencia dentro de la sociedad, teniendo dentro de sus filas a minorías, migrantes, mano de obra barata no profesional, jóvenes sin experiencia. Las nuevas condiciones que el mercado exige, presenta como escenario una oferta limitada de empleo y una exagerada demanda del mismo. El desempleo aunado a las limitadas fuentes de suplir necesidades, desencadena entre las clases más bajas la ponderación del delito como fuente de beneficio y satisfacción, empeorando la situación que hasta el momento se desarrollaba socialmente con la crisis de la rehabilitación de presos, dentro del ESD.

El mercado, determina parámetros de desigualdad inimaginables en donde el Estado pierde protagonismo paulatinamente y deja de interceder optando por la regulación autónoma del mismo. Las sociedades comerciales y transnacionales, determinan objetivos económicos a consolidar, frente a los cuales los pequeños Estados deben acoplarse, generando un competitivo escenario entre todos aquellos que quieren hacerse partícipes del flujo de capital. Las élites económicas y políticas buscan cada vez más la reducción de gastos, la magnificación de capital y la expansión de mercados, generando nuevas circunstancias laborales adversas a los trabajadores.

“La “flexibilidad” es el eslogan de la época, que cuando es aplicado al mercado de trabajo presagia el fin del “empleo tal y como lo conocemos”, y anuncia en cambio el advenimiento del trabajo regido por contratos breves, renovables o directamente sin contratos, cargos que no ofrecen ninguna seguridad por sí mismos, sino que se rigen por la cláusula de “hasta nuevo aviso”. La vida laboral está plagada de incertidumbre (Bauman Z. , 2013, pág. 157)”.

Las expectativas sociales de progreso, acumulación de capital, materialización de prerrogativas consagradas, desarrollo familiar, se ve totalmente restringido con la nueva política económica neoliberal. La familia como núcleo se ve distorsionada, la mujer empieza a hacer parte del mercado laboral, en pro de la consecución de mayor capital para el sostenimiento familiar. Los jóvenes pierden la supervisión de una autoridad responsable, las drogas empiezan a ser un factor determinante de poder dentro del casco urbano, las instituciones de educación presentan bajos niveles de asistencia, la inadecuada orientación juvenil desencadena casos de madres solteras y de neonatos abandonados, las minorías excluidas de las leyes del mercado laboral configuran guetos como mecanismos de subsistencia bajo el uso del delito como fuente de ingresos. Por último, la situación se agudiza con las nuevas posturas políticas neoconservadoras en donde se incentiva el recorte presupuestal para todo tipo de subsidio dirigido a las clases desposeídas, bajo el entendido de que es en éstas clases sociales en donde se presenta mayor número de delincuentes judicializados.

La situación social posterior a la década de los 70, rompe parámetros vistos y el delito se configura como factor normal de la sociedad y como consecuencia, las prisiones empiezan a presentar alza abrumadora en la cantidad de internos que manejan.

“En los Estados Unidos, en 1975 la población reclusa había descendido a 380.000 personas, pero diez años más tarde el número de presos había llegado a 740.000, para superar el millón y medio en 1995 y rozar los dos millones a fines de 1998, con un crecimiento anual promedio de casi el ocho por ciento durante la década de los 90 (Anitua, 2013, pág. 91)”.

Queda determinada una sobrepoblación carcelaria desencadenada como consecuencia directa del quebrantamiento de las relaciones económicas de la sociedad, auspiciadas por un Estado inerte que libra al azar la economía y el bienestar de los asociados. El sistema económico neoliberal, interviene directamente en la política criminal, generando una sobrepoblación carcelaria configurada por los sectores de la población más vulnerables.

#### **2.4.1.5. REINCIDENCIA**

El sistema penitenciario, estructurado bajo el modelo del ESD, con el paso del tiempo evidenció una contradicción inexplicable dentro del sistema. Si un reo lograba superar el tratamiento penitenciario con los resultados esperados por el grupo científico profesional a

cargo y se erigía como un ser totalmente resocializado, convirtiéndose en un sujeto dócil y útil para la sociedad ¿Por qué decaía nuevamente en el delito?

“El tratamiento de los delincuentes efectuado por la sociedad es para la protección de aquella. Pero puesto que el tratamiento está dirigido al delincuente más que al delito, su objetivo debe ser la regeneración moral. De aquí que el objetivo supremo de la disciplina de la prisión sea la reforma de los delincuentes, no la inflicción de castigo vindicativo (Zysman Quiros, 2012, pág. 204)”.

Si bien, no existía oposición sobre las políticas rehabilitacionistas, lo cierto es que los incidentes de reincidencia empezaron a ser preocupantes. Gremios como el académico, el periodístico, el político, el doctrinal, el económico, aún se encontraban embelesados por los ideales de solidaridad y apoyo generados luego del fin de la segunda guerra mundial; pero no iban a callar por mucho tiempo. Por la complejidad de la situación económica, política y penal, las controversias se evidenciaron y la opinión pública no se hizo esperar en el momento en el cual un mismo delincuente era objeto de múltiples tratamientos penitenciarios de resocialización. *Si el delincuente reincide, se evidencia la ineficacia del tratamiento en mención.*

El tratamiento penal que curaría el fenómeno de desviación de los delincuentes, no estaba funcionando. Aquellos que lograban salir de las prisiones tras soportar exigentes tratamientos impuestos dentro de prisión, la mayor parte de las veces recaían en el delito. Se expande el ideal de salvaguardar la sociedad y procurar combatir conjuntamente el delito, por lo que, las posibilidades de apoyar laboralmente a un ex reo es una opción vetada dentro del mundo social empresarial.

“se pueden distinguir tres formas estándar para considerar la reincidencia, a saber, (i) reincidencia delictiva: entendida como la comisión, en cualquiera de sus modalidades, de un acto típico, antijurídico y culpable luego de haber pagado una pena privativa de la libertad; (ii) reincidencia delictiva especializada: definida a partir de la comisión de un nuevo delito en contra del mismo bien jurídico tutelado, por el cual ya había sido condenado anteriormente, y (iii), reincidencia carcelaria: reingreso de un ex reo a un centro de reclusión (Caicedo Trujillo, 2014, pág. 3)”.

Cerradas las puertas de un mercado laboral competitivo y bajo el estigma del encarcelamiento, el ex reo en última instancia encuentra como única fuente de beneficios la comisión de nuevos delitos, en pro de solventar necesidades básicas. *Las oportunidades que el sistema penal le promete al titular de la rehabilitación, la sociedad se las niega una vez se reincorpora a ésta.* La prisión se convierte en una nueva familia para todos aquellos

delincuentes que atravesaron los suplicios de la misma, por lo que el ex presidiario, empieza a extrañar el encierro, gracias a la cristalización del rechazo al resocializado en el seno de la sociedad. Muestra de ello en el contexto local colombiano, se evidencia en el Informe Estadístico enero 2017 realizado por el INPEC. En este documento, se establece de manera pormenorizada como el fenómeno de la reincidencia ha ascendido colosalmente en los últimos años, de igual manera como lo ha hecho la población reclusa en las diversas dependencias regionales del país.

“La población reincidente se repartió de la siguiente manera: en intramuros el 78,6% (14.860), en domiciliaria el 18,9% (3.570) y con control y vigilancia electrónica 2,6% (487), para un total de 18.917 personas... El total de reincidencia corresponde a 10,7% (18.917) de la población a cargo del Inpec (176.024). En caso de solo tenerse en cuenta la población condenada (112.196), la proporción de reincidentes sería de 16,9% (Instituto Nacional, Carcelario y Penitenciario, 2017, pág. 55)”.

El desconocimiento final de la promesa hecha por el ordenamiento jurídico al condenado de reintegrarse efectivamente a la comunidad, es un hecho (El Tiempo, 2017).

## **2.5. SITUACIÓN ACTUAL DEL FIN DE REINSERCIÓN SOCIAL**

Actualmente, el fin resocializador es una tarea que a la sociedad no le interesa y que el Estado ha dejado de cumplir cabalmente. La sociedad y el Estado, teniendo presente una continua situación de hacinamiento desde décadas antes a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 (Arenas Garcia & Cerezo Dominguez, 2016, pág. 177) nunca ha dispuesto proscribir del ordenamiento penas y/o tratos degradantes; y mucho menos materializar la reinserción social y la protección del condenado como el código penal orienta. Todos los ideales previstos frente a la protección del condenado, acatamiento de instrumentos internacionales frente al tema, es una tarea improcedente en medio de un Estado inacabado, aún en proceso de desarrollo, que por eficacia del propio sistema prefiere dejar de cumplir los principios del Estado Social de Derecho, para generar un golpe de opinión contundente.

“El término resocialización se ha convertido en una palabra de moda que todo el mundo emplea, sin que nadie sepa muy bien qué es lo que se quiere decir con el (...) Hablar de resocialización del delincuente solo tiene sentido cuando la sociedad en la que se quiere reintegrarlo es una sociedad con un orden social y jurídico justos. Cuando no es este el caso ¿qué sentido tiene hablar de

resocialización?, ¿no habría que empezar por resocializar a la sociedad? (Muñoz Conde, 2012, págs. 88-89.)”.

El fin de la resocialización, no refleja resultados. Lo dispuesto en el artículo 12 de la Constitución y en el artículo 4 del código penal, son predicamentos que se quedan en el papel y no encuentran recibo en la práctica judicial penal. Muestra de lo dicho se evidencia en las estadísticas dadas por el INPEC en lo que refiere a la porcentualidad de reincidencia y al fenómeno del hacinamiento; mediante los cuales se comprueba que *el sistema correccionalista que el ESD predica está fallando en su misiva*.

“El permanente crecimiento de la población reclusa intramural supera considerablemente la capacidad de los ERON que en términos generales aumenta de forma esporádica. Teniendo en cuenta lo anterior, los ERON presentaron una sobrepoblación de 40.507 internos(as), que se traduce en un índice de hacinamiento de 51,7%; 0,5 puntos porcentuales más que el mes anterior (51,2%). Observando el comportamiento del hacinamiento desde el año 2011, es posible evidenciar en términos generales una tendencia al incremento, siendo la tasa de diciembre de 2011 la más baja del periodo con 32,8%. (Instituto Nacional, Carcelario y Penitenciario, 2017, pág. 28)”.

La realidad de la institucionalidad carcelaria, deja ver como los objetivos pretendidos no se han cumplido. El fenómeno del hacinamiento ya observado como una causal de crisis del ESD, es un factor determinante de vulneración de la Dignidad Humana que demarca la senda del mal gobierno.

“Es, desde luego, muy difícil educar para la libertad en condiciones de no libertad. Y ello por varias razones. En primer lugar, por las condiciones de vida existentes en una prisión. En segundo lugar, por los peligros que para los derechos fundamentales tiene la imposición, más o menos encubierta, de un tratamiento. Y en tercer lugar, por la falta de los medios e instalaciones adecuadas y del personal capacitado para llevar a cabo un tratamiento mínimamente eficaz (Muñoz Conde, 2012, pág. 94)”.

En últimas, el horizonte para los condenados es totalmente sombrío. Los establecimientos de reclusión se encuentran en condiciones que violan la dignidad humana. Los servicios básicos de salud y alimentación no son los mejores, y los programas de resocialización no son exitosos.

“El 53,7% (94.601) de la población reclusa a cargo del Inpec (176.024) participaba en las tres grandes modalidades de ocupación, así: - El 49,8% (47.085) realizaba trabajos en las áreas industrial, artesanal, agropecuaria y de servicios administrativos (al interior de los establecimientos de reclusión), teniendo en cuenta las exclusiones establecidas en la Ley. El 48,4%

(45.744) asistía a los programas educativos, construyendo la base fundamental para su resocialización. El 1,9% (1.772) de los(as) internos(as) se desempeñaba como instructor dentro del establecimiento (Instituto Nacional, Carcelario y Penitenciario, 2017, pág. 49)”.

Si el fin de la pena es la resocialización, el Estado no cumple tal postulado con el porcentaje de reos que no quieren someterse voluntariamente a los programas de trabajo y estudio, impidiendo el cometido de reincorporarlos a la sociedad como elementos útiles.

“La cárcel cambia abiertamente al delincuente, pero generalmente lo hace para empeorarlo. No le enseña valores positivos, sino negativos para la vida libre en sociedad. Le hace perder facultades vitales y sociales mínimas exigibles para llevar una vida en libertad, y le da, en cambio, una actitud negativa frente a la sociedad (Muñoz Conde, 2012, pág. 96)”.

*Si los tratamientos penitenciarios procuraran la resocialización voluntaria de los presos, deberían estar contenidos en las normas sin promesa alguna de reducción de penas, simplemente como mecanismos de mejoramiento personal; una posibilidad de recreación, crecimiento espiritual o epistemológico que el reo decide adoptar para sobrellevar su condena de manera autónoma y que evidencie en verdad su deseo de reinserción social.*

“Desde el punto de vista de los derechos fundamentales, está claro que el tratamiento es un derecho del penado, pero nunca una obligación. El “derecho a no ser tratado” es parte integrante del “derecho a ser diferente” que toda sociedad pluralista y democrática debe reconocer. El tratamiento obligatorio supone, por tanto, una lesión de derechos fundamentales generalmente reconocidos (Muñoz Conde, 2012, pág. 100.)”.

Por tanto, el ESD a lo sumo procura un desarrollo parcial de reinserción social y protección del condenado, dando cabida a nuevas finalidades del sistema penal, como la *Tolerancia Cero*.

## **2.6. NUEVO PARADIGMA DEL FIN DE LA PENA**

El nuevo paradigma de justicia penal que se impuso desde comienzos del siglo XXI, se encuadra en una reacción totalmente reaccionaria frente al delito y un ideal de *inocuidad* del delincuente. Se procura un menoscabo de garantías personales constitucionales de éstos y se marca una lucha frontal contra el delito. La ciudadanía concibe el imaginario de nula seguridad, junto a pocas herramientas legales para defenderse; por lo que se abre la puerta a la venganza privada frente a victimarios y el desarrollo de la justicia por mano propia.

“Aunque la idea de la resocialización sigue presente en las legislaciones penales latinoamericanas, ésta ha perdido fuerza frente a la tendencia conservadora de castigar de manera severa para imponer el orden y garantizar el funcionamiento eficiente de un mercado libre. (Iturralde, 2007, pág. 113)”.

El delito de hurto, violencia intrafamiliar, delitos sexuales, estafa y daño en bien ajeno según datos reportados (Fiscalía General, 2017, pág. 4); son las conductas que con más frecuencia se registran dentro del desarrollo normal de la administración de justicia y frente a los cuales la ciudadanía espera condenas fuertes.

“Respetar los derechos del individuo, incluso del individuo delincuente, garantizando, al mismo tiempo, los derechos de una sociedad que vive con miedo, a veces, real, a veces supuesto, a la criminalidad, constituye una especie de cuadratura del círculo que nadie sabe cómo resolver. La sociedad tiene derecho a proteger sus intereses más importantes, recurriendo a la pena si ello es necesario; el delincuente tiene derecho a ser tratado como persona y a no quedar definitivamente apartado de la sociedad, sin esperanza de poder reintegrarse a la misma (Muñoz Conde, 2012, pág. 121)”.

Ahora se desata una lucha férrea entre la sociedad y el delincuente, en donde las ventajas se encuentran dispuestas en favor de la comunidad. Las opciones que se proyectan para obtener una solución efectiva frente al delito, se encauzan al endurecimiento de las circunstancias en las cuales los delincuentes operan y con ello el endurecimiento de las penas.

“los derechos sociales tradicionales constituyen perniciosos ejemplos de derechos sin deberes y, por lo tanto, fuente de irresponsabilidad y dependencia de las personas. De lo que se trataría, en consecuencia, es de introducir un nuevo pragmatismo caracterizado por el control milimétrico de los menguantes subsidios sociales y por la obligatoriedad en la búsqueda y aceptación de empleo, independientemente de su calidad y estabilidad. (Pisarello, 2001, pág. 89)”.

Se traza una batalla institucional y política con el delincuente, configurándose una copia exacta de la tendencia anglosajona, en donde los medios de comunicación proceden a publicar los 300 delincuentes reincidentes más buscados por parte de la Fiscalía General de la Nación (Fiscalía G. Nación, 2018), en salvaguarda del sentimiento de seguridad de la ciudadanía.

Es el delincuente, el objetivo militar a confrontar por parte de una política criminal que procura extinguir cualquier tipo de beneficio que pueda darle el sistema jurídico en su proceso de judicialización.

“El problema, pues, ha de plantearse en términos de si en una sociedad democrática y en un Estado de Derecho se puede legitimar la existencia de un “Derecho de lucha contra los enemigos” como “complemento” del Derecho penal y, por ello, como una excepción a éste que no tendrá el carácter de “Derecho” porque el contenido de sus regulaciones será únicamente el ejercicio de la coacción y de la fuerza (G. Martin, 2005, pág. 31)”.

El nuevo paradigma desarrollado, coloca como estructura cuatro aspectos. En primer lugar, la declaratoria de guerra que la sociedad ha hecho al delito con el objetivo de enfrentarlo de manera radical. Segundo, la política criminal se configura bajo un creciente populismo punitivo. Tercero. La política criminal ahora posee como premisa la desarticulación del delincuente a través de la imposición de altas penas privativas de la libertad. Cuarto, el anquilosamiento de los derechos fundamentales del delincuente; toda vez que al decaer el fin resocializador de la pena, las prisiones solo se desempeñan como centros de almacenamiento de desviados que ninguna prebenda merecen. La lucha contra el delito es tangible y el gran costo que se paga es el sacrificio de garantías consagradas constitucional y legalmente para el indiciado. El discurso garantista se extingue y los reclusos dejan de ser objeto de preocupación por parte de entidades públicas que puedan intervenir para mejorar su situación.

“El Derecho penal democrático y del Estado de Derecho ha de tratar a todo hombre como persona responsable, y no puede ser lícito ningún ordenamiento que establezca reglas y procedimientos de negación objetiva de la dignidad del ser humano en ningún caso. Un ordenamiento que incluyera reglas incompatibles con la dignidad del ser humano, como se ha dicho, sería injusto, y daría lugar a que el Estado quedara desvinculado del Derecho, toda vez que, como proclama el art. 1 de la CE, la justicia es un valor superior del ordenamiento jurídico del Estado de Derecho. Ni siquiera el hombre puede disponer de su dignidad, porque ésta es una cualidad inseparable de su substrato ontológico (G. Martin, 2005, pág. 42)”.

*El nuevo paradigma del fin de la pena, se presenta gracias a la crisis del ESD y es una cristalización de Política Criminal de Tolerancia Cero.*

### **CAPITULO 3. POLÍTICA CRIMINAL DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO**

Teniendo presente el análisis realizado frente a la *Tolerancia Cero* y posteriormente sobre *Estado Social de Derecho*, se refiere en este capítulo el tercer objetivo específico propuesto y se puntualiza ahora como el ordenamiento jurídico siendo el artífice de la imposibilidad de

materializar el ESD, sigue generando escenarios de represión dentro de la política criminal vigente.

A pesar de que el ESD, posee una relevancia formal histórica, orientada hacia el respeto del ser humano y la salvaguarda de la Dignidad Humana, dentro de un sistema penal garantista que procura la reinserción de cada preso a la sociedad; la práctica jurídica muestra como las ramas del poder público dejan a un lado el gran aporte histórico, jurídico y doctrinal que el ESD posee; desarrollando una política criminal contradictoria.

Por lo tanto, el presente capítulo se compone de 2 partes. En primer lugar, se describe un fenómeno jurídico denominado *Estado de Cosas Inconstitucionales* que evidencia la inoperancia de los fines de la pena pregonados por el ESD. En segunda medida se refieren normas con tendencia de política criminal de *Tolerancia Estado*.

### **3.1 ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONALES**

El *Estado de Cosas Inconstitucionales* es una figura que se forja por la Corte Constitucional, procediendo a confeccionar el concepto, para hacer frente a situaciones que presentaban conflicto dentro de la ontológica social (Quintero Lyons, Meza, & Navarro Monterroza, Enero xx/2011, pág. 73)”.

Se define entonces como aquel evento en el cual un número masivo de personas se ven inmersas en vulneración de derechos fundamentales, gracias a una prolongada inoperancia del Estado en su política pública y presupuestaria. Es tan relevante la causa que genera la vulneración masiva de derechos fundamentales, que la responsabilidad si bien la encabeza el Estado, compromete múltiples instituciones que han incumplido sus funciones y demarcan el padecimiento de los afectados.

“La figura del Estado de cosas inconstitucionales puede ser definida como un mecanismo o técnica jurídica creada por la Corte Constitucional, mediante la cual declara que ciertos hechos resultan abiertamente contrarios a la Constitución, por vulnerar de manera masiva derechos y principios consagrados en la misma, en consecuencia insta a las autoridades competentes, para que en el marco de sus funciones y dentro de un término razonable, adopten las medidas necesarias para corregir o superar tal estado de cosas (...) la Corte asume un papel mucho más comprometido con la sociedad y sobre todo con aquellos sectores más vulnerables de la misma, en la medida en que se da a la tarea de buscar soluciones definitivas a los problemas de naturaleza estructural que se presentan en el país, adoptando decisiones que van más allá el caso concreto y exigiendo el trabajo

en conjunto de diferentes autoridades públicas, con el fin de modificar una realidad social que resulta abiertamente contradictoria a los principios constitucionales de un Estado Social de Derecho como el nuestro (Quintero Lyons, Meza, & Navarro Monterroza, Enero xx/2011, pág. 71)”.

El resultado del ECI, es la congestión judicial en la recepción de acciones de tutela que procuran poner fin a la vulneración conjunta de derechos. Uno caso de ECI es el actual régimen carcelario y penitenciario cuyo origen surge desde épocas muy tempranas luego de expedida la Constitución de 1991. Para el año 1997, 2 tutelas impulsaron a la Corte a declarar el ECI a través de la sentencia T-153/98. Reclusos ubicados en prisiones del país, evidencian circunstancias por las que atravesaron las prisiones de Bellavista (Antioquia) y Modelo (Bogotá), manifestando como el hacinamiento es un factor que vulnera la Dignidad, intimidad, honra, la resocialización y como objetivo, exige respuesta inmediata del Inpec y del Ministerio de Justicia para aliviar la situación. Se relata las precarias condiciones en infraestructura carcelaria, revelando como desde la génesis del ESD, el sistema penal entró en crisis debido a la sutil política pública y la blanda disposición presupuestaria para asegurar a los reos.

*“La Corte es consciente de que el gasto público en el mejoramiento de la situación carcelaria en el país acarrea necesariamente reducciones en la inversión en otros campos. Sin embargo, la Corte considera que el sacrificio que ello impone sobre los demás ciudadanos no es desproporcionado, en razón de su carácter temporal (...) Además, este sacrificio es exigible en el marco del deber ciudadano de solidaridad social (C.P. art. 95.2.) (C. Const, 1998)”.*

Los padecimientos referidos por los accionantes, refieren circunstancias de la cárcel de Bellavista, en donde se experimentaban temperaturas de 40 grados en pasillos donde pernotaban más de 80 reclusos, sin ventilación que permitiera respirar. Se relata el defectuoso servicio de alcantarillado, no concesión de libertad condicional, guardia carcelaria diezmada, nula presencia de profesionales encargados de adelantar el tratamiento penitenciario, camastros limitados, baños fuera de servicio usados como dormitorios.

*“Durante muchos años, la sociedad y el Estado se han cruzado de brazos frente a esta situación, observando con indiferencia la tragedia diaria de las cárceles, a pesar de que ella representaba día a día la transgresión de la Constitución y de las leyes. Las circunstancias en las que transcurre la vida en las cárceles exigen una pronta solución (...) Razón le asiste a la Defensoría del Pueblo cuando concluye que las cárceles se han convertido en meros depósitos de personas. Esta*

*situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. (C. Const, 1998)”.*

Las condiciones del accionante recluso en la cárcel modelo de Bogotá, denotan como la prisión pretendía hacer caber 4 reclusos en un área de 6.60 m<sup>2</sup>. Se narra como las visitas conyugales eran imposibles al compartir 4 reos la misma celda. Baños deteriorados, conexiones eléctricas defectuosas, reclusos durmiendo en escaleras, mal gasto de recursos que no resolvían el hacinamiento.

Es entonces notorio para la Corte como el proyecto resocializador y correccionalista en el ordenamiento jurídico colombiano, persisten desde hace más de 3 décadas y no ha permitido consolidar el tratamiento penitenciario como función adecuada de la pena.

*“la idea de resocialización se opone, ante todo, a penas y condiciones de cumplimiento que sean en esencia, por su duración o sus consecuencias, desocializadoras (...) La función de reeducación y reinserción social del condenado debe entenderse como obligación institucional de ofrecerle todos los medios razonables para el desarrollo de su personalidad, y como prohibición de entorpecer ese desarrollo (C. Const, 1998).”*

El inconveniente una vez la Corte Constitucional advirtió las falencias y exhortó a los protagonistas a generar cambios, degeneró en que nadie acato lo ordenado y los intereses de los reos empezaron a verse cada vez más vulnerados. La dirigencia nacional mitiga la situación con herramientas de impacto momentáneo, cuando el problema adquiere connotaciones alarmantes forjando una postura desinteresada frente a los derechos fundamentales del reo, v.gr, ley 40 de 1968 mediante la cual se rebajan penas gracias a la visita del Papa Pablo VI y ley 48 de 1987 de rebaja de penas por visita del Papa Juan Pablo II.

Pero es extraño que en un periodo tan corto como lo son 7 años desde la expedición de la Constitución Política, la situación carcelaria haya presentado un panorama tan sombrío. En pleno auge del ESD, el ordenamiento no encuentra la manera de articular el sustrato formal con la realidad material del fin de la pena en las prisiones.

*“De todo lo dicho hasta ahora cabe extraer la siguiente conclusión: el problema de las cárceles y de las condiciones de vida dentro de ellas no ocupa un lugar destacado dentro de la agenda política. A pesar de que desde hace décadas se conoce que la infraestructura carcelaria es inadecuada, que los derechos de los reclusos se vulneran, que los penales no cumplen con su función primordial de resocialización y que los centros carcelarios del país rebosan de sindicatos*

*no se observa una actitud diligente de los organismos políticos del Estado con miras a poner remedio a esta situación (...)En efecto, la inacción de las autoridades ha significado la violación sistemática de los derechos de los reclusos, durante décadas (C. Const, 1998)”.*

Con la entrada en vigencia del nuevo milenio, nuevas acciones de tutela se hacen sentir en los tribunales judiciales, reiterando el ECI en lo que a hacinamiento y vulneración de derechos fundamentales se refiere. En esa línea jurisprudencial, sentencias de gran relevancia como lo son la T-388 de 2013, la T- 762 de 2015 y por último la T- 049 de 2016 puntualizan la continuidad del ECI en el Estado Colombiano, sin avizorar soluciones radicales al problema. La T-388 de 2013, señala como el ECI en las prisiones persiste, identificándolo como uno peor al que se advirtió en 1998.

*“Es notorio que la jurisprudencia constitucional haya empleado expresiones como ‘dantesco’ o ‘infernol’, para referirse al estado de cosas en que ha encontrado el sistema penitenciario y carcelario. Aunque el Gobierno consideró en el pasado que esta situación dantesca había sido superada, la jurisprudencia constitucional la sigue constatando (C. Const, 2013)”.*

Como hechos reales que sacan la problemática de cualquier tipo de ejercicio especulativo, la Corte refiere como las prisiones desde el año 2013 presentan un panorama violatorio del derecho a la salud, suministro de agua, higiene y aseo, auspiciados por un ESD errático.

*“El estado de cosas en el que se encuentra el Sistema penitenciario y carcelario colombiano es una prueba fehaciente de que el compromiso adquirido constitucionalmente con la dignidad humana de toda persona, aún requiere ser profundizado para que sea una realidad. Aunque las palabras de la Constitución, las leyes, los decretos y las sentencias aseguran formalmente un compromiso pleno con la dignidad humana, no se ha logrado materializarlo a plenitud (C. Const, 2013)”.*

Aunado a ello, la nueva cara del *ECI*, presenta un gran porcentaje de presos extranjeros que no pueden hacer valer sus derechos fundamentales por obstáculos como el idioma. Nuevas problemáticas como minoría presidiaria perteneciente a la comunidad LGTBI, hace complicada la convivencia, ya que no se puede garantizar un aislamiento de presos por categorías debido al hacinamiento.

*“Las personas con orientaciones sexuales diversas son sometidas, aún, a tratos discriminatorios por parte de diversas personas de la sociedad. Estos prejuicios se reproducen en las cárceles y penitenciarias, siendo en muchas ocasiones, lugares donde estas prácticas y estos tratos se amplifican. (C. Const, 2013)”.*

El ECI advertido para el año 1998, es uno totalmente distinto al que se reitera para el año 2013, pues las circunstancias han empeorado ostensiblemente hasta el punto de presentarse nacimientos de niños de las reclusas en condiciones totalmente inconvenientes para la madre y el recién nacido “madres lactantes 0,1% (14) y gestantes 0,7% (68) (...) De igual manera al interior de los ERON se encontraban 76 infantes menores de tres años (niños y niñas), conviviendo con sus madres (Instituto Nacional, Carcelario y Penitenciario, 2017, pág. 39)”; sin que las instituciones carcelarias tengan el personal y las condiciones médicas necesarias para asistir procedimientos médicos tan complejos.

*“Hay casos evidentes y notorios de sujetos de especial protección por parte del Estado, como, por ejemplo, los niños y las niñas que son concebidos en prisión y deben vivir sus primeros días en el mundo en condiciones de reclusión. En estos casos es imperativo que el Estado tome todas las medidas adecuadas y necesarias para respetar, proteger y garantizar de forma inmediata y sin dilaciones a estas pequeñas personitas que, de lo contrario, se verían obligadas a iniciar su existencia en las más crueles e inhumanas condiciones (C. Const, 2013)”.*

Las reducidas posibilidades de enseñanza y trabajo dentro de prisión, sólo contempla proyectos en los cuales los hombres pueden desarrollar sus aptitudes a plenitud, sin idear muchas opciones para las mujeres en actividades propias a sus gustos e intereses.

*“Como la forma para solucionar la ausencia de cupos suficientes es recluir a las personas más allá de la capacidad instalada, el hacinamiento implica muchas veces para las mujeres, además de tener que compartir el espacio vital con una gran cantidad de personas, compartirlo con hombres, lo cual puede representar riesgos adicionales a su integridad. Tercero, las actividades y oficios con que se cuentan, suelen ser pensados para hombres. Muchas de las actividades laborales orientadas a la resocialización no tienen en cuenta muchos de los oficios y labores que también suelen desarrollar las mujeres (C. Const, 2013)”.*

La jurisprudencia advierte, la emergencia penitenciaria carcelaria y nuevamente conmina a las instituciones estatales a la colaboración mutua en procura de hacer valer la Dignidad Humana como cimiento del ESD. Es urgente cambiar el concepto de política criminal, ya que el problema no se resuelve únicamente con la adecuación de la estructura penitenciaria. *El ESD en lo que respecta al sistema penal judicial, ha sido y sigue siendo solo una figura ideal que adorna disposiciones normativas y jurisprudenciales. Es un pseudoestado.*

*“El sentido último de un sistema penitenciario y carcelario es lograr la resocialización y reintegración de las personas que fueron privadas de la libertad. Al lado de la función retributiva*

*de la pena, la resocialización ha de ser el principal objetivo de la reclusión, junto con la disuasión, la principal garantía de no repetición (C. Const, 2013)”.*

Para cerrar este aparte del ECI, como tercer antecedente jurisprudencial, se tiene la T-762 de 2015. En esta sentencia, nuevamente la Corte llama la atención sobre la situación penitenciaria y deja claro que el encarcelamiento es un problema con más de 20 años de presencia en el ordenamiento jurídico, sin soluciones efectivas a pesar de las opciones implantadas para mitigarlo.

“En la Sentencia T-762/15 del 16 de diciembre de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional reitera el estado de cosas inconstitucionales (ECI), declarado anteriormente en las sentencias T-153 DE 1998 y T-388 de 2013. Sin embargo, esta vez la Sala de revisión centra su atención en el respeto a los Derechos Humanos de la población carcelaria nacional a partir de los fallos judiciales sobre dieciséis centros de reclusión de diferentes partes del país. En esta nueva declaratoria de ECI para el sistema penitenciario y carcelario, la Sala indica que el desconocimiento a los Derechos Humanos de las personas privadas de la libertad obedece en Colombia a una problemática estructural que se manifiesta en, 1) la desarticulación de la política criminal y el ECI, 2) el hacinamiento y otras causas de violación masiva de derechos, 3) la reclusión conjunta de personas sindicadas y condenadas, 4) la falta de articulación de las entidades territoriales y el Ministerio de Justicia y del Derecho, 5) las debilidades del sistema de salud del sector penitenciario y carcelario del país y 6) en las deplorables condiciones de salubridad e higiene en la mayoría de los establecimientos penitenciarios, lo que constituye un trato cruel e inhumano propiciado por el Estado (Romero Rodríguez, 2017, pág. 92)”.

La Corte realiza especial mención a la política criminal que se desarrolla actualmente. Precisa como el Gobierno Nacional y el Congreso dejan ver una postura reaccionaria desarrollada gracias al *populismo punitivo*, que procura significar mayores resultados contra la delincuencia y justificar el accionar de las autoridades. Continúa la sentencia denotando como esa tendencia de política intolerante contra las conductas delictivas, están generando un desbarajuste del sistema penal ya que las expediciones inconscientes de normas de corte reaccionario no permiten que se tenga una coherencia interna entre las normas y el tenor constitucional vigente.

“La Sala, en la Sentencia T-762/15, al declarar el ECI para la población penitenciaria y carcelaria resalta que en el país se requiere el diseño de una política criminal sistematizada y coherente al tiempo de realizar acciones sociales con las que se concientice a la sociedad en la comprensión sobre el por qué solo excepcionalmente se debe restringir la libertad a una persona procesada

penalmente, resaltando que en la actualidad la injerencia de los medios de comunicación masivos ha sido decisiva para la promulgación de ciertas posturas de populismo punitivo con las que se busca desconocer una serie de derechos fundamentales de la Constitución Política de 1991 y que la presión de la prensa ha llevado en algunas ocasiones a que los jueces declaren detenciones preventivas sin que sean realmente necesarias, en lo que algunos penalistas como Zaffaroni y Ferrajoli denominan *justicia espectáculo* (Romero Rodríguez, 2017, pág. 94)”.

La falta de una política criminal seria por parte del Estado, tiene como objetivo dar un golpe de opinión frente a la efectividad de la justicia, más que, procurar un funcionamiento armónico del sistema judicial. El endurecimiento de las penas, ha incidido directamente en el hacinamiento, sobrecargando de trabajo al operador judicial y penitenciario, sin ampliar los recursos con los cuales deben laborar.

“En efecto, a partir del estudio realizado, la Comisión encontró que desde el año 2000 hasta el 2011, las principales modificaciones a la legislación penal existente: (i) crearon 47 nuevos tipos penales; (ii) aumentaron las penas de 80 delitos existentes; e (iii) incrementaron el número de personas privadas de la libertad en las cárceles, no sólo en términos netos, sino también en proporción a la población colombiana, pues *“el número de personas privadas de la libertad se triplicó entre 1992 y 2010, pues pasó de unos 27.000 a más de 81.000, mientras que la tasa por cien mil habitantes se incrementó también considerablemente, multiplicándose por aproximadamente 2.5, pues pasó de 79,9 a 178,2 (...) Conforme lo anterior, la política criminal actual obedece a factores que deforman el derecho penal, en sus más primigenios orígenes y derroteros, como respuesta a las impresiones mayoritarias, momentáneas y circunstanciales, sobre las necesidades de la sociedad, en detrimento del valor constitucional de la libertad (C. Const, 2015)”*.

Considera la Corte la importancia que la Política Criminal debe explayar en lo que respecta a uso menguado de la prisión, búsqueda de la resocialización, uso del derecho penal como *última ratio*, procurar una política sostenible económica institucional, prevalencia de los derechos humanos de los reos que signifique un cambio en las condiciones actuales de hacinamiento e irrespeto de la Dignidad Humana, *-espacio mínimo de reclusión por persona de 3,4 m<sup>2</sup>-*. Exhorta la Corte a separar los presos sindicados de los sentenciados, como también el mejoramiento del servicio de salud en cuanto a infraestructura y personal médico. Se pretende el mejoramiento de las condiciones de higiene y salubridad que los presos enfrentan. Se insta a los jueces de ejecución de penas a realizar un trabajo más proactivo en la expedición de órdenes de libertad condicional de oficio y que se creen brigadas jurídicas

con ayuda de los consultorios jurídicos para evacuar las peticiones jurídicas sin resolver de los presos. La Corte exige una alimentación adecuada a los reos y respeto al derecho de visitas conyugales. Termina la sentencia, instando a las principales autoridades estatales como el Congreso, Fiscalía y Gobierno Nacional (a través de partidas presupuestales suficientes), a desarrollar una política criminal responsable que vele por el respeto de los derechos humanos dentro de parámetros mínimos, comprometiéndolos a generar un cambio institucional. En cabeza de la Defensoría del Pueblo, se deposita la misión de ejecutar todas las órdenes de cambio para extinguir el ECI y a la Procuraduría, se le endilga la responsabilidad de vigilar el cumplimiento de lo ordenado en el fallo.

De acuerdo a la sentencia 762 de 2015, se creó un equipo de seguimiento que debe informar periódicamente la evolución del proceso que busca extinguir el ECI. El primer informe rendido por la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría y la Presidencia de la República, configurado para diciembre de 2016, muestra las labores iniciales que las instituciones estatales han desarrollado para cumplir las exigencias de la Corte Constitucional.

Se rescata como ítem adelantado la Directiva Presidencial 04 de 2016 mediante la cual se ordena a los ministerios adecuar la iniciativa legislativa a una política criminal respetuosa de los derechos humanos, la creación y sistematización de la página web estatal de política criminal en donde se reporta información estadística del fenómeno delictual en el país, y la estructuración del plan metodológico a desarrollar para crear conciencia ciudadana frente a lo que es el derecho penal y la política criminal responsable.

“Se reportó la novedad de la renuncia del personal de salud contratado por atraso en el pago de salarios, lo cual afecto la prestación de los servicios de salud en establecimientos de reclusión, (...) a la fecha no se contaba con programas que garantizaran la prestación del servicio de salud para patologías como cáncer, VIH, insuficiencia renal crónica, diabetes, hipertensión (Presidencia de la República, 2016., pág. 31)”.

El informe de seguimiento refiere las fallas que las cárceles poseen y señalan los cambios que empezaron a realizarse para solucionar el ECI presente en las prisiones del país.

“En cuanto al cumplimiento de criterios mínimos para la prestación de los servicios de salud a la población privada de la libertad de 136 Establecimientos de reclusión, 74 no contaban con stock de medicamentos para suplir las necesidades de los internos (...) En relación con insumos médicos y odontológicos requeridos 114 de los 136 establecimientos reportaron no tener disponibilidad de insumos suficientes para brindar la atención en salud (...) de acuerdo a la información

suministrada por los 136 establecimientos, 122 no contaban con servicio de recolección de residuos hospitalarios (...) Para la atención de la PPL de los 136 establecimientos de reclusión, el día 10 de mayo se contaba con 6 contratos suscritos con IPS. Con corte al 15 de noviembre de 2016 se cuenta con un total de 199 contratos a nivel nacional, de los cuales 185 corresponden a IPS y 14 contratos para garantizar la atención integral en salud de la PPL (Presidencia de la República, 2016., págs. 33-40)”.

A pesar que se denotan avances parciales, es posible señalar que el compromiso ha empezado a materializarse para solucionar desavenencias como la limitada oportunidad de acceso a la educación de los reos. Precisa el informe como solo el 19% de los reclusos obtienen certificación de los estudios realizados a razón de que el modelo penitenciario educativo no está certificado por el Ministerio de Educación al no cumplir estándares de calidad. Identifica el informe, como dentro de las prisiones del país tan solo el 4% de los reos disfrutaban de un espacio de encierro mayor a 3.4 m<sup>2</sup>.

“Con el fin de dar cobertura a la mayor cantidad de establecimientos de acuerdo con el estándar establecido por la Corte, la USPEC estructuró el nuevo plan de mantenimiento comprometiendo recursos de vigencias 2016 y 2017 (aproximadamente \$160.000 millones) con la limitación de intervenir solo 69 establecimientos (de los 136 a nivel nacional) y operación de plantas de tratamiento en 32 ERON (...) La USPEC en diciembre de 2015 llevó a cabo un proceso de licitación pública para el suministro de la alimentación a la PPL, donde se realizó la adjudicación de 29 contratos que agrupan los 164 establecimientos entre ERON, CRM y 68 Estaciones de Policía, para dar continuidad al suministro de la alimentación de la PPL durante la vigencia 2016, por un valor de \$333.695.991.881. Estos contratos se suscribieron a partir del 28 de diciembre de 2015, con una proyección inicial hasta el 12 de diciembre de 2016, no obstante, dichos contratos tendrán que ser adicionados por agotamiento de recursos hasta el 28 de diciembre para la vigencia de 2016, recursos por un monto de aproximadamente \$24.000.000.000, que se han venido gestionando con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Lo anterior con el fin de garantizar el suministro interrumpido del servicio de alimentación (Presidencia de la República, 2016., págs. 61-68)”.

A pesar de las sumas de dinero tan alarmantes que el sistema penal maneja, el equipo de seguimiento al ECI establece como el factor presupuestal es indispensable y renueva el compromiso con los objetivos fijados por la Corte para mejorar las situaciones carcelarias. Se refiere la necesidad de costear la dotación de cada reo con recursos que ascienden a los 9 mil millones de pesos. Pero si bien el equipo de seguimiento denota los avances que se han

empezado a realizar nacionalmente para superar el ECI, también manifiestan que persiste un óbice que impide materializar un cambio a un 100%.

“Aunque el Presidente expidió la Directiva 04 de 2016, en la que: 1) impartió instrucciones a todas las carteras ministeriales del Gobierno Nacional para que, cuando ejerzan su iniciativa legislativa en materia de política criminal, la sometan a concepto previo del Consejo Superior de Política Criminal y 2) ordenó que todos los proyectos del Gobierno nacional que incidan en la política criminal tengan en consideración el estándar mínimo constitucional de una política criminal respetuosa de derechos humanos, señalado por la Corte Constitucional en Sentencia T-762 de 2015, estos mismos criterios no se le pueden imponer a los congresistas, quienes en ejercicio de la iniciativa legislativa y de la libertad de configuración normativa pueden presentar proyectos de ley en sentido contrario a la visión de política criminal propuesta por el ejecutivo. Por más acciones que emprenda el Gobierno para superar la situación de hacinamiento en los establecimientos penitenciarios y carcelarios, el uso excesivo de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad y la mora en la administración de justicia, hace más difícil el proceso. Sin un compromiso decidido por parte de los jueces y de la Fiscalía General de la Nación, las ampliaciones de cupos en las cárceles, la gestión penitenciaria y carcelaria y la formulación de políticas públicas respetuosas de los derechos humanos, entre otras medidas, serán insuficientes para superar la crisis en el sistema (Presidencia de la República, 2016., pág. 84)”.

El proceso de criminalización de conductas, requieren de un objetivo común en donde cada rama del poder tenga presente el esfuerzo desarrollado por las otras y procuren potencializar los resultados que cada una adquiere sin contradecir sus misivas. El inconveniente radica en 2 flancos primordialmente. El primero, la imposibilidad de concienciar al legislativo de turno que no adecua la política criminal a ningún tipo de parámetro responsable y desconoce la crítica situación que se intenta solucionar en las prisiones. El segundo, la irresponsabilidad de las ramas del poder al no articular esfuerzos y guiarse hacia un fin único, que debería ser el respeto de los derechos fundamentales del sentenciado. La política criminal es insostenible para un ESD, evidenciando contrariamente una política de intolerancia con el delincuente.

Para el 9 de junio de 2017, la Presidencia de la República, la Procuraduría y la Defensoría del Pueblo, presentan el segundo informe de seguimiento a las órdenes impartidas por la T-762 de 2015 con el fin de superar el ECI. Como conclusión de ese segundo informe, las instituciones estatales evidencian como ha sido imposible a la fecha superar el ECI por circunstancias irresolubles como el hacinamiento, infraestructura penitenciaria deficiente, falta de cooperación armónica entre las ramas del poder público. Se refiere un avance

significativo liderado por el gobierno nacional, pero se deja claro como la superación del ECI es un proyecto a largo plazo y actualmente la política criminal sigue siendo un espacio de flagrante violación de los derechos fundamentales y desconocimiento de la dignidad humana del recluso.

Si bien las órdenes impartidas por la Corte han empezado a ser acatadas y materializadas en cambios significativos, lo cierto es que aún existe desidia por parte de instituciones en presentar un verdadero cambio. Describe el informe como el Ministerio de Educación no se ha puesto al corriente de la situación y no ha hecho lo necesario para acreditar los programas de estudio que los reos adelantan en prisión. Se tiene el incumplimiento por parte del Inpec en la distribución de kits de subsistencia ordenado a los presos (colchoneta–almohada) ordenado por la sentencia, como también un minúsculo avance de la Uspec en la adecuación de infraestructura de duchas, baterías sanitarias y espacios de visitas conyugales. Se refiere como uno de los grandes avances la labor desarrollada por el Ministerio de Salud que ha mejorado considerablemente la prestación del servicio en prisión, pero con objetivos aún por cumplir en varias prisiones del país. El Ministerio de Justicia adelanta con ahínco la campaña de fomentar la judicatura de los estudiantes de derecho en prisión para coadyuvar a la realización de brigadas jurídicas que permitan evacuar el represamiento de solicitudes de los reos, dirigidas a los jueces de ejecución de penas.

Se enaltece la labor desarrollada por el ICBF que ha optado por hacerse presente en las prisiones del país reportando 76 niños padeciendo el suplicio del hacinamiento carcelario con sus madres, pero con profesionales que velan por su bienestar. Se rescata la labor del gobierno nacional en la construcción de la Cartilla de Política Criminal con enfoque de respeto a los Derechos Humanos y su consecuente socialización con comisiones del senado y la cámara para generar un escenario responsable de edificación de política criminal. Se enaltece la labor del Consejo Superior de Política Criminal y del Observatorio de Política Criminal que juiciosamente han presentado concepto apoyando o desvalorando proyectos de ley presentados por parlamentarios que pretenden hacerse notar en la erogación de nuevas normas penales. Se resalta el compromiso presupuestal realizado por el Ministerio de Hacienda desde ahora y hacia el futuro, destinando presupuesto de posteriores vigencias por más de 500 mil millones en pro de desarrollar un plan de reforzamiento y construcción de nueva infraestructura carcelaria, como también la labor de sostener el sistema penitenciario.

“Dentro de los recursos apropiados para la USPEC e INPEC en 2017, se destacan: \$381 mil millones para alimentación los internos, \$140 mil millones para la implementación del servicio de salud de la población privada de la libertad, \$417 mil millones para generación de nuevos cupos carcelarios y el mantenimiento de la infraestructura carcelaria, entre otras inversiones. Así mismo, se aprobó el aval fiscal hasta el año 2021 por \$735 mil millones para la construcción de tres nuevos ERON (Pereira, Fundación y Riohacha) y la ampliación de pabellones en dos cárceles existentes (San Gil y Combita) que permitirán generar 7.256 cupos nuevos. Finalmente se han autorizado vigencias futuras para los años 2018 y 2019 por \$480 mil millones para garantizar entre otros, la alimentación de internos, la prestación del servicio de salud para la población privada de la libertad, y el servicio de vigilancia electrónica (Presidencia de la República, 2017, pág. 87)”.

Pero a pesar de tantos esfuerzos desarrollados en un corto plazo, las dificultades para el poder ejecutivo persisten e imposibilitan lograr la meta de superación del ECI.

“Persisten la dispersión normativa y el populismo punitivo en atención a la desarticulación entre el Gobierno nacional y el Congreso de la República que además de aprobar o reprobar las propuestas presentadas por el Gobierno en materia de política criminal, también puede presentar sus propios proyectos de ley -no necesariamente alineados con el ejecutivo- lo que genera dispersión normativa y agrava el populismo punitivo que tanto cuestiona la Corte. (...) Desde el Gobierno nacional se reitera que por más acciones que se emprendan para superar la situación de hacinamiento en los establecimientos penitenciarios y carcelarios, el uso excesivo de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad y la mora en la administración de justicia, hace más difícil el proceso. Sin un compromiso decidido por parte de los jueces y de la Fiscalía General de la Nación, las ampliaciones de cupos en las cárceles, la gestión penitenciaria y carcelaria y la formulación de políticas públicas respetuosas de los derechos humanos, entre otras medidas, serán insuficientes para superar la crisis en el sistema (Presidencia de la República, 2017, pág. 89)”.

Consecuentemente al primer informe de seguimiento, en esta ocasión el ejecutivo reitera su posición frente a las dificultades que debe afrontar para cumplir con las metas de superación del ECI. Si bien se ha gestionado el cambio de mentalidad y operatividad en las instituciones públicas, la falta de cooperación entre las ramas del poder sigue siendo el principal óbice que trunca los esfuerzos desarrollados. La descontrolada normatividad del legislativo junto a la congestión judicial, echa abajo los avances que el ejecutivo pretende consolidar y acrecienta las situaciones de hacinamiento para las personas bajo pena intramuros.

“La principal dificultad del Gobierno nacional continúa siendo que las entidades territoriales no asumen sus responsabilidades frente a la población sindicada. El mayor porcentaje de

hacinamiento en establecimientos penitenciarios se debe a la presencia de personas que no han sido condenadas y cuya custodia, por disposición de la ley, le corresponde a las entidades territoriales. Sin embargo, las entidades territoriales trasladan esa responsabilidad al INPEC, impactando no sólo los recursos, sino también la capacidad técnica de una entidad del orden nacional, cuya gestión se ve afectada para garantizar la adecuada custodia y seguridad de la población privada de la libertad (...) Sin embargo, pese a los esfuerzos del ejecutivo del nivel central, los municipios y los departamentos, en el marco de su autonomía, están en la libertad de acoger o no las propuestas presentadas por el Gobierno para la atención a la población privada de la libertad (Presidencia de la República, 2017, pág. 89).

La Procuraduría por su parte, cumpliendo la obligación fijada por la Corte en las sentencias en cita, procedió a realizar visitas periódicas a las prisiones del país, concluyendo que persisten situaciones que impiden declarar superado el ECI penitenciario. Expresamente refiere en el informe como las condiciones de infraestructura deteriorada es una constante en las prisiones, deficiencia en servicio médico, falta de tratamiento de agua potable, imposibilidad de visitas conyugales, condiciones inadecuadas de higiene y aseo, represamiento de solicitudes jurídicas, no separación de presos y hacinamiento en prisiones como Bellavista(Medellín) en un 61.77%, Itagüí en un 216%, Pedregal (Medellín) en un 49%, cárcel Modelo (Bogotá) en un 57%, Yopal en un 48%, Apartado en un 200%, Riohacha en un 500% y Unidades de Reacciones Inmediatas (Antioquia).

“Conforme el trabajo adelantado a la fecha frente a la responsabilidad de estas autoridades, y las respuestas recibidas no solo por este ente de control sino también por otros, tales como la Procuraduría General de la Nación, se puede concluir sin lugar a dudas que muchos de las autoridades territoriales del país, no sienten como propia esta problemática que atraviesa la PPL, contrario sensu, muchas consideran por una parte que es un problema que debe asumir el Gobierno Nacional, y otras sienten que aun cuando no es de su resorte ellos están obligados a brindar pero un apoyo (ayuda-donación) para buscar superar el problema, a través de los aportes que dentro del marco de sus capacidades puedan y quieran brindar (Presidencia de la República, 2017, pág. 112)”.

La Defensoría del Pueblo, cumpliendo con el mandato hecho por la Corte en la T-762 de 2015, también refiere el trabajo hecho en sus visitas periódicas a las regionales penitenciarias del país. Evidencia la Defensoría como elementos significativos como las prisiones del país aún presentan fenómenos de hacinamiento que significan para los reos torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes. Enfatiza la necesidad de optimizar el servicio de salud, suministro de insumos y medicamentos. Deja ver como las citas médicas con especialistas para los reos

es un aspecto que aún presenta inconvenientes, como también la atención psiquiátrica en todo el país. Se convence la Defensoría del Pueblo, como el ECI que aún persiste es una violación sistémica de los derechos humanos de la población reclusa en situaciones como la alimentación genérica brindada, sin ponderar un enfoque diferencial de los reos con patologías y necesidad de dietas específicas. En suma, el llamado de la Defensoría es a realizar mayores esfuerzos para alivianar el ECI con decisiones de fondo como v.gr, cierre inmediato de prisiones al borde del desplome por infraestructura defectuosa como ocurre en la prisión de Bellavista (Medellín) y la prisión de Riohacha.

“En consecuencia, nuevamente la Defensoría del Pueblo, debe advertir que desde la declaratoria del estado de cosas inconstitucional del sistema penitenciario y carcelario, los problemas estructurales como el hacinamiento se mantendrán, ya que la población carcelaria sigue creciendo a la misma velocidad en que lo venía haciendo en años anteriores, y los cupos carcelarios no alcanzan ni son consecuentes con su aumento, es decir, las acciones estatales siguen siendo insuficientes (Presidencia de la República, 2017, pág. 132)”.

En conclusión, luego de rendido el segundo informe de superación del ECI por parte del grupo de seguimiento rendido, el ECI es un evento que sigue permeando las prisiones del país y la agenda de las instituciones estatales. Un ECI que lleva desarrollándose por más de 20 años, es imposible que se solucione en un par de años y los retos que aún faltan por resolver, depende directamente de una cooperación armónica de las ramas del poder público y no sigan coadyuvando a consolidar una política criminal de tinte populista y reaccionaria contra el delito. La omisión estatal e institucional en materializar el ESD, ha degenerado en la erogación de una política criminal represiva de aversión contra el delincuente y con los beneficios que puede tener en prisión. Se consolida una política criminal muy similar a la *Tolerancia Cero* que busca mayor eficacia institucional dentro de un ESD en crisis.

“La extrema gravedad de la crisis carcelaria que atraviesa Colombia, puede advertirse con facilidad si se considera que es la única problemática social que ha ameritado, en menos de 20 años, que en dos ocasiones la Corte Constitucional decrete el estado de cosas inconstitucional, esto significa que de forma generalizada y permanente se vulneran los derechos fundamentales de la población privada de la libertad en los centros de reclusión del país. Por mandato legal y en desarrollo de su función constitucional, la Defensoría Delegada para la Política Criminal y Penitenciaria adelanta la verificación de las condiciones de reclusión en cada uno de los 135 establecimientos de reclusión del orden nacional; tarea en la que ha advertido las siguientes

problemáticas: 1º) la práctica de actos de tortura, castigos y tratamientos crueles inhumanos y degradantes; 2º) un hacinamiento desbordado que en la actualidad alcanza el 52% pero que en algunas zonas del país bordea en promedio el 90% como en la costa atlántica; 3º) infraestructura inadecuada u obsoleta; 4º) deficiente o nula atención en salud tanto a nivel básico como especializado y 5º) ausencia de programas de reinserción social positiva adecuados que garanticen el fin resocializador de la pena de prisión (Presidencia de la República, 2017, pág. 143)”.

El énfasis que la Defensoría del Pueblo realiza frente al tema, se cierra finalmente en el Vigésimocuarto informe que rindió al Congreso de la República en agosto de 2017. En este informe se informa al Congreso los aspectos relevantes del ECI y se deja constancia como la crisis carcelaria posee dos aspectos indispensables a tratar, i) la infraestructura como causa del hacinamiento y ii) la política criminal violatoria de los derechos fundamentales auspiciada por el ejecutivo y el legislativo. Se comunica de primera mano las condiciones de salud, el rezago en el plan para habilitación de cupos carcelarios y el incumplimiento de los parámetros de infraestructura carcelaria fijados por el CICR en detrimento de los Derechos Fundamentales.

“Defensoría considera insuficiente la declaratoria de emergencia penitenciaria y carcelaria aunque advierte que la medida está bien intencionada, la Entidad insiste en la necesidad de acudir a la figura de la emergencia social, es decir, un auténtico estado de excepción que permitiría implementar decisiones de fondo (...) Se trata de una dramática realidad penitenciaria colombiana que ha sido denunciada y reconocida en distintos escenarios internacionales. Así, por ejemplo, el Comité contra la Tortura de la ONU, en su escrito de observaciones finales al quinto informe del Estado colombiano acerca del cumplimiento de la convención, mostró su preocupación por las condiciones imperantes al interior de las cárceles del país, las cuales consideraron como auténticos tratos crueles, inhumanos y degradantes. (Defensoría del Pueblo, 2017, pág. 105)”.

El panorama referido por la Defensoría del Pueblo al Congreso es totalmente explícito y evidencia la crisis carcelaria en su plenitud, dejando puntualizadas las falencias que el sistema aun no resuelve. Y como si la situación no pudiese ser peor, la Defensoría del Pueblo, en nuevo informe puntualiza como la situación de crisis en el tratamiento penitenciario presente en el sistema de responsabilidad penal para adultos, es una mimesis exacta del que se presenta en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes desarrollado en el país (Defensoría del Pueblo, 2015). Por tanto, el fin de resocialización previsto legalmente y la prohibición de tratos crueles, son utopías que transforman al ESD en un *Seudoestado*, un Estado en pausada construcción.

### **3.2 LEGISLACIÓN CONTRADICTORIA AL ESD Y REPRESENTATIVA DE LA POLÍTICA CRIMINAL DE TOLERANCIA CERO**

El legislativo, haciendo caso omiso a las recomendaciones de la Corte Constitucional en las sentencias T – 388 de 2013 y en la T-762 de 2015; persiste en generar una política criminal represiva y contraria a los fines del ESD. Durante las primeras décadas de la constitución de 1991, el Estado no logra consolidar los objetivos trazados en la Constitución y se erige como un *Estado Inacabo, un pseudo Estado*, que funciona defectuosamente. Consecuencia de ello, en un *status quo* en donde son violadas las mínimas libertades consagradas por el Derecho Penal Liberal; surge como opción frente al control del delito, el fortalecimiento del sistema y la intolerancia ante el delito.

Muestra de lo esgrimido anteriormente, se vislumbran algunas normas que procuran por la configuración de un sistema penal férreo, más contundente en su sistema de aplicación de sanciones penales. En el año 2002, la Ley 777, genera aumento de penas frente al delito de tráfico de moneda falsa, estableciendo una pena máxima de 192 meses de prisión. Para 2006, la ley 1121 elimina rebaja de pena para delitos como la extorsión, el terrorismo y el secuestro. Para 2007 con la ley 1181, el legislador procura aumentar la pena para aquel encontrado penalmente responsable por el delito de inasistencia alimentaria. Para 2008, con la ley 1220, la norma procura aumentar considerablemente las penas contra los delitos que atenten contra la salud pública, ponderando penas hasta los 180 meses. Para 2008, la ley 1236 procura aumentar las penas contra delitos que violen el bien jurídico de la integridad sexual, ponderando penas hasta de 264 meses. Para 2008, la ley 1257 sigue materializando las exigencias sociales de tipificación de conductas, en lo que respecta a la violencia contra la mujer por el hecho de ser mujer, creando el agravante numeral 11 en el tipo penal del homicidio. Para 2009, la ley 1273 se permite crear nuevos delitos contra la propiedad intelectual y procura la protección de la información y los datos, ponderando pena privativa hasta los 120 meses. Para 2009, la ley 1329 se permite crear nuevos delitos procurando la protección de los menores adolescentes y de su libertad sexual, ponderando penas hasta un monto de 300 meses de prisión. Para 2009, de igual forma la ley 1357 aumenta las penas contra el delito de captación ilegal de dinero, ponderando una pena privativa de la libertad hasta los 240 meses de prisión. Para 2010, la ley 1426 extiende el derecho penal colocando

sujetos especiales de protección, al incluir como nueva circunstancia de agravación en el delito de homicidio y de secuestro, la consumación de la misma contra periodistas y defensores de derechos humanos. En suma, paulatinamente se consolida inflación punitiva en el sistema penal, ampliación de las responsabilidades de los jueces y la ponderación de la pena de prisión como única opción; permitiendo considerar como el Estado Político Represivo se torna inevitablemente en el ordenamiento jurídico, empeorando el ECI penitenciario.

A continuación, se analiza normas relevantes para el escritor, que se caracterizan por ser un ejemplo de *intolerancia* y Estado político extremo contra el delito.

PRIMERA NORMA. Ley 890 de 2004, corresponde a aquella publicada en el Diario Oficial No. 45.602, de 7 de julio de 2004. Refiere algunas modificaciones realizadas al código penal en lo que respecta a la creación de nuevos delitos, la adición de algunos preceptos y un considerable aumento de penas. Si bien su configuración de tal disposición refiere a una exposición de motivos que sustenta el Sistema Penal Acusatorio y procura fines orientados a la negociación que el Fiscal del caso puede desarrollar con el imputado –*temática que puede fundamentar una nueva investigación en lo que respecta a los fines de dicha norma, efectividad del Sistema Penal Acusatorio luego de su aplicación*–, lo cierto es que es imposible dejar de lado la significación que en aumento de penas refiere.

La ley 890 empieza incluyendo al artículo 31 del código penal, la consideración bajo la cual, en la presencia de concurso de delitos, la pena privativa de la libertad no podrá exceder 60 años. De manera simultánea, realiza una nueva y particular adición al artículo 37 del código penal señalando que, salvo los casos de concurso de delitos, la pena privativa de la libertad podrá ascender a 50 años.

“aumentó el máximo de la pena de prisión hasta los 60 años en caso de concurso de delitos y hasta los 50 para delitos en particular (arts. 1 y 2). Pero lo verdaderamente increíble fue el aumento generalizado de penas previsto en el art. 14, que ordenó para todos los delitos un incremento de la pena mínima en una tercera parte y del máximo en la mitad. Si un aumento generalizado de penas como éste es en sí mismo cuestionable en un país cuyo sistema de penas no se caracteriza precisamente por su moderación, el asunto raya en lo demencial cuando se conocen los motivos tenidos en cuenta para proponer y aprobar dicho incremento: la negociación y preacuerdos de pena entre la fiscalía y el procesado (Sotomayor Acosta, 2007, pág. 47)”.

Estas 2 modificaciones que la ley 890 realiza al código penal en el año 2004, demuestra como el ordenamiento jurídico colombiano –*bajo diversas motivaciones*- desorientar la política criminal, sin cumplir el horizonte al cual debería encaminarse en cumplimiento de las directrices internacionales y locales en lo correspondiente al fin resocializador de la pena, que dentro de un *deber ser*, busca el sistema.

“Se trataba simple y llanamente de “aceitar” de manera adecuada la máquina eficientista de producción de condenas en que desde un comienzo se ha querido convertir el proceso acusatorio, para lo cual se requería entonces disponer de unas penas lo suficientemente altas para constreñir al imputado a negociar o a la aceptación de cargos. O simplemente con el argumento de que al finalizar las rebajas la pena siga siendo de alguna manera proporcional al delito cometido (Sotomayor Acosta, 2007, pág. 47)”.

Permitir que el proceso penal imponga a un sentenciado una pena máxima de 50 años, es una contrariedad total que deshumaniza al reo y viola flagrantemente el artículo 12 Constitucional, ya que una pena de tal magnitud bajo los advertidos escenarios de hacinamiento y vulneración de derechos fundamentales en las prisiones del país, configuran sin ninguna duda una pena totalmente inhumana y degradante. Si el fin último es procurar la resocialización del reo, es inviable que se desarrolle cuando las circunstancias de hacinamiento, nulos espacios de resocialización, infraestructura deteriorada, circunstancias de salud y aseo inestables; lo impiden. Se contraria lo dispuesto por *Beccaría* en lo que establece frente a penas cortas. Se cierra en un gran porcentaje la posibilidad real de que el recluso tenga una opción de reintegrarse a la sociedad efectivamente.

Frente al concurso de delitos, la Ley 890 coloca como pena máxima 60 años de prisión. De llegarse a aplicar, se condena directamente a una persona mayor de edad a pasar toda su vida en prisión, advirtiendo que la expectativa de vida en Colombia para hombres se pondera en 75 años y mujeres en 81 años (Fernandez, 2017).

Por tanto, el cumplimiento de esa sanción penal, excluirá definitivamente al reo de su derecho a reintegrarse a la sociedad, de beneficios sociales, familiares y personales que un ser humano puede disfrutar en ejercicio efectivo de su derecho a la libertad. *Imponer una pena de esta categoría, configura un trato totalmente inhumano, cruel y degradante a un recluso, violando ostensiblemente todas las disposiciones habidas que proscriben tal posibilidad, pero que el Estado se permite imponer en la práctica.*

“Así, por ejemplo, la CIDH observa que desde el 2004, año en el que se introdujo el sistema penal acusatorio en el ordenamiento jurídico colombiano, se han adoptado una serie de reformas legislativas que independientemente de ser compatibles o no con la Convención Americana, sí han producido, en mayor o menor medida, un impacto real en el aumento de la población penal. Estas son principalmente: (a) la Ley 890 de 2004, de reforma al Código Penal, por medio de la cual se crean nuevos delitos, se aumentan las penas mínimas y máximas de todos los delitos, y se modifica la posibilidad de acceder al subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena fijando su procedencia al cumplirse las dos terceras partes de la pena, cuando anteriormente requería el cumplimiento de las tres quintas partes, y se supeditó su concesión al pago total de la multa y de la reparación a la víctima. (Comisión Interamericana de Derecho Humanos, 2013, pág. 35)”.

SEGUNDA NORMA. La ley 1098 de 2006, es la norma que describe el procedimiento a aplicar al momento de sancionar penalmente a menores delincuentes. La prevalencia en la mención de dicha norma radica en que, *formalmente promete un status quo benéfico a los menores delincuentes, pero materialmente es un episodio más de férrea intolerancia frente al delincuente y violación de los derechos fundamentales consagrados en la Carta Fundamental.*

El proceso penal para menores de edad debe ser netamente *pedagógico*, por lo que, la calidad del sujeto activo que comete el delito, le representa al sistema penal una obligación de mayor condescendencia con estos sujetos a judicializar. La ley 1098, hace énfasis en la diferencia del trato que debe otorgar el sistema penal a los menores específicamente en el respeto el debido proceso, la imposición de la pena como *medida pedagógica* que procure al adolescente posibilidades reales de comprender el comportamiento desarrollado, la proyección de no repetición y la restauración de los derechos que el menor adolescente puede ver mancillados desde el momento que comete la conducta punible, hasta el instante en el cual cumple su pena en acompañamiento directo de su núcleo familiar y de las instituciones públicas que velan por su bienestar.

Con la expedición de la ley 1622 de 2013, el sistema penal, en busca de la formación integral, de su bienestar personal y mental, de un proceso educativo óptimo y de un adecuado desarrollo social; coloca al menor adolescente como un objeto de ultra protección, reforzando los derechos consignados en la ley 1098. Si bien la ley 1622, no configura antecedente penal que propenda por la protección del menor adolescente, si es un episodio más en donde el

legislativo dispone desarrollar dispensas mayores al menor, para lo cual ordena que la nación y sus instituciones, desarrollen política pública necesaria que permita la efectiva protección de los jóvenes en el entorno nacional. Pondera la norma en lo que respecta al ámbito penal, que en todo el territorio nacional se aseguren escenarios adecuados y suficientes para que el menor infractor pueda cumplir la pena judicial impuesta de una manera pedagógica, facilitando opciones reales de reincorporación a la sociedad.

*“El carácter específico y diferenciado del proceso y de las medidas que en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes se adopten respecto del sistema de adultos, precisa que en caso de conflictos normativos entre las disposiciones del Código de la Infancia y la Adolescencia y otras leyes, al igual que para efectos de interpretación normativa, las autoridades judiciales deberán siempre privilegiar el interés superior del niño y orientarse por los principios de la protección integral, así como los pedagógicos, específicos y diferenciados que rigen este sistema”* (Corte Const, C 684, 2009).

Pero a pesar de que la ley y los pronunciamientos de la Corte Constitucional así refieran el deber del Estado y de sus instituciones en brindar protección reforzada a los menores que se encuentran inmersos en actuaciones judiciales, está demostrado que en la actualidad el sistema penal no respeta los derechos fundamentales de éstos y son bastantes los esfuerzos que se requieren para cumplir tajantemente el tenor literal de las normas.

Tal circunstancia se corrobora dentro del ordenamiento jurídico colombiano, gracias al estudio realizado por la Defensoría del Pueblo en marzo de 2015 denominado *Violación de los Derechos Humanos de los Adolescentes Privados de la Libertad* (Defensoría del Pueblo, 2015). El informe realizado bajo la instrucción de la Cámara de Representantes a la Defensoría del Pueblo, dentro una sesión de control político en julio del 2014 en donde se exigía se revelaran las situaciones que afrontaban los adolescentes luego de la imposición de la ley penal; arrojó resultados increíbles. Se nombró una comisión integrada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Ministerio de Justicia, Departamento Nacional de Planeación, Defensoría del Pueblo respectivamente y Unicef en representación de las Naciones Unidas; que debían verificar las condiciones de los adolescentes internados en correccionales.

En cumplimiento de la labor encomendada, la comisión de verificación liderada por la Defensoría del Pueblo realizó visitas a correccionales en 6 ciudades del país como Bogotá, Villavicencio, Cartagena, Ibagué, Cali y Neiva. Se obtiene como conclusión que existe una

continua violación de los derechos humanos de los adolescentes internados en las ciudades examinadas, ya que la mayoría de los menores manifiestan que no se les garantiza el ejercicio de sus derechos. *Se desdibuja el prolífico régimen de protección de los menores de edad y la realidad emerge. El Estado no está garantizando un adecuado proceso educativo y pedagógico con los menores, que les permita volver a la sociedad con la capacidad de auto determinarse generando bienestar personal y colectivo.* Teniendo un informe como el de la Defensoría del Pueblo, en asocio con instituciones de renombre, se demuestra como en el sistema de responsabilidad penal para menores infractores, el delito se castiga de igual forma que en el sistema para adultos; esto es, con retribución pura e intolerancia dura.

La sentencia C-154 de 2007 reitera el régimen de protección nacional e internacional de los derechos de los adolescentes y la imperiosa necesidad de dar aplicación a la figura de Bloque de Constitucionalidad. Por lo tanto, el compromiso de la ley 1098, de la ley 1622 y de los centros de internamiento de los menores de edad, debe ser alto, frente al cumplimiento del gran número de normas existentes que son muestra de los objetivos preponderantes a cumplir por el ESD, v.gr. la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño; Convención de las Naciones Unidas de 1989, sobre los derechos del niño, ratificado por Colombia el 28 de enero de 1991; Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, posteriormente aprobada en Colombia a través de la ley 12 de 1992; Convenio relativo a la Protección del Niño y la Cooperación en materia de Adopción Internacional, pactado en La Haya, el 29 de mayo de 1993 (Ley 265 de 1996); Convención Interamericana Sobre Tráfico Internacional de Menores, aprobada en Colombia mediante la ley 470 de 1998.

Por tanto, las condiciones de protección relacionadas en los instrumentos internacionales, aprobados y ratificados por el ordenamiento jurídico interno, no evidencian resultados. Se reconoce la importancia universal de los menores de edad y la gravedad en la violación de sus derechos fundamentales de manera formal, pero tal protección de acuerdo al informe adelantado por la Defensoría del Pueblo, no encuentra asidero real en las circunstancias tangibles que los menores experimentan en los centros de internamiento. Entonces, el proceso de protección que enaltece al ESD en lo que respecta a los derechos de los niños, termina como muchos de los otros postulados de la Constitución Política de 1991, en *cúmulos de tinta muerta sin alcance alguno.*

Los hallazgos más relevantes encontrados por parte de la Defensoría del Pueblo en el análisis realizado en los centros de internamiento de menores de edad alrededor del país, revelan escenarios aterradores en donde las condiciones son mucho más cruentas que las vistas en prisiones para adultos. El informe relata situaciones como maltrato físico al momento de la captura, uso arbitrario de esposas y exceso de fuerza; recomendación del defensor de familia al adolescente para que se allane a cargos; configuración del concepto de peligrosidad de los adolescentes a cargo de los defensores de familia por su estrato social; cohibición del uso de la palabra en las diversas audiencias públicas; distanciamiento total entre los menores adolescentes con el juez encargado de desarrollar su caso; nula vinculación laboral una vez los menores adolescentes abandonan los centros de internamiento; limitación absoluta de entrevistas con los defensores públicos; inexistente aplicación de sanciones penales alternas; insalubres condiciones en las que adolescentes dentro de los 14 y 16 años se encuentran recluidas lactando a sus hijos; personal docente generando situaciones de maltrato verbal y psicológico a los menores en el momento de dictar cátedras, aminorando los intereses de los estudiantes; condiciones alimenticias totalmente desvirtuadas; deficiente y tardía atención en salud; imposición de planes de estudio y de trabajo sin contar con la opinión y las preferencias de los menores internos; posibilidades inexistentes de practicar deportes a causa de instalaciones inexistentes; falta de personal docente, pues un mismo profesor imparte cátedra de varios cursos a la vez dentro de una misma aula de clase con alumnos mezclados pertenecientes a varios niveles; aislamiento por lapsos de 2 a 40 días como castigo con condiciones cuestionables como lo son falta de luz, cama inadecuada, cero ventilación, carencia de baño; suspensión de visitas; exageradas medidas de seguridad en las requisas de los familiares; proscripción total de manifestaciones de afecto entre los menores como también la prohibición de cualquier tipo de actividad y socialización sexual; inexistentes sesiones terapéuticas con núcleos familiares; suministro de fármacos sin prescripción psiquiátrica a menores con trastornos del comportamiento; imposición de pena privativa de la libertad por recomendación del fiscal o el defensor público bajo el argumento de que los menores encontrarán mayores beneficios en los centros de internamiento, que las oportunidades que pueden encontrar en libertad; violación de la correspondencia de los menores adolescentes; inaplicabilidad de la separación de los menores de aquellos que ya cumplieron los 18 años; hacinamiento en condiciones de infraestructura obsoleta.

En suma, los centros de internamiento de los menores adolescentes presentan una violación masiva de derechos fundamentales v.gr, identidad, educación, salud, trato digno, participación, trato diferenciado, intimidad, debido proceso, Dignidad Humana. La opinión generalizada de los menores reclusos contra el sistema de responsabilidad penal para adolescentes es, *un claro resentimiento con el sistema penal. Por tanto eso es muestro de un tamiz de política criminal, diversa a una enraizada dentro de un ESD. Es posible identificarla con una política de Tolerancia Cero, de acuerdo a las características descritas en el capítulo primero del texto sub examine.*

La práctica jurídico penal permite ver contradicción entre las normas y las circunstancias en las que se desarrollan los centros de internamiento para adolescentes. La pena privativa de la libertad pedagógica y educativa no se aplica a cabalidad. La ley 1098 procura encontrar la manera de re direccionar la conducta y el rol social del adolescente, pero el Estado no lo materializa. Vistos los resultados del informe de la Defensoría del Pueblo, se ve como el ordenamiento jurídico *procura el castigo y no la resocialización del menor infractor*. Las prácticas y la infraestructura impiden la realización del acto educativo como tal, que permita generar en cada menor infractor espacios de reflexión. Los centros de internamiento están produciendo menores resentidos y posiblemente mejores delincuentes.

“La Comisión reafirma, además, que los Estados deben garantizar los derechos humanos de todos los niños privados de libertad, y que tienen la obligación de desarrollar acciones que permitan neutralizar o disminuir los efectos de-socializadores del encierro. Para ello, resulta indispensable que se evite en la mayor medida posible la vulneración de otros derechos distintos a la libertad ambulatoria, como la educación y la comunitarios, salud, y permitan el fortalecimiento de los vínculos familiares y comunitarios (Comisión Interamericana de Derecho Humanos, 2013, pág. 86)”.

Por tanto, estas circunstancias son muestra efectiva de como la práctica judicial penal, simplemente se permite depositar seres humanos menores infractores, en centros de internamiento para que no generen mayores sucesos de criminalidad en libertad, manteniendo la sociedad segura. *Absoluta Inocuidización – desarticulación de focos de delincuencia.*

TERCERA NORMA. La ley 1761 de 2015, es un de las leyes más importantes que se han sancionado en los últimos años por el grado de importancia, critica y contenido emocional

que ha movido la consciencia colectiva, en manos de congresistas como la parlamentaria Rosmary Martínez, militante del partido Cambio Radical quien abanderó el trámite de la ley en debates. Rosa Elvira Cely, fue la mujer objeto de uno de los crímenes más atroces en la ciudad de Bogotá a través del mecanismo de empalamiento, determinando el suceso desgarrador que disparó la atención frente a los actos de violencia contra la mujer. Para comenzar a desglosar las particularidades que la Ley Rosa Elvira Cely trae consigo, es pertinente realizar comentario a algunas particularidades de la misma.

En primera instancia, se refiere la materialización de un fenómeno de *populismo punitivo* – ya analizado en este contexto-, nativo hoy en día en las sociedades de Latinoamérica, en donde la comunidad –en coadyuvancia con políticos en ascenso- realizan injerencia en la política criminal y evidencian su deseo de castigo ejemplar frente a delitos de gran magnitud que se presentan, obedeciendo a intereses particulares.

El segundo instancia, refiere a la exposición de motivos que la Ley 1761 de 2015 posee y las razones expuestas en dicho escrito para elevar a norma el delito autónomo de *Feminicidio*. El escrito de exposición de motivos al que se refiere es el Proyecto de Ley 107 de 2013 (Congreso de la República, 2013), en el cual el Legislativo se encarga de evidenciar socialmente las causas bajo las cuales pretende instaurar la nueva conducta punible en cita. Inicialmente, el párrafo 1 del artículo 4 del Proyecto de Ley, estipula como la sanción a aplicar siempre será la medida de aseguramiento en establecimiento carcelario, sin posibilidad de aplicar medidas no privativas de la libertad descritas en el artículo 307 literal B, como tampoco el beneficio de sustitución de la detención preventiva prevista en el artículo 314 de la Ley 906 de 2004. Con esto, es el primer antecedente que comprueba los objetivos del presente ejercicio de investigación y demuestra lo dicho por la Presidencia de la República en los informes de seguimiento al ECI, en lo que respecta a que será imposible superar el ECI si el legislativo no alinea sus ideales de política criminal, a los ideales de la Constitución y la jurisprudencia en lo que se ha dispuesto para superar el ECI a través de su línea jurisprudencial penitenciaria. La Corte Constitucional en la sentencia T-388 de 2013, - contemporánea al escrito de Exposición de Motivos del Proyecto Ley 107 de 2013- declara la persistencia del ECI luego de una ardua disertación, de la cual el Congreso de la República tenía pleno conocimiento, aportó información y fue partícipe de la decisión de la Corte al caso *sub examine*.

“El doce (12) de octubre de dos mil once (2011), la Secretaria General de la Comisión Segunda de la Cámara de Representantes (Relaciones exteriores y Defensa Nacional), Pilar Rodríguez Arias, remitió a la Corte Constitucional copia de las Actas de las sesiones del veinticuatro (24) y el treinta (30) de agosto de dos mil once (2011) de dicha Comisión parlamentaria, fechas en las cuales se adelantaron debates de control político acerca de la grave crisis del Sistema penitenciario y carcelario (...)En estas deliberaciones se plantearon varios de los problemas estructurales que afronta el Sistema en la actualidad, y el Gobierno Nacional (a través del Ministerio de Justicia y del Derecho y del Director del INPEC) reconoció la gravedad de la situación, aunque a la vez hicieron referencia a las acciones que se están adelantando para hacer frente a estos problemas (C. Const, 2013, pág. 58)”.

De tal forma, de acuerdo a la motivación vista en el Proyecto Ley 107 de 2013, la hipótesis de la presente investigación encuentra prueba manifiesta, ya que teniendo presente desde 2011 la crítica situación del ECI penitenciario, el Congreso de la República muestra desinterés frente al tema y en el Proyecto de Ley antedicho, procura optar por una política criminal que busca usar la prisión como único mecanismo de sanción penal, con finalidad directa de represión extrema al delincuente. Si el parágrafo 1 del artículo 4 del Proyecto Ley 107 buscaba la imposición de la prisión como constante sanción al delito, entonces queda desapercibida la labor del Legislativo para solucionar el ECI y la crisis del ESD en lo que respecta al cumplimiento del fin resocializador de la pena para los sentenciados penalmente. Consecuentemente con lo anterior, el parágrafo 1 del artículo 4 del Proyecto Ley 107 proscribía de igual forma la aplicación de subrogados penales, sustitución de la pena, suspensión condicional de la condena, preacuerdos con la Fiscalía, libertad condicional; previstos en la Ley 599 de 2000, por lo que se evidencia dentro de los motivos una postura férrea e *intolerante* contra el delito, en contradicción directa con los fines de la pena para el ESD y los ideales de la Corte Constitucional en superar el ECI.

En tercera instancia, la exposición de motivos bosqueja como justificación la necesidad de *una respuesta penal más contundente y adecuada a la gravedad de los hechos frente a un problema que crece en el país* (Congreso de la República, 2013), referenciando como los asesinatos contra las mujeres configuran la violación de derechos humanos y tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Interamericana para prevenir y erradicar la violencia contra la Mujer, La Declaración de Beijing, etc; pero no evidencia la problemática

totalmente, sino que la pone de manera parcializada y desequilibrada. Si bien los asesinatos contra las mujeres evidentemente pueden estar violando múltiples tratados internacionales, lo cierto es que la imposición de penas tan altas dentro del ordenamiento jurídico y usando la *última ratio*, para consolidar ese proceso, también viola Tratados Internacionales como lo es la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanas, o Degradantes ratificada por el Estado Colombiano mediante Ley 70 de 1986, entendiendo como tratos crueles o inhumanos, todos aquellos desarrollados de manera dolosa con el fin de causar dolores físicos o mentales. De igual manera, desarrollar una política criminal con el aumento excesivo de penas como el pretendido por el Proyecto Ley 107 de 2013, puede contrariar *Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos* (Organización Naciones Unidas, 1957). De lo anterior se colige que, las iniciativas desarrolladas procuran una política criminal parcializada, que desconoce sobremanera los derechos humanos del delincuente, privilegiando únicamente a la víctima.

En cuarta Instancia, la exposición de motivos en su primera razón *–necesidad de la penalización–* entusiastamente evidencia como la criminalidad de la mujer debe ser tenida en cuenta toda vez que la mujer es un ser vulnerable que amerita protección. De tal suerte, se refiere como México, Costa Rica, El Salvador, Nicaragua, Guatemala, Chile, le otorgan la importancia necesaria al *Feminicidio* al considerarlo como un delito autónomo; al denotar que este tipo de delito supera las connotaciones usuales de un homicidio por las condiciones en las cuales se denigra totalmente la Dignidad Humana de la mujer, entrelazando una aberración al natural hecho pertenecer a tal género. Por tanto, se exalta la necesidad de configurar el delito autónomo del *Feminicidio* y generar así una función de prevención general frente a tal delito, aunado a la evidenciada incapacidad estatal para finalizar la seguidilla de delitos en contra de las mujeres. Continúa la exposición de motivos refiriendo como asociaciones y redes de mujeres han optado notificar a la ONU y a la CIDH la situación de la criminalidad contra las mujeres para que dichas entidades internacionales procuren exhortar al Estado para que solucione la situación de alguna manera.

Ponderando entonces como bien jurídico tutelado la *vida de la mujer*, catalogando el tipo penal como un delito pluri-ofensivo que puede afectar más bienes jurídicos v.gr. Dignidad Humana; se fundamenta la necesidad de la configuración del delito autónomo bajo las estadísticas desarrolladas anualmente por parte del Instituto de Medicina Legal año a año,

dejando de lado una particularidad relevante. Se fundamenta la necesidad de catalogar el delito autónomo de *Feminicidio* y la posterior estructuración de una *sanción ejemplarizante* (Congreso de la República, 2013), con base en estadísticas que año a año no evidencia un aumento considerable, sino que por el contrario presenta una manifestación estable, con anualidades con tendencia a la baja, “*en general, la violencia intrafamiliar contra las mujeres disminuyó, pues en el 2011 representó el 85%, mientras que en 2012 el 83%* (Congreso de la República, 2013, pág. 22)”.

Pero si bien las cifras son estables, la exposición de motivos refiere como múltiples de las acciones penales que se desarrollan frente a delitos contra la mujer, se encuentran inactivos a causa de la inoperancia de las autoridades estatales; por tanto, la impunidad radica en la incapacidad del Estado en Administrar justicia al respecto de manera eficaz.

“Con la aprobación de estas leyes los países se proponen desarrollar una política criminal con perspectiva de género que fortalezca por un lado, las estrategias de persecución y sanción de los responsables de los hechos de violencia contra las mujeres y, de otro, garantice la reparación y compensación de las víctimas (Congreso de la República, 2013)”.

Pero si bien el Proyecto de Ley 107 de 2013, hace uso de múltiples argumentos para fundamentar la viabilidad de la promulgación de la norma, basándose en tres argumentos principales, i) necesidad de la criminalización del feminicidio, ii) aumento de la comisión de conductas de violencia en contra de las mujeres, iii) incapacidad de la justicia colombiana para resolver los casos de violencia contra la mujer.

Frente al primer argumento, es de anotar como la necesidad de consolidar la protección de la mujer como bien jurídico de obligatoria protección, nace a raíz del escándalo mediático que en la sociedad se hace frente a la violencia contra la mujer –*que si bien es un ítem preponderante de protección*-, sin que tal sujeto de protección se encontrara indefenso bajo el ordenamiento jurídico, toda vez que no existía antes del Proyecto Ley 107 omisión legislativa al respecto. Es de recalcar como la Ley 1257 de 2008, ya poseía un amplio margen de protección contra la mujer, advirtiendo la gravedad del fenómeno de violencia contra este género y teniendo presente como agravante del homicidio, la comisión de la conducta contra las mujeres.

Por tanto, si frente al tema no existió omisión legislativa, el hecho de pretender estructurar un delito autónomo frente algo ya legislado, admite la configuración de *Pleonasmo*. Tanto las lesiones personales como el homicidio contra la mujer, ya se encontraba establecido; por

lo que la estructuración de la exposición de motivo refiere entonces a percepciones en masa emocionales, más que a referentes científicos comprobables de efectividad en el control del delito siempre que se avale la imposición de la nueva norma. Es rescatable la intención de la exposición de motivos en lo que refiere a la búsqueda de una protección plena de la mujer contando con argumentación internacional, pero carece de un aspecto indispensable. La exposición de motivos no demuestra empíricamente, como la edificación del nuevo tipo penal, generará reducción de este tipo de conductas.

“si se tiene en cuenta el carácter de ultima ratio del derecho penal, que debería llevar por el camino contrario: todo proyecto de ley que buscara aumentar el campo de acción del poder punitivo del Estado debería llevar una sólida argumentación y con evidencia empírica de la necesidad de la reforma propuesta; empero, en este caso se advierte la ausencia de un fundamento razonable de la necesidad de la reforma, lo que inevitablemente trae a la memoria que una de las características de la punitividad es la indiferencia hacia la evidencia existente o hacia su búsqueda u obtención en relación con la idoneidad, para hacer frente al conflicto social de la reforma normativa (Velandia, 2017, pág. 32)”.

Por tanto, pretender que la imposición de un nuevo delito con penas exorbitantes reducirá automáticamente la presencia del delito, orienta la efectividad del sistema penal, hacia el imaginario de que las penas altas son el óbice que los delincuentes avizoran, de manera *a priori* siempre que vayan a cometer conductas delictivas; lo cual no posee un sustento demostrativo que así lo indique.

“En consecuencia, no se comprende cómo la sola criminalización del feminicidio puede mejorar la eficacia del sistema penal en el procesamiento de casos de violencia contra la mujer por motivos de género y, por ende, el poder disuasorio del derecho penal. Así, la eficiencia del sistema penal no depende de las normas, fetiche normativo, sino de diversos factores ajenos por completo a la tipificación de una conducta como delito o del monto de la pena que se le fije (Velandia, 2017, pág. 35)”.

Como segundo argumento sólido que la exposición de motivos plantea, se tiene el aumento de la violencia contra las mujeres. La exposición de motivos, enraíza sus fundamentos, denotando múltiples gráficas y estadísticas del aumento de la criminalidad contra las mujeres en el país. Se analiza el fenómeno en las principales ciudades capitales, ilustra las causas bajo las cuales las mujeres son agredidas, como también el sujeto activo reiterativo en la comisión de la conducta. Pero la tarea de demostrar el aumento de la criminalidad reporta una falencia.

La exposición de motivos toma los datos del Instituto Nacional de Ciencias Forenses, detallando estadísticas de más de un lustro en donde las cifras reportan una presencia constante. No se avizora un aumento desaforado que permita inferir que el aumento de la criminalidad se desbordo inexplicablemente en periodos cortos de tiempo y que en consecuencia exigiera nuevas herramientas de control del delito. Por el contrario, con las cifras soportadas, el manejo que se le da al tema con base en el código penal y la ley 1257, permitía una adecuada administración de justicia. Por tanto, el pretender configurar un nuevo tipo penal, haciendo uso únicamente de los reportes de Medicina Legal, nunca fue suficiente.

“Por otra parte, lo que muestra el examen detallado de la información de un periodo de catorce años previos a la presentación del Proyecto de Ley 107 de 2013 es que la situación de violencia letal y no letal en contra de la mujer, dentro de unos contextos de género y familiar, no estaba en una situación de descontrol o de aumento. Las cifras han estado en un proceso oscilatorio, pero se han mantenido cerca de unos guarismos: no se han desbordado excesivamente ni se han disminuido significativamente (...)Lo anterior pone de presente que, desde el punto de vista de las cifras, no existía justificación para el uso del derecho penal, porque no se comprende cómo la simple criminalización del homicidio en contra de una mujer por motivos de género, nominado como feminicidio, iba a ayudar a disminuir su ocurrencia; por el contrario, lo que se colige es que la tipificación del feminicidio no es más que un uso simbólico del derecho penal y en aras de obtener prestigio electoral por parte de quienes fungieron como autoras de dicho proyecto (Velandia, 2017, pág. 47)”.

Reviste de contundencia la doctrina, lo señalado frente a las estadísticas proporcionadas por Medicina Legal. Si lo necesario era demostrar el aumento año a año de la criminalidad frente a la mujer, debió contar la exposición de motivos con un estudio mucho más profundo al respecto. No es de recibo aseverar que la criminalidad ha aumentado, teniendo de por medio cifras que presentan una constante identificada.

Como argumento final de la exposición de motivos, se establece *la incapacidad del Estado en la Administración de Justicia frente a los delitos ocurridos contra la mujer*. El principal argumento que se establece en este tópico, se orienta a establecer la impunidad como constante en los procesos de administración de justicia; pretendiendo hacer a un lado inconveniente operativos que demarcan esa ineficacia de las instituciones estatales. En primer lugar, es de advertir como la congestión en la Fiscalía General de la Nación, se encuentra en las múltiples denuncias que se llevan años estancadas en etapa de investigación,

tal y como lo reportan las estadísticas de la institución (Fiscalía General de la Nación, 2018). Subsiguientemente a la eventualidad de la diezmada maduración de las denuncias penales en juicios, debe tenerse presente de igual forma, la existencia de una criminalidad oculta que nadie conoce y que en temas de violencia contra la mujer puede ser colosal, toda vez que no todas las mujeres se atreven a denunciar. Es una particularidad que caracteriza la sociedad y frente a la cual el Estado no posee responsabilidad alguna para asegurar la eficacia de la administración de justicia frente a casos en los cuales las víctimas no denuncian.

“Como su propio nombre lo sugiere, la expresión criminalidad real hace referencia a la totalidad del fenómeno de la criminalidad, esto es, a la sumatoria de todos los delitos, contravenciones y demás conductas desviadas de relevancia criminológica que tienen ocurrencia en una sociedad determinada en un tiempo igualmente determinado, con independencia de que tales conductas hayan o no llegado al conocimiento de los órganos a quienes se ha encomendado el ejercicio institucional de la reacción social contra esas formas de comportamiento divergente definidas, por las esferas del poder, como socialmente nocivas (Restrepo Fontalvo, 2008, pág. 29)”.

Por tanto, considerar que el fenómeno de la criminalidad contra la mujer se encuentra establecido con las estadísticas que el Instituto Nacional de Medicina Legal aporta a través de su sistema *Forensis*, será una equivocación toda vez que no se tendrá en ningún tiempo y lugar un referente exacto de estadísticas siempre que no se consolide a cabalidad la información. Que los escasos eventualmente estén reportados en el Instituto Nacional de Medicina Legal, no significa que representarán las mismas causas penales que obtienen una adecuada administración de justicia en sede judicial, a razón de que no todos los casos culminan en juicio oral.

“Con la expresión criminalidad oculta se alude a aquella parte de la criminalidad real que no se refleja en los registros oficiales, bien porque no es conocida por las autoridades o porque, a pesar de ser conocida por ellas, estas no la reportan en los datos entregados al conocimiento público (Restrepo Fontalvo, 2008, pág. 30)”.

De tal suerte que la impunidad deriva de varios factores. La exposición de motivos no refiere en qué medida, la creación del delito autónomo del *Feminicidio*, acabará con los índices de impunidad frente a los casos respectivos, mucho más con factores que salen del control de cualquier institución como la criminalidad oculta. Si bien es cierto que el Estado presente inconvenientes de operatividad, congestión y poca efectividad en ventanas temporales ideales para procurar la sanción penal; la exposición de motivos no proporciona una solución

práctica al tema, sino que se orienta a considerar como la consolidación del delito autónomo en cita repercutirá en la consciencia colectiva para que el infractor se abstenga de delinquir.

“el aumentar las penas, como ocurrió con la Ley 1761 de 2015, solo tendría como efecto que quien quisiera cometer un delito de feminicidio adoptara más medidas para evitar ser descubierto como autor del delito, porque en lo que concierne a la modalidad irreflexiva de la conducta, el aumento de pena cuantitativo o cualitativo no tendría ningún efecto. De hecho, basta mirar las noticias para advertir que las conductas de feminicidio son cometidas incluso a pesar de que las víctimas hayan adoptado todo tipo de medidas preventivas (Velandia, 2017, pág. 53)”.

En suma, la consolidación de argumentos de la exposición de motivos del Proyecto de Ley 107 de 2013, obedece más a razonamientos especulativos, emocionales en busca de la imposición de venganza auspiciada estatalmente. Una muestra de un derecho penal simbólico que es factible asemejar con la *Política Criminal de Tolerancia Cero*, por lo menos en lo que al aspecto formal se establece.

En quinta instancia, es posible identificar el mimesis que, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, se hace de disposiciones legislativas desarrolladas en Estados Unidos movidas dentro del estilo de política criminal de *Tolerancia Cero*, en lo que respecta al bautizo de las normas en honor a la víctima v.gr. Ley Megan. Esto quiere decir, que Colombia está cayendo en el proceso de edificar normas con el objetivo de realizar una defensa contundente de la víctima como protagonistas del sistema penal hoy en día. La ley de *Feminicidio*, siempre será conocida y recordada como la Ley Rosa Elvira Cely y el sustrato de fondo que tiene inmerso será siempre, la aseveración de la reacción penal con el fin de generar mayores parámetros de justicia y la desarticulación final del delincuente.

En sexta y final instancia frente a la Ley 1761 de 2015, es necesario puntualizar el *quantum* de las penas que se establecen. La ley 599 del 2000 artículo 104, luego de la modificación realizada mediante ley 1257 del año 2008, numeral 11, establecía como circunstancia de agravación el hecho de que el homicidio se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer. Por tanto, la pena de prisión bajo este agravante refería de 25 a 40 años, sin considerar al artículo 14 de la ley 890 de 2004 en donde se establece que las conductas penales de la parte especial del código penal, serán objeto de aumento en una tercera parte para el mínimo de la pena consagrada en cada tipo, hasta la mitad en el término máximo de la pena del mismo. Por lo anterior, antes de la expedición del *Feminicidio*, las penas frente al delito de

homicidio en contra de una mujer, podían ascender al termino máximo estipulado en el artículo 2 de la ley 890 de 2004, es decir una pena de 50 años de prisión.

La ley 1761 puede considerarse simplemente como un episodio más de inflación legislativa, orientada por un claro *populismo punitivo* en contravía directa de principios básicos de derecho penal como lo son la intervención mínima y carácter fragmentario del mismo, ya que los 2 nuevos artículos en el código penal referenciados como 104A y 104B colocan una pena con rango de 20 años hasta 40 años y circunstancias de agravación en donde el aumento permite un nuevo ascenso de 40 años en el mínimo a 50 años en el máximo.

La significación de construir un delito autónomo para el Femicidio, a toda luz evidencia como, una circunstancia de agravación para el homicidio fue mutada a un delito autónomo y a su vez se le atribuyen nuevas ramificaciones como agravantes. Se presenta un proceso legislativo mediante el cual, *se le imponen agravantes a una previa agravante del homicidio*. En este entendido, si un recluso debe cumplir 50 años de prisión hostigado por el fenómeno del hacinamiento y las condiciones insalubres en las que las prisiones se encuentran (Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, 2018), las posibilidades de resocialización se anulan radicalmente. Esta es la situación que enfrenta Javier Velasco Valenzuela, asesino de Rosa Elvira Cely que, con su edad de 44 años de edad, fue condenado a una pena de prisión de 48 años intramuros, por lo que el sistema penal y el ESD enmudece las posibilidades de resocialización a la que tiene derecho, ya que la pena de prisión que enfrenta supera su expectativa de vida. Posiblemente no le alcance la vida para pagar la condena.

Leyes como ésta son las que contribuyen a que el *ECI* sea una realidad vigente en el ordenamiento jurídico colombiano en contravía de los esfuerzos que el poder ejecutivo y el poder judicial realizan para superar la crisis carcelaria. El legislativo es confuso en su intención puesto que desde el 2008 con la ley 1257 dispone un catálogo amplio de artículos destinado a la protección de la mujer en todas las circunstancias posibles, por lo que la expedición de la nueva ley de *Femicidio* es simplemente una herramienta mediática de proselitismo y *populismo punitivo electoral* (Velandia, 2017, pág. 56), que pone la atención de la política en la violencia de género, ya protegida en la ley 1257 en lo basto de su articulado.

Pero como si las complicaciones que ésta ley pone en lo que respecta a la *Resocialización del reo* y la contravención a las enseñanzas del derecho penal liberal a manos de *Beccaría*

en lo que respecta a penas de corta duración, el artículo 4 de la Ley 1761 de 2015 al adicionar el inciso segundo al artículo 119 del código penal, estipula como las penas se aumentarán en el doble cuando la conducta de *Feminicidio* referida en el artículo 104A, se cometa contra niños y/o niñas menores de 14 años o cuando la conducta se cometa contra una mujer por el hecho de ser mujer. Si las circunstancias son así, entonces la Ley 1761 de 2015 mediante ese inciso, abre la posibilidad de considerar formalmente la imposición de una pena equivalente a 1000 meses de prisión para un sentenciado, ya que el artículo 104A estipula una máxima de 500 meses. Por tanto, el inciso número 2 del artículo 119 del código penal, es contrario al artículo 37 del mismo cuerpo normativo en donde el numeral primero refiere como máxima duración de la pena, el término de 50 años.

Es así que, la tipificación del Feminicidio es una muestra de *Tolerancia Cero*, en defensa de las víctimas, inflación legislativa, proselitismo político, desarticulación del delincuente y puesta en peligro de los presupuestos básicos del sistema penal del ESD, v.gr. Dignidad Humana.

CUARTA NORMA. Siguiendo el orden del presente contexto una nueva ley que es de necesaria referencia, como ejemplo de la política criminal desorientada que el Estado desarrolla en contra de los fines de la pena pregonados por el ESD, es la ley 1773 de 2016. Natalia Ponce, es agredida por un individuo que vierte sobre su rostro, agente químico corrosivo que le genera secuelas y deformidad física.

Este delito, vuelve a caldear los ánimos de la sociedad y una vez más el legislador es receptor de las pasiones de la sociedad, materializándolas en un nuevo episodio de *populismo punitivo*, *específicamente, un nuevo evento de punitividad emocional.*

Pero además de la alarma social generada con ocasión del delito referenciado, las implicaciones legales no se hicieron esperar y contemplaron un nuevo escenario de inflación punitiva. En enero del año 2016, es sancionada la ley *Natalia Ponce* y con ella el fenómeno de incremento de penas vuelve a ser protagonista. Por tanto la Ley 1773 de 2016 puede, explicarse de acuerdo a las siguientes particularidades.

En primera instancia, es menester hacer mención de la exposición de motivos que la Ley 1773 de 2016 posee desde el instante en el cual se presentó el Proyecto Ley 016 de 2014. Dentro de dicho Proyecto Ley, pueden identificarse cuatro motivos relevantes que determinaron la producción de nueva normatividad para procurar la solución de nuevos casos

de lesiones personales a través de agentes químicos corrosivos. Los motivos se describen así, i) el aumento de la comisión de ataques con ácido, ii) daño irreparable y permanente, iii) sistema de penas de otros países, iv) incapacidad de la justicia colombiana para administrar justicia.

Lo primero por decir, refiere a que tales motivos expuestos en el Proyecto de Ley 016 de 2014, fundamento de la Ley 1773 de 2016, son altamente coincidentes con los establecidos para la estructuración de la Ley Rosa Elvira Cely. Raya con lo insano, descubrir cómo, antes del hecho nefasto que tuvo como víctima a Natalia Ponce de León, ocurrieron diversos casos similares, pero solo fue en esta ocasión en donde las autoridades estatales ofrecen una recompensa por más de 70 millones de pesos y en donde se mueve el aparato legislativo para generar nuevas normas en miras a erradicar el problema a través de mayores penas.

El primer motivo referido en el Proyecto Ley 016, establece como se ha presentado un aumento en la comisión de ataques con ácido, pero afortunadamente, se presenta la misma falencia advertida para el caso de la Ley Rosa Elvira Cely. El fundamento bajo el cual el Proyecto de Ley 016 estructura el argumento del aumento de la comisión de Delitos se desarrolla con base en las estadísticas ofrecidas por el Instituto de Medicina Legal y el consolidado *-forensis-* año a año. Desde el año 2000, el Instituto Nacional de Medicina Legal, se ha permitido realizar estadísticas frente a la comisión del delito de lesiones personales estructurando consolidados dentro de diversos campos de acción como lo es violencia intrafamiliar, homicidio entre parejas, homicidio a manos de desconocidos; denotando que el agente químico corrosivo, no ha sido determinado en las estadísticas como el elemento configurativo de la comisión de la conducta. Advertida esta situación, el texto de la exposición de motivos se permite asegurar como la conducta de lesiones personales con agente químico corrosivo ocurre en mayor medida contra las mujeres, dejando a un lado los datos de las estadísticas año a año que referencia, en donde se evidencia que la comisión de la conducta no siempre evidencia un aumento considerable por encima de las cifras referenciadas por conductas cometidas contra hombres. Si bien algunas estadísticas permiten inferir que existe mayor reporte de casos frente a los cometidos contra hombres, encuentran óbices las afirmaciones cuando la estadística tiende a la baja del año 2009 hasta 2014.

“En los medios de comunicación se hizo mención a un informe del INMLCF que daba cuenta de que entre 2004 y 2013 los ataques eran similares en número por géneros: “De las 926 víctimas de

ataques con ácido que reporta el Instituto Colombiano de Medicina Legal para el periodo que va del 2004 a 2013, 471 son mujeres y 455 son hombres. Y eso no es lo más llamativo. Si el ataque a Natalia Ponce hubiera ocurrido en 2008, 2010 o 2011, los comentaristas y analistas se habrían visto en serios aprietos para argumentar que el problema del ácido en Colombia es un asunto de violencia machista contra las mujeres: en cada uno de estos años, la proporción de víctimas masculinas superó a las femeninas (Velandia, 2017, pág. 67)”.

Pretender estructurar una exposición de motivos, cumpliendo la exigencia que la Ley 5 de 1992 exige, debe realizarse de manera acuciosa y responsable. No debe ser un ejercicio especulativo y con defecto científico en lo demostrativo, toda vez que de ello depende política criminal pública que puede llegar a lacerar derechos fundamentales de la población carcelaria.

“no existe evidencia de un aumento significativo en los ataques mediante el uso de agente químico, álcalis, sustancias similares o corrosivas que justificara la expedición de la Ley 1773 de 2016 y, mucho menos, el aumento tan drástico que ella comportó en la pena imponible a tal comportamiento. Tampoco existe evidencia de una diferencia importante entre el número de mujeres y hombres agredidos de tal manera: carencia de justificación que se hace más evidente si se tiene en cuenta el aumento de pena que ya se había dado en relación con este tipo de conducta a través de la Ley 1639 de 2013 (...)es importante destacar la similitud en número de agredidos por género, para así demostrar lo injustificado de este tipo de argumento que ha sido empleado tozudamente como justificación de cambios legislativos sobre el particular (Velandia, 2017, pág. 68)”.

De esta manera, tal cual como ocurrió con la Ley Rosa Elvira Cely, se fundamenta un cambio legislativo basado en estadísticas incompletas del Instituto de Medicina Legal, que con información contradictoria es el sustento de nuevas disposiciones de derecho penal simbólico que procura robustecer el sistema penal a través de penas mucho más altas y nuevos delitos exigidos por la ciudadanía, presa dentro del fenómeno de *punitividad emocional*.

El segundo motivo del Proyecto Ley 016 de 2014, refiere a *la gravedad del daño y su irreparabilidad*. Dicho argumento orbita alrededor de las secuelas que para la víctima se generan luego de desarrollado el ataque con agente químico, secuelas que por generalidad se ubican en cara y cuerpo, desbarajustando la vida en relación del ser humano, la integridad física y psicológica de la víctima. Si bien, las secuelas son de amplia consideración por la gravedad que representan y por los efectos nefastos que causan, lo cierto es que no son los únicos daños graves e irreparables que puedan predicarse luego de la comisión de una

conducta punible. Frente a otro tipo de conductas delictivas, las consecuencias enmarcan en igual magnitud o en una mayor, daños graves irreversibles insospechados. Pretender usar este argumento con el fin de sustentar una propuesta legislativa es realizar una mirada sesgada de la fenomenología social delictiva y así mismo propender por estructurar una legislación penal acomodada a los intereses de solo ciertos delitos.

“la gravedad e irreparabilidad de las consecuencias de los ataques mediante el uso de agente químico, álcalis, sustancias similares o corrosivas no es un argumento exclusivo ni novedoso de este tipo de agresiones, como quiera que ya ha sido usado en relación con las consecuencias de otro tipo de delitos; tampoco es satisfactorio como razón suficiente para el aumento exorbitante de la pena imponible hecho mediante la Ley 1773 de 2016, pues otros mecanismos causales pueden producir iguales o peores consecuencias, y ello no es por sí mismo justificante suficiente para el incremento punitivo censurado. (Velandia, 2017, pág. 71)”.

Ejemplo de la magistral cita referida, son los casos en los cuales un hurto puede desencadenar lesiones personales mediante proyectil de arma de fuego que impacte en la columna vertebral o en su defecto puñalada generada con arma blanca, que genere como daño grave e irreversible, el estado de paraplejia en la víctima. Por tanto pretender configurar el argumento del daño grave irreparable, no es de recibo dentro del proceso de configuración de política criminal, ya que si es permitido para el delito de lesiones personales a través de agente químico corrosivo; deberá entonces ser permitido para todos los delitos que lleven inmerso daño grave irreparable, lo que desbocaría en mayor medida el derecho penal, el principio de *intervención mínima, fragmentariedad del derecho penal y ultima ratio*.

Como tercer fundamento de la exposición de motivos del Proyecto Ley 016 de 2014, se tiene una referencia al Derecho Comparado. En esta misiva los expositores del proyecto ley se permiten referir las circunstancias en las cuales disposiciones penales normativas se desarrollan en países como Afganistan, Pakistan, Bangladesh, India, denotando la importancia que para tales naciones implica el desarrollo de normatividad penal orientada hacia un retribucionismo neto v.gr. *Ley ta'zir – penas qisas*, pero sin poner de presente la incongruencia de la propuesta. Pretender imponer legislación foránea en un Estado perteneciente a circunstancias de tiempo, modo, lugar, totalmente diversas al lugar en el cual se produjo la disposición normativa; no representará los mismos efectos prácticos, toda vez que no todas las sociedades son iguales, ni permiten una interpretación social idéntica.

“debe exponerse por qué es razonable inferir que el cuerpo normativo foráneo tendrá efectos similares en el entorno en el que se pretende copiar y emplear, pues si tal análisis no se hace estaremos en presencia de una argumentación vacía (...) Analizar qué diferencias sociales, políticas, económicas, etc., entre los países modelo y receptor pueden representar obstáculos en la aplicación exitosa de la disposición normativa en el receptor, con el fin de tomar las medidas necesarias para eliminarlos o, en el evento de que sea imposible, descartar el establecimiento de dicha disposición (Velandia, 2017, pág. 72)”.

Denotar el trabajo legislativo que se ha desarrollado en otras naciones, en sí mismo no evidencia problemática alguna en miras a desarrollar un proceso de mimesis de dichas disposiciones normativas; lo que se cuestiona es la pertinencia en la selección de las naciones que se pretenden usar como ejemplo a seguir. El ejercicio de adoptar disposiciones de otros países en un ejercicio sano de derecho comparado, deberá siempre tener presente que las naciones tengan una proximidad geográfica, social, intelectual, jurídica, en procura de que las disposiciones normativas que se pretenden adoptar tengan circunstancias similares de aplicación, para evidenciar resultados tal cual como se espera. El simple hecho de señalar alguna nación que ya ha desarrollado avances frente al tema, no es suficiente para denotar la importancia de estructurar en el ordenamiento local, normatividad que en otra latitud global ya se ha gestado. El ejercicio debe ser responsable, acucioso y mucho más profundo, acompañado de referentes válidos que lo argumenten positivamente.

Como último fundamento relevante de la exposición de motivos del Proyecto Ley 016 de 2014, se tiene la impunidad frente a los ataques con ácido, que las autoridades institucionales se permiten frente a la judicialización del ataque con agente químico corrosivo. Para el caso en cuestión, debe mencionarse que las circunstancias refieren en igual medida a las establecidas para el Proyecto 107 de 2013, en donde se coloca la *impunidad* como razonamiento favorable a la construcción de la nueva norma.

Los autores del Proyecto Ley 016, se permiten concebir como es necesario el aumento de la punitividad y la creación de un delito autónomo para asegurar que no se presentará mayor impunidad frente a esta conducta, desconociendo como la impunidad frente a la conducta delictiva obedece a factores diversos que dependen de muchos protagonistas. Como se dejó anteriormente determinado para la Ley Rosa Elvira Cely, existen factores que permiten la impunidad dentro de la consecución de un delito de alto impacto como lo es el *feminicidio* y los ataques con ácido. La impunidad en este caso puede depender de circunstancias como la

falta de denuncia por parte de la víctima, las dificultades probatorias que el proceso entretene, las etapas del proceso, requerimientos específicos procesales, menguados recursos económicos y humanos estatales para adelantar la judicialización, complejidad estructural y funcional del sistema penal. Por tanto las causas de la impunidad se configuran en conjunto como problemáticas que la simple expedición de normas no soluciona, sino que requiere de esfuerzos anexos por parte de las ramas del poder público para poder solucionarlos, v.gr. congestión en Fiscalía General en la evacuación de denuncias penales estancadas en etapa de indagación, como ya se planteó previamente en Ley Rosa Elvira Cely.

En lo que al ataque de ácido, respecta uno de los principal obstáculo será la imposibilidad de la denuncia, toda vez que muchas de las veces la víctima, no tendrá claridad frente a la identificación del agresor por la premura del tiempo con la que los acontecimientos se desarrollan.

“De todas maneras, sí que debe mencionarse que el tema probatorio en cuanto a la identidad o individualización del autor de ataques mediante el uso de agente químico, álcalis, sustancias similares o corrosivas se dificulta por la misma modalidad de su ejecución, pues generalmente el agresor ataca a una víctima desprevenida que no alcanza a verlo, porque además la reacción inmediata de dolor y preocupación por las consecuencias hacen que la atención cambie de foco (Velandia, 2017, pág. 74)”.

El derecho penal no posee un efecto disuasorio para el delincuente, toda vez que el proceso de inflación de penas y normas penales, se viene desarrollando en el ordenamiento jurídico desde momentos posteriores a la expedición de la ley 599 del año 2000; por tanto, si la disuasión fuese factible a través de nuevas normas, el delito en muchas de sus vertientes había desaparecido.

Por el contrario, lo que estructura este escenario, es que el infractor primario o el reincidente, al momento de cometer la conducta, utilicen mejores mecanismos para ser descubierto y se abstenga de ser objeto del proceso de judicialización.

En esta medida, analizados los motivos del Proyecto Ley 016 de 2014, la fundamentación del mismo es insuficiente para pretender configurar una nueva disposición penal. Se pretende que automáticamente la configuración de la norma, procure bajar las tasas de criminalidad, establezca un efecto disuasivo en los infractores y que restablezca los derechos de las víctimas; eventualidades que no se desarrollan en esa medida. La Ley Natalia Ponce, es un episodio más que evidencia la contradicción de la Política Criminal desarrollada por el

legislador, contraviniendo la necesidad imperiosa del ESD en acabar con el ECI penitenciario y enmarcando un derecho penal simbólico férreo retribucionista con el delincuente, asimilable con las características propias de una política foránea de *Tolerancia Cero*.

En segunda instancia, es relevante dejar presente las manifestaciones que al caso concreto realizó el Consejo Superior de Política Criminal. En un documento en el cual expone su punto de vista, el CSPC, rechaza totalmente la construcción de una nueva norma que pretenda generar control social en lo que respecta a la conducta de lesiones personales a través de agente químico corrosivo. Advierte como las cifras presentadas en el Proyecto Ley 016 de 2014 son cuestionables, toda vez que las estadísticas presentadas por el Instituto de Medicina Legal y Forense, son contradictorias con aquellas ofrecidas por otro tipo de documentos como los proporcionados por el Centro de Estudios y Análisis de Convivencia y Seguridad Ciudadana. Por tanto, la estructuración de argumentos definitivos frente al tema, requiere mayor investigación y unificación de criterios.

Posteriormente, refiere el CSPC como el artículo primero, del Proyecto de Ley 016 de 2014 radicado en Cámara de Representantes, pondera en su artículo primero una particularidad a considerar y es el *quantum* punitivo a imponer por la comisión de la conducta del ataque con ácido. Pretende el Proyecto instaurar como pena mínima 150 meses de prisión hasta un máximo de 540 meses. De lo anterior se deduce como, la intención del proyecto ley procura sentar una postura radical frente a la sanción de los perpetradores del mismo, pero deja a un lado la referencia empírica de la efectividad de la prevención de nuevos delitos con la imposición de penas tan altas.

“El Consejo Superior de Política Criminal considera que las medidas legislativas que se adopten en relación con una determinada conducta, deben ser evaluadas adecuadamente antes de proceder a reformar su contenido, en la medida en la que una modificación sin haber determinado cuáles fueron los efectos que la ley produjo frente al fenómeno, no solamente hace perder legitimidad al sistema de formación de las leyes, sino que puede llevar a contradicciones dentro del sistema legal, o a medidas que resultan inanes porque no se puede aplicar a los casos ya consumados, o a una proliferación legislativa que dificulte a los órganos de investigación y juzgamiento, su labor de administrar justicia adecuadamente (Consejo Superior Política Criminal, 2014, pág. 3)”.

Es inconcebible como dentro del Proyecto de Ley 016 de 2014, el legislador pretende postular pena privativa de la libertad superando límites formalmente establecidos, toda vez que se establecen máximos punitivos que no están establecidos para delitos que protegen bienes

jurídicos de muchísimas más trascendencia como lo es la vida, en el delito de homicidio. Que el ordenamiento jurídico permita este tipo de despropósitos evidencia como se le da rienda suelta al derecho simbólico y a la necesidad de generar impacto social en la configuración de las nuevas disposiciones penales. Ejemplo de ello se encuentra en el delito de homicidio en donde la pena privativa de la libertad se establece el mínimo en 208 meses y el máximo en 450 meses. Por tanto, la lectura acuciosa de dichas particularidades refieren como, para el legislador, el bien jurídico *Vida*, refiere menos necesidad al momento de imponer la sanción, frente al bien jurídico *Integridad Personal*, lo que deviene en una conclusión práctica simple. Es mucho mejor para el infractor penal, cometer homicidio que cometer lesiones personales.

“Es evidente que en este nuevo esfuerzo legislativo se contradicen las pautas que hasta el momento ha venido fijando el Consejo Superior de Política Criminal en relación con el manejo de las penas, atinentes a la necesidad de racionalizar las sanciones en concordancia con el informe de la Comisión Asesora de Política Criminal que, entre sus recomendaciones incluyó la necesidad de (...) tener como principio de la asignación de penas el hecho de que las penas máximas no solo deben ser acordes con la expectativa de vida en Colombia, sino que deben guardar coherencia con las finalidades de la pena que establezca el Consejo de Política Criminal. Cualquiera que fuese el fin de la pena, que el legislador defina, se debe destacar que este fin tiene que permear todos los proyectos legislativos en materia punitiva, ya que se debe ser consecuente en su tratamiento (Consejo Superior Política Criminal, 2014, pág. 3)”.

De igual manera, el CSPC, realizando un cumplimiento estricto adecuado de las recomendaciones de la Corte Constitucional en los pronunciamientos frente a ECI penitenciario, advierte como es vital para un acorde desarrollo del sistema penal, imponer penas de duración racional y factible, que permitan la resocialización del sentenciado. El CSPC, como dependencia directa de la Rama Ejecutiva, advierte y encauza en los proyectos de ley desproporcionados, las anotaciones necesarias advertidas por la Corte en procura de eliminar el ECI penitenciario, como también advertir lo establecido por los Informes de Seguimiento a cargo de la Presidencia de la República, en lo que respecta a la responsabilidad neta del Legislador en la estructuración de política criminal adversa a los fines del ESD.

“En Colombia, particularmente, no se cuenta con estudios que demuestren la correlación entre aumento de la sanción y disminución de los actos criminales, pero, adicionalmente (...) el simple aumento de las sanciones penales no conduce a la prevención del delito, pues si bien el incremento de la sanción puede representar simbólicamente una defensa del ordenamiento jurídico, la

intervención simbólica debe implantar en sus destinatarios la idea de que el sistema resulta invulnerable con la sanción (...) Un derecho penal drástico, por sí solo no es un derecho penal preventivo si el órgano jurisdiccional resulta insuficiente para el procesamiento de las conductas delictivas que llegan a su conocimiento (Consejo Superior Política Criminal, 2014, pág. 4)''.

Advierte el CSPC, como la resocialización es el fin último a obtener por parte de la administración de justicia en todos sus escenarios. Si ese es el objetivo, se resalta la necesidad de salvaguardar los Derechos Fundamentales del reo, toda vez que el hecho de ser objeto de un proceso de criminalización terciaria –*imposición de sanción penal*-, este presupuesto no significa la eliminación del resto de derechos fundamentales de los que Constitucionalmente goza v.fr. Dignidad Humana, igualdad, prohibición de penas y tratos crueles, inhumanos, degradantes. Refuerza lo dicho el CSPC, trayendo a colación precedente jurisprudencial en donde se subraya la directriz de salvaguardar al interno en su vida, integridad personal, salud; toda vez que continúan siendo ciudadanos *en especial sujeción al Estado* por su condición.

“recomienda que para todas las leyes penales que en el futuro se propongan, se haga un estudio concienzudo sobre la posibilidad de limitar la reducción de la sanción penal por la vía de la reducción de los beneficios judiciales o administrativos, en razón de la necesidad de dotar al Estado de herramientas racionales para que se alcance el fin resocializador de la pena, pero también en función de la protección general de los derechos fundamentales de los reclusos (Consejo Superior Política Criminal, 2014, pág. 6)''.

Por último, para finalizar la cita de lo establecido por el CSPC, es pertinente referir lo establecido frente a la disminución de beneficios penales a los sentenciados bajo este nuevo delito autónomo de lesiones personales a través de agentes químicos corrosivos. El proyecto de Ley 016 de 2014, en su artículo 5 y 6, establece como los desviados judicializados por este delito no podrán disfrutar de ningún tipo de beneficio so subrogado penal con el fin último de configurar una finalidad de la pena netamente retributiva, es decir procurando generar al reo suplicio corporal innato. De igual manera la reducción de la pena por la aceptación de cargos, se limita de igual manera, evidenciando como el Proyecto de Ley evidencia finalidades de Política Criminal adversas al ESD y al ECI penitenciario. Si el proyecto de Ley data de la anualidad 2014, es claro que el Legislativo para dicha época, ya era consciente de la línea jurisprudencial desatada en torno al ECI penitenciario, por lo que es inexplicable desde las bardas del ESD predicar respeto a los fines de la pena establecidos en el artículo 12 Constitucional y 3 del Código Penal, al presentar el Proyecto de Ley 016 de

2014 en donde se resquebrajan principios del Derecho Penal Liberal como *proporcionalidad* en la imposición de condenas. Por tanto, tal particularidad, como lo advierte el CSPP, es irracional y encuentra similitud con la Política Criminal de *Tolerancia Cero*, como bien se ha establecido en el capítulo primero de este texto. Se superpone la víctima como objeto de supra protección, mientras que el delincuente es disminuido a su menor expresión, por los mecanismos existentes; desarticulando la naturaleza del sistema penal dentro del ESD.

En tercera instancia, con anterioridad a la ley *Natalia Ponce*, todos aquellos delitos de lesiones personales que se presentasen en donde el resultado hubiese sido la deformidad, tenía establecida como pena de prisión 1 a 6 años cuando la deformidad es transitoria y de 2 a 7 cuando la deformidad es permanente, en virtud de la ley 890 de 2004. En el año 2013, con la ley 1639 esas penas sufren un nuevo incremento estableciendo la pena de prisión para el delito de lesiones personales con daño consistente en deformidad transitoria en un mínimo de 1 año y 4 meses, hasta un máximo de 9 años; y para una deformidad permanente de 2 años y 6 meses en el mínimo hasta un máximo de 10 años y 6 meses.

Por lo tanto, antes de que existiera la ley *Natalia Ponce*, todo aquel delito que se hubiese presentado con la consecuencia de deformidad permanente, era judicializado por el artículo 113 del código penal sin considerar el objeto material con el cual se permite la consumación del delito, aplicando las penas previstas con sus aumentos respectivos.

Con la expedición de la Ley 1639 y bajo las disposiciones del Proyecto Ley 091 de 2011 – *fundamento de dicha norma*- el marco de protección de la mujer por la generación de lesiones personales estaba robustecido toda vez que se disponían medidas dentro de la rama ejecutiva para responder eficazmente a los daños irreparables para la víctima. Se procuró con dicha norma realizar un aumento de penas para permitir al infractor un espacio en prisión adecuado de reflexión frente al hecho cometido, demarcar la senda que ahora se sigue desarrollada en la misiva de desarticular reincidentes de las calles, se planteó una solución definitiva al problema de las lesiones con álcalis al aumentar las penas con la ley 1639, se intentó controlar la venta de ácidos, se procura generar una vía de atención privilegiada para las víctimas, un resorte de disposiciones viables en la atención de casos de tan grave connotación. La diferencia que existe con el Proyecto Ley 016 de 2014 refiere en el aumento de penas y la degradación total del delincuente, como enemigo público a aniquilar.

En cuarta instancia, La ley *Natalia Ponce*, imitando la tradición anglosajona, responde al amarillismo del momento, enaltece la víctima y enarbola como un simbolismo de fortaleza frente al delito. Como en la tradición americana, la ley es bautizada con el nombre exacto de la víctima y sin un sustento racional aceptable, coadyuva a la inflación punitiva y desconoce la intención de la Corte Constitucional y el alto gobierno por solucionar el ECI penitenciario; al establecer la pena en 12 años hasta un máximo de 20 años en eventos de deformidad transitoria y una pena de 21 años hasta un máximo de 30 años cuando la deformidad es definitiva. Pero adicionalmente, empeora la situación cuando el artículo 1 de la ley establece que la pena seguirá incrementándose en una tercera parte si la deformidad es generada en el rostro.

Por tanto, se deposita una fe ciega en que el número de años en prisión generarán en la sociedad y en la víctima un sentimiento de confort, en medio de la lucha contra la criminalidad.

## **CONCLUSIONES.**

Desarrollado el presente trabajo con los elementos necesarios para comprobar la hipótesis investigativa propuesta inicialmente y los objetivos previstos, se presentan las siguientes conclusiones en donde se comprueban los objetivos generales y específicos referidos inicialmente.

**PRIMERA.** Lo establecido en la hipótesis, se comprueba. *El Estado Colombiano a través de una inarmónica articulación de las ramas del poder público, es el principal responsable de estructurar una política criminal que va en contra del artículo 12 Constitucional, referente a la prohibición de penas crueles, tratos inhumanos y degradantes.* Analizada la figura del ECI penitenciario, el desarrollo jurisprudencial y los esfuerzos por superarlo; es evidente que el legislador a pesar de conocer la situación ha optado por desencadenar política pública que desatiende los requerimientos realizados por la rama ejecutiva y la rama judicial, para consolidar el fin resocializador dispuesto en la norma penal. V.gr, Ley 1761 de 2015 (Proyecto Ley 107 de 2013) y la Ley 1773 de 2016 (Proyecto Ley 016 de 2014), estructuradas paralelamente al desarrollo de las sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015 (ECI penitenciario).

**SEGUNDA.** En lo que respecta al primer objetivo general y al primer objetivo específico del texto, se demuestra la inexistencia material de un ESD y como el análisis jurisprudencial permite ver la violación de los principios elementales del derecho penal liberal.

A través del estudio del ECI penitenciario, se ha comprobado como las prisiones del país no evidencian un respeto de derechos fundamentales, Dignidad Humana, prohibición de penas crueles, tratos inhumanos y degradantes. Las sanciones penales superan la expectativa de vida y se cierra la posibilidad al derecho de resocialización (C. Const, 2015), que los reos tienen, en virtud del orden jurídico penal. El sistema judicial, no evidencia una existencia material del ESD, ya que el ESD se muestra como un *seudo-ESD, un ESD en desarrollo*, que trae a cuestras problemas de hacinamiento carcelario e irrespeto de Derechos Fundamentales desde antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991. El Estado omisivamente, permite la violación de los principios básicos del derecho penal liberal como lo es el principio de Dignidad Humana, el Principio de Igualdad, El principio del derecho penal de Acto, Principio de Proporcionalidad y Necesidad al momento de imponer penas, Principio de

intervención mínima y última ratio; tal como lo evidencia la práctica jurídica, la jurisprudencia y algunas de las normas expedidas en los últimos años.

El Ordenamiento Colombiano, se encuentra experimentando las causas de crisis del Estado de Bienestar referidas en el primer capítulo del presente contexto, al presentar un nueva era en donde el delito se ha amotinado contra la seguridad de la ciudadanía, por lo cual, la respuesta a esperar es i) la exigencia de mayores resultados, ii) la pérdida de la fe en las instituciones públicas por permitir que la criminalidad desarrolle tanto poderío, iii) pérdida de fe en la resocialización del delincuente, al avizorar reincidentes con más de 40 entradas a prisión, iv) la exigencia de imposición de mayores penas – proyecto ley 206 de 2010 referente a la cadena perpetua para violadores-, v) el enorme costo para sustentar la prisiones, como los informes de seguimiento desarrollados por la Presidencia de la República lo evidencian. Una es la concepción de ESD formalmente, pero muy distinta su representación social material. Dentro del ordenamiento jurídico del Estado Colombiano, ya se encuentran “corrientes anti garantistas que marchan en sentido contrario, orientaciones que por cierto hace rato están instaladas dentro de nuestra práctica legislativa y a veces también la judicial (Araque Moreno, 2018, pág. 115)”.

El ESD es una concepción ideológica que a través de un costoso desarrollo histórico, se conforma de 2 presupuestos fundamentales. El primero de ellos es la estructuración formal de postulados constitucionales, normas y decretos que permiten su configuración. El segundo, es la materialización de los derechos reconocidos constitucionalmente a través de instituciones y políticas públicas efectivas, (Corte Const. C-566, 1995). Por lo tanto, si uno de los 2 elementos referidos falta o no se cristaliza en debida forma, el ESD no tendrá opción real de existir. Cada uno de los elementos que se ponderan es totalmente interdependiente del otro. Entonces, el ordenamiento jurídico actual con la política criminal que desarrolla, en donde es identificable una contradicción de lo estipulado en el artículo 12 Constitucional y lo permitido a través de la legislación penal –*al permitir penas crueles, inhumanas, degradantes sin opción de resocialización*- representa cualquier modelo de Estado, menos uno Social de Derecho ya que sus presupuestos no se materializan en la práctica. El sentenciado, no puede perder sus derechos fundamentales, por estar cumpliendo pena privativa de la libertad, por lo que el artículo 12 Constitucional debe cumplirse, mas no concebirlo como una figura decorativa más del sistema. El ECI penitenciario es un exabrupto

que está lejos de ser una figura normal dentro del ESD, como en el ordenamiento jurídico colombiano se permite.

TERCERA. Referenciando el tercer objetivo general pactado y el tercer objetivo específico, se comprueba como la política criminal del Estado no cumple los fines de la pena establecido legalmente y como esa política criminal advena al ESD posee matices propios de una política criminal de *Tolerancia Cero*. Queda visto como, la *política criminal del ESD no cumple los fines de la pena previstos en el artículo 4 del código penal*, por la sencilla razón de que materialmente el ESD nunca se ha materializado y no ha permitido los espacios para ello. Al momento de consolidarse la Constitución Política se proyectó un modelo de Estado ambicioso que prometía cumplir múltiples prerrogativas pero que no tenía los medios suficientes para consolidar. El ejercicio efectivo de los derechos fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico, desde 1991 exige un desarrollo paulatino y programático de manos de las instituciones estatales; siendo una variable no considerada. Los ciudadanos exigen el respeto efectivo e inmediato de sus derechos fundamentales, pero el ESD no posee las herramientas necesarias para facilitarlos, tal y como ocurre con la población privada de la libertad. Prueba de lo dicho se refiere en las circunstancias de hacinamiento referidas en la línea jurisprudencial del ECI penitenciario desde 1998 y las circunstancias reveladas por la Defensoría del Pueblo, en lo que respecta a las circunstancias de menores adolescentes infractores. Debido al insuperable ECI carcelario que tiene su génesis años previos a 1991 debido al hacinamiento que data de varias décadas atrás y con la repetida declaración de su existencia a cargo de la Corte Constitucional, es factible aseverar que no se cumplen las funciones de la pena previstas en el código penal, como lo es la prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado; porque el propio Estado y sus dirigentes se están alineando en un movimiento social de *Tolerancia Cero* frente al delito.

“Al derecho penal no le interesa, en efecto, si las decisiones de la voluntad humana están, totalmente o sólo en parte, determinadas por fuerzas causales; lo que al Derecho penal le interesa es la exigencia jurídico-política, que nada tiene que ver con la ontología, de que el Estado tiene que tratar a sus ciudadanos como ciudadanos libres, capaces de decidir autónoma y responsablemente (Roxin, 2010, pág. 58)”.

El delito pasa a convertirse en un aspecto de la vida cotidiana de los ciudadanos y frente a este se adopta una decisión de intolerancia total, toda vez que la fenomenología delictiva

llega a límites insoportables. El sentimiento de *solidaridad* que generó cohesión social en la consolidación del ESD, ahora es desechado. La *seguridad* es ahora el bien jurídico social aceptado y el delincuente es puesto como un enemigo público a enfrentar y desarticular. Con base en el aumento de la criminalidad, la sociedad se circunscribe en un fenómeno de *populismo punitivo*, mediante el cual se echa mano del derecho penal para desarrollar una política criminal de *Tolerancia Cero* de cuño anglosajón, mediante la cual exigen del legislador configuración de nuevas normas para dar fin a conflictos sociales en casos cruentos. Por tanto políticos bajo intereses proselitistas se permiten desarrollar normas como la ley 1773 de 2016, que se identifica con las características básicas de la *Tolerancia Cero* como lo es ser una muestra de *populismo punitivo*, obedecer a un proceso de fortalecimiento del sistema penal a través del incremento de penas, enaltecimiento de la víctima y bautizo de las normas en su honor, etiquetamiento del delincuente, función de la pena orientada hacia la desarticulación del infractor, extinción de beneficios al reo, efectividad del sistema entre más fuerte se comporta con el delito, configuración de una sociedad antropofágica y proyección de un ordenamiento cada vez más extenso v.gr. Leyes *Three Strikes*, exclusión definitiva.

Las normas estructuradas no responden a un proceso responsable, consciente, profesional de estructuración de política criminal; sino que responde a un proceso de estructuración de disposiciones simbólicas que mediante golpes de opinión pretendan darle mayor eficacia al sistema. Esto es, dar a la sociedad lo que tango exige, como lo es mayor represión contra el delito; sin considerar la viabilidad de la aplicación de tales disposiciones. A través de estas normas propias del *populismo punitivo*, se consolida una política criminal con rasgos de *Tolerancia Cero* dentro de un ESD; cuyo único objetivo es generar una herramienta de efectividad del sistema penal en crisis.

CUARTA. Como última conclusión, se demuestra lo estipulado en el tercer objetivo general y el tercer objetivo específico, referentes a como la sociedad colombiana influye en la configuración de la política criminal y como la nueva tendencia de política criminal simbólica-represiva avizora una posibilidad de repetirse y mantenerse. A través de las últimas normas penales expedidas dentro de las cuales se pueden identificar leyes como la 777 de 2002, la Ley 890 de 2004, la Ley 1220 de 2008, la ley 1236 de 2008, la Ley 1257 de 2008, la Ley 1329 de 2009, la Ley 1357 de 2009, la Ley 1639 de 2013, la Ley 1761 de 2015, la Ley 1773 de 2016, la Ley 1774 de 2016; desde una lectura simple, evidencia un endurecimiento

del sistema penal, de las sanciones penales y los beneficios que el sentenciado puede obtener en desarrollo del proceso de judicialización, a raíz primordialmente de la necesidad que la sociedad expresa de ver materializada una mayor seguridad social.

El fenómeno social denominado *Populismo Punitivo*, ha encontrado asidero en el ordenamiento jurídico colombiano y silenciosamente permite la configuración de normas que controvierten los cimientos del ESD, desbalanceándolo. Se ha demostrado como la sociedad y el legislador desconoce el peso histórico y conceptual que entreteje la figura del ESD, toda vez que con la oleada de política criminal represiva que vienen desarrollando, evidencian su desinterés por el respeto a la dignidad humana.

“Quien se pregunta en su escritorio cómo se puede concebir un estado, tarde o temprano dará con dos figuras ideales o modelos puros: el estado de derecho (liberal/democrático) y el estado de policía (totalitario/autoritario). En el estado de derecho ideal todos estaríamos sometidos por igual ante la ley; en el estado de policía todos estaríamos sometidos a la voluntad de los que mandan (...) el estado de derecho ideal es justamente ideal, o sea, que no hay estados de derecho perfectos en la realidad, sino que todos los estados reales de derecho (por supuesto que también los latinoamericanos) lo son hasta cierto grado de perfección (Zaffaroni, Alagia, & Slokar, 2006, pág. 21)”.

Los postulados de William Bratton, alcanzaron a Colombia para la anualidad de 2010, siendo fueron recibidos personalmente por el entonces alcalde Samuel Moreno y matizando ponderando la necesidad de trascender a un Estado policivo que castigue en mayor medida las incivildades en Bogotá, metrópoli de gran protagonismo político, económico y social en Latinoamérica, en donde se padecen altos índices de criminalidad (Periódico El Tiempo, 2010).

“En la medida en que esta tendencia esté controlada y contrapesada, el estado de derecho existe y controla, encierra o encapsula al estado de policía, que no desaparece, sino que queda en su interior, en constante pulsión. En cuanto el estado de derecho se debilita (fallan los controles) las pulsiones del estado de policía perforan la coraza que le coloca el estado de derecho e incluso pueden reventarla. Por eso el estado de derecho no es algo estático, instalado para siempre, sino una constante dialéctica con el estado de policía que inexorablemente lleva en su interior (Zaffaroni, Alagia, & Slokar, 2006, pág. 22)”.

Para el caso que nos compete, el Estado de Policía referido por Zaffaroni, ha perforado totalmente la coraza del ESD. La tendencia represiva en la política criminal auspiciada por

la sociedad, ha dejado ver sus raíces y ha desencadenado al *populismo punitivo* como mecanismo mediante el cual se controlan las conductas humanas desviadas, acrecentando más la crisis del ESD y su ECI penitenciario.

La *última ratio* del derecho perdió su razón de ser y es ahora el caballo de batalla para solucionar cualquier tipo de fenómeno desviado que se presenta. Las ramas del poder público trabajan en una inarmónica sintonía dentro de la cual el legislador intenta proveer leyes que solucionen conflictos, sin contar con estudios científicos que evidencien la eficacia de la generación de esas nuevas normas como ya se demostró en el caso de la Ley Rosa Elvira Cely y la Ley Natalia Ponce, no se cuenta con la aprobación presupuestaria del ejecutivo, incumpliendo los llamados de atención de la Corte Constitucional frente a las transgresiones a los derechos humanos constitucionales inmersos en ese proceso legislativo de represión.

El delincuente es tratado como un enemigo de la sociedad y por ende debe hacerse responsable de las consecuencias que genere.

Por tanto, es viable una Política Criminal de Tolerancia Cero en un ESD como Colombia, toda vez que ésta encuentra como asidero un Estado en el cual *ya se vulnera a su máxima capacidad los derechos fundamentales* de la población reclusa, por lo tanto, *la contradicción teórica que los críticos encuentran a la Tolerancia Cero dentro de un ESD, se cae por su propio peso, por sustracción de materia*. La *Tolerancia Cero*, no puede entrar a vulnerar derechos fundamentales dentro de un ESD que ya permite vulnerar todo el catálogo de los mismos dentro de prisiones por más de 20 años. Si lo que se pretende es defender a la sociedad y no al delincuente, la *Tolerancia Cero* es una opción para hacer valer el bienestar general sobre el particular, como la sociedad lo exige. Si los derechos fundamentales no son un aspecto importante para el Estado y la sociedad tiene derecho a hacer valer sus intereses, *las cárceles deben oler a cárceles* y se deben extirpar hasta el más pequeño beneficio para el delincuente.

La nueva tendencia de política criminal desarticula el ESD al desatender las órdenes dadas por la Corte Constitucional en la T-388 de 2013 y en la T-762 de 2015, justo cuanto se pretende dar fin al ECI penitenciario. La sociedad colombiana, sin tener consciencia del sendero que toma, de manera espontánea se está matriculado en un modelo propio de Política Criminal de *Tolerancia Cero*, en vista a que cada nuevo delito desata las más profundas pasiones de la sociedad y la motiva a exigir mayor represión e incremento de las penas -60

años de prisión-. El *Populismo Punitivo* está latente y seguirá demarcando la configuración legislativa, gracias a la ayuda de los políticos.

Frente a este panorama los defensores del ESD y del ideal rehabilitador del delincuente, no tienen asiento en el Congreso de la República, para alzar su voz en contra frente a penas crueles e inhumanas que se pagan en prisiones desprovistos de derechos humanos, tanto para mayores de edad como para infractores menores adolescentes y donde el asomo de la *dignidad humana* es totalmente inadvertido. Se convalida la hipótesis del presente contexto referente a que el *Estado Colombiano es el responsable por la inobservancia de postulados constitucionales y legales al momento de materializar los fines de la pena v.gr artículo 4 y artículo 12 constitucionales; toda vez que en medio de un ESD en crisis el interés que ahora busca materializar dentro de la sociedad es la eficacia de las instituciones públicas frente al flagelo de la criminalidad. Es decir que, la política criminal de tolerancia cero, es ahora la herramienta de eficacia del sistema penal dentro de un estado social de derecho en crisis, que busca erradicar la criminalidad; coadyuvada por el legislativo y la sociedad.*

### **BIBLIOGRAFÍA.**

- Anitua, G. I. (2013). *Castigo, Cárceles y Controles*. Buenos Aires. Argentina: Ediciones Didot.
- Arandia, I. (2009). *Bases Metodológicas para la Investigación del Derecho en Contextos Interculturales*. La Paz, Bolivia: Instituto Judicatura Bolivia.
- Araque Moreno, D. (2018). El Estado Actual de la Política Criminal. En E. Escalante Barreto, *Política Criminal Mediática* (págs. 97-117). Bogotá D.C: Ibañez.
- Arenas Garcia, L., & Cerezo Dominguez, A. I. (2016). Realidad Penitenciaria en Colombia: la necesidad de una nueva política criminal. *Revista Criminalidad*, 58 (2), 175-195.
- Arroyo, M. (15-17 de MAYO de 2003). *www.pensamientopenal.com.ar*. Obtenido de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/08/doctrina45644.pdf>
- Balmaceda Hoyos, G., & Henao Cardona, L. F. (2006). *Introducción al Derecho Penal de la Sociedad Postindustrial*. Bogotá D.C.: Biblioteca Jurídica Dike.
- Balmaceda Hoyos, G., Castro Cuenca, C., & Henao Cardona, L. (2009). *Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*. Bogotá D.C.: Grupo Ibañez.

- Basombrió, C., & Dammert, L. (Marzo de 2013). *www.academia.edu*. Obtenido de [https://www.academia.edu/20102193/SEGURIDAD\\_Y\\_POPULISMO\\_PUNITIVO\\_EN\\_AMERICA\\_LATINA](https://www.academia.edu/20102193/SEGURIDAD_Y_POPULISMO_PUNITIVO_EN_AMERICA_LATINA)
- Bauman, Z. (2013). *Modernidad Líquida*. Buenos Aires. Argentina: Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A.
- Bauman, Z. (2013). *Vigilancia Líquida*. Madrid, España: Espasa Libros S.L.U.
- Beccaría, C. (2016). *De los Delitos y de las Penas*. Bogotá D.C.: Temis S.A. Quinta Edición.
- Bergalli, R. (2010). Un Sistema Penal en un Estado Pretendidamente Social y en una Sociedad poco Democrática. *Revista Internacional de Historia Política y Cultura Jurídica*, 6-19.
- Bravo, O. A. (11 de JUNIO de 2002). <http://www.scielo.br>. Obtenido de <http://www.scielo.br/pdf/psoc/v14n2/v14n2a08.pdf>
- Buitrago Cubides , J. R., & Norza Cespedes, E. (2015). Registros de la Criminalidad en Colombia y actividad operativa de la Policía Nacional durante el año 2015. *Revista Criminalidad*, 58 (2): 9-20, 1-98.
- C. Const. (1998). T-153. Bogotá D.C.
- C. Const. (2013). T-388. Bogotá D.C.
- C. Const. (2015). T-762. Bogotá D.C.
- C. Const. (02 de Mayo de 2018). C-031. Bogotá D.C.
- Caicedo Trujillo, J. (2014). Reincidencia Carcelaria en Colombia: Un Análisis de Duración. *Universitas Económica*, 1-54.
- Cámara de Comercio de Bogotá D.C. (09 de 2017). [bibliotecadigital.ccb.org.co](http://bibliotecadigital.ccb.org.co). Obtenido de [bibliotecadigital.ccb.org.co/handle/11520/19393](http://bibliotecadigital.ccb.org.co/handle/11520/19393)
- Caracol Televisión. (10 de febrero de 2017). [www.noticiascaracol.com](http://www.noticiascaracol.com). Obtenido de <https://noticias.caracol.com/colombia/por-hacinamiento-piden-cierre-de-carceles-de-bellavista-y-riohacha>
- Caracol, Noticias. (02 de Noviembre de 2017). [www.noticias.caracol.com](http://www.noticias.caracol.com). Obtenido de <https://noticias.caracol.com/bogota/elevan-58-anos-de-prision-la-condena-contra-rafael-uribe-noguera-asesino-de-yuliana-samboni>

- Castiñeira, M. T., & Ragues, R. (2008). Three Strikes. El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos. En Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional* (págs. 202-235). Quito, Ecuador: Miguel Carbonel Editor.
- Cazau, P. (2006). *Introducción a la Investigación de Ciencias Sociales*. Buenos Aires: Tercera Edición.
- Ciguela Sola, J. (2018). Populismo Punitivo: Odiar al Delincuente, Ganar Apoyos. *Revista Contexto*, 17-22.
- Comisión Interamericana de Derecho Humanos. (2013). *Informe sobre el uso de la Detención Preventiva en las Américas*. Madrid, España: Organización Estados Americanos.
- Congreso de la República. (1993). Ley 65. Bogotá D.C.
- Congreso de la República. (2013). [www.congresovisible.org](http://www.congresovisible.org). Obtenido de <https://congresovisible.uniandes.edu.co/proyectos-de-ley/por-la-cual-se-crea-el-tipo-penal-de-feminicidio-como-delito-autonomo-y-se-dictan-otras-disposiciones-rosa-elvira-cely-feminicidio/7444/>
- Consejo Superior Política Criminal. (20 de Julio de 2014). [www.politicacriminal.gov.co](http://www.politicacriminal.gov.co). Obtenido de [http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/Conceptos/ConceptosCSPC/2015/08%20CA%CC%81MARA%20-%20CSPC%20PL%20171%20de%202015%20S%20-%2020016%20de%202014%20C%20-%20-%20\(Lesiones%20con%20Acido\).pdf](http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/Conceptos/ConceptosCSPC/2015/08%20CA%CC%81MARA%20-%20CSPC%20PL%20171%20de%202015%20S%20-%2020016%20de%202014%20C%20-%20-%20(Lesiones%20con%20Acido).pdf)
- Corte Const, C 684. (30 de Septiembre de 2009). Bogotá D.C.
- Corte Const. C-566. (1995). BOGOTA D.C.
- Corte Constitucional. (2001). Sentencia C-1046. Bogotá D.C.
- Corte Constitucional. (2002). Sentencia C-806. Bogotá D.C.
- Corte Constitucional. (2011). Sentencia T-286. Bogotá D.C.
- Dane. (07 de Diciembre de 2017). [www.dane.gov.co](http://www.dane.gov.co). Obtenido de [https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/poblacion/convivencia/2017/presentacion\\_ECSC\\_2017.pdf](https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/poblacion/convivencia/2017/presentacion_ECSC_2017.pdf)

- Datosmacro.com. (2011). *www.datosmacro.com*. Obtenido de <https://www.datosmacro.com/estado/indice-percepcion-corrupcion/colombia?anio=2011>
- De Giorgi, A. (2005). *Tolerancia Cero. Estrategias y Prácticas de la Sociedad del Control*. Barcelona, España: Virus.
- Defensoría del Pueblo. (15 de 07 de 2015). *www.defensoria.gov.co*. Obtenido de <http://www.defensoria.gov.co/es/nube/noticias/3825/Defensor%3%ADa-revela-informe-sobre-derechos-humanos-en-centros-de-detenci%C3%B3n-preventiva-para-adolescentes-Infancia-centros-de-detenci%C3%B3n-preventiva-derechos-humanos-SRPA-Derechos-Humanos-Crisis->
- Defensoría del Pueblo. (2017). *Vigesimo Cuarto Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República*. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional.
- Del Rosal Blanco, B. (2009). ¿Hacia el Derecho Penal de la Postmodernidad? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 1-64.
- Eci, Grupo Lider Seguimiento. (09 de 12 de 2016). *www.politicacriminal.gov.co*. Obtenido de <http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/Primer-Informe-Grupo-Lider-de-Seguimiento-Sentencia-T-762-de-2015-ilovepdf-compressed-1-100.pdf?ver=2016-12-09-172038-980>
- El Tiempo. (02 de Noviembre de 2017). *www.eltiempo.com*. Obtenido de <http://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/cifras-de-capturas-por-hurto-en-reincidentes-y-excarcelados-con-ley-1826-147682>
- Elejalde Arbelaez, R. (2010). *Curso de Derecho Constitucional General*. Bogotá D.C.: Dike.
- Escalante Barreto, E., Caicedo Romero, V. C., & Maldonado Arcón, M. F. (2018). Cultura Mediática, Política Penal Punitiva y Justicia Penal: Síntesis de un antiguo y Permanente Debate. En E. Escalante Barreto, *Política Criminal Mediática* (págs. 147-203). Bogotá D.C: Ibañez.
- Fernandez, C. F. (14 de SEPTIEMBRE de 2017). *www.eltiempo.com*. Obtenido de <http://www.eltiempo.com/vida/salud/esperanza-de-vida-en-los-hombres-y-mujeres-de-colombia-130840>

- Ferrajoli, L. (2001). Pasado y Futuro del Estado de Derecho. *Revista Internacional de Filosofía y Política Volumen No. 17*, 31-45.
- Fiandaca, G., & Musco, E. (2006). *Derecho Penal. Parte General*. Bogotá D.C.: Temis S.A.
- Fiscalía G. Nación. (19 de Febrero de 2018). *www.fiscalia.gov.co*. Obtenido de <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/seguridad-ciudadana/los-20-mas-buscados-por-hurto-en-cada-capital/>
- Fiscalía General. (05 de enero de 2017). *www.fiscalia.gov.co*. Obtenido de <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Boleti%CC%81n-censo-delictivo-2016-Final.pdf>
- Fiscalía General de la Nación. (10 de Octubre de 2018). *www.fiscalia.gov.co*. Obtenido de <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/gestion/estadisticas/>
- Foucault, M. (2002). *Vigilar y Castigar, Nacimiento de la Prisión*. Buenos Aires, Argentina: Siglo Veintiuno Editores.
- G. Martin, L. (2005). Consideraciones Críticas sobre el Actualmente Denominado Derecho Penal del Enemigo. *Revista Electrónico de Ciencia Penal y Criminología Recpc 04 - 02*, 1-43.
- Garland, D. (2001). *La Cultura del Control. Crimen y Orden Social, en la Sociedad Contemporanea*. Barcelona. España: Gedisa.
- Gracia Martín, L. (2010). La modernización del Derecho Penal como Exigencia de la Realización del Postulado del Estado de Derecho(Social y Democrático). *Revista de Derecho Penal y Criminología. Volumen No. 3.*, 27-72.
- Gracia, L. (2004). El Finalismo como Método Sintético Real Normativo para la Construcción de la Teoría del Delito. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología Volumen 7 ISSN 1695-0194* , 1-22.
- Harrington, C. (2005). Antiterrorismo, Anticonstitucionalismo: El creciente ascenso del Autoritarismo en los Estados Unidos. En R. Bergalli, & I. Rivera Beiras, *Política Criminal de la Guerra* (págs. 55-68). Barcelona, España.: Antrophos.
- Hernandez Siampieri, R., Fernandez Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2004). *Metodología de la Investigación*. México: Mc Grown Hill Cuarta Edición.

- Immanuel, K. (2003). *Biblioteca Virtual Universal*. Obtenido de <http://www.biblioteca.org.ar/libros/89929.pdf>
- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. (Diciembre de 2018). *www.inpec.gov.co*. Obtenido de [http://www.inpec.gov.co/web/guest/estadisticas/informes-y-boletines/-/document\\_library/6SjHVBGriPOM/view\\_file/743352?\\_com\\_liferay\\_document\\_library\\_web\\_portlet\\_DLPortlet\\_INSTANCE\\_6SjHVBGriPOM\\_redirect=http%3A%2F%2Fwww.inpec.gov.co%2Fweb%2Fguest%2Festadisti](http://www.inpec.gov.co/web/guest/estadisticas/informes-y-boletines/-/document_library/6SjHVBGriPOM/view_file/743352?_com_liferay_document_library_web_portlet_DLPortlet_INSTANCE_6SjHVBGriPOM_redirect=http%3A%2F%2Fwww.inpec.gov.co%2Fweb%2Fguest%2Festadisti)
- Instituto Nacional, Carcelario y Penitenciario. (2017). *Informe Estadístico Enero 2017*. Bogotá D.C.
- Iturrealde, M. A. (2007). La Sociología del Castigo de David Garland: El Control del Crimen en las Sociedades Modernas Tardías. En D. Garland, *Crímen y Castigo en la Modernidad Tardía* (págs. 21-116). Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores.
- Landrove Diaz, G. (2009). *El Nuevo Derecho Penal*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Larrauri, E. (2006). Populismo Punitivo y como Resistirlo. *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, 15-22.
- Legis S.A. (2009). *Constitución Política de Colombia 18 años*. Bogotá D.C.: Legis S.A.
- Lesch, H. H. (1999). *La Función de la Pena*. Madrid, España: Dykinson.
- LEY 599. (2000). BOGOTA D.C.
- Lopez Medina, D. (2004). *Teoría Impura del Derecho. La Transformación de la Cultura Latinoamericana*. Bogotá D.C: Legis.
- Mejia, D., Ortega, D., & Ortiz, K. (Diciembre de 2014). *igarape.org.br*. Obtenido de <https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2015/01/Criminalidad-urbana-en-Colombia-diciembre-2014.pdf>
- Mendez Manosalva, S. M. (05 de JUNIO de 2017). *www.elespectador.com*. Obtenido de <https://www.elespectador.com/noticias/politica/regreso-el-referendo-que-pide-cadena-perpetua-para-violadores-y-asesinos-de-ninos-articulo-696951>
- Muñoz Conde, F. (2012). *Derecho Penal y Control Social*. Bogotá D.C.: Temis S.A.
- Noticias Caracol. (19 de noviembre de 2017). *www.noticias.caracol.com*. Obtenido de <https://noticias.caracol.com/colombia/tormenta-entre-jueces-de-garantias-y-fiscales-por-libertad-delincuentes-reincidentes>

- Noticias Rcn. (26 de 11 de 2017). *www.noticiasrcn.com*. Obtenido de <http://www.noticiasrcn.com/nacional-bogota/continua-el-hacinamiento-uri-granja-bogota>
- Organización Naciones Unidas. (31 de Julio de 1957). <http://www.ohchr.org>. Obtenido de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/TreatmentOfPrisoners.aspx>
- Pavarini, M. (2013). *Control y Dominación. Teorías Criminológicas Burguesas y Proyecto Hegemónico*. México D.F.: Siglo XXI Editores.
- Periódico El País. (26 de FEBRERO de 2017). *www.elpais.com.co*. Obtenido de <http://www.elpais.com.co/judicial/se-agudiza-la-crisis-carcelaria-en-colombia-habra-una-salida.html>
- Periódico El Tiempo. (15 de 04 de 2010). *www.eltiempo.com*. Obtenido de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-7604147>
- Periódico La Vanguardia Española. (09 de 09 de 2016). <http://www.lavanguardia.com>. Obtenido de <http://www.lavanguardia.com/hemeroteca/20160909/41160139375/estados-unidos-carceles-carcel-de-attica-motines.html>
- Pisarello, G. (2001). Del Estado Social Legislativo al Estado Social Constitucional: Por una Protección Compleja de los Derechos Sociales. *Isonomía No. 15*, 81-105.
- Posada Arboleda, N. R. (2009). Conceptos Generales de la Teoría del Saber Penal. En D. Araque Moreno, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos*. (págs. 23-34). Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín.
- Presidencia de la República. (16 de JULIO de 2016). *www.presidencia.gov.co*. Obtenido de <http://es.presidencia.gov.co/noticia/160716-De-un-abastecimiento-del-30-por-ciento-hace-una-semana-se-ha-pasado-a-uno-cercano-al-65-por-ciento-afirma-Ministro-de-Defensa>
- Presidencia de la República. (2016.). *Primer Informe Semestral de Seguimiento a la Sentencia 762 de 2015*. Bogotá D.C.
- Presidencia de la República. (2017). *Segundo Informe de Seguimiento a la Sentencia T-762/2015*. Bogotá D.C.
- Quinche Ramirez, M. (2010). *Derecho Constitucional Colombiano De la Carta de 1991 y de sus Reformas*. Bogotá D.C.: Doctrina y Ley Ltda.

- Quintero Lyons, J., Meza, M., & Navarro Monterroza, A. (Enero xx/2011). LA FIGURA DEL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONALES COMO MECANISMO DE PROTECCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA POBLACION VULNERABLE EN COLOMBIA. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo.*, 69-80.
- Restrepo Fontalvo, J. (2008). Cien Años de Criminalidad Registrada por la Policía Nacional. *Revista Criminalidad, Volumen No. 50, 1, ISSN 1974 – 3108*, 27-36.
- Revista Semana. (21 de NOVIEMBRE de 2015). *www.revistasemana.com*. Obtenido de <http://www.semana.com/nacion/articulo/ernesto-manzanera-seguira-detenido-en-su-casa/417634-3>
- REVISTA SEMANA. (25 de 5 de 2015). *www.semana.com*. Obtenido de <http://www.semana.com/nacion/articulo/gobierno-entregara-965-billones-de-pesos-para-el-metro/429010-3>
- Rivera Beiras, I. (2005). Principios Orientadores del Constitucionalismo. En I. Rivera Beiras, *Política Criminal y Sistema Penal. Viejas y Nuevas Realidades Punitivas* (págs. 157-218). Barcelona, España.: Anthropos.
- Romero Rodríguez, G. (2017). Libertad Vs. Populismo Punitivo: ¿Deben Respetarse los Derechos Humanos en el Proceso Penal? *Revista Virtual Via Inveniendi Et Iudicandi. VOL 12. No.1.*, 89-117.
- Roxin, C. (2010). *Iniciación al Derecho Penal de Hoy*. Sevilla, España: Publicaciones Universidad de Sevilla.
- Solano de Jineté, N., & Sepúlveda López, M. (2008). *Metodología de la Investigación Social y Jurídica*. Bogotá D.C: Ibañez.
- Sotomayor Acosta, J. O. (2007). Las recientes reformas penales en Colombia: un ejemplo de irracionalidad legislativa. *Nuevo Foro Penal Enero - 71*, 13-66.
- Sozzo, M. (2018). Populismo Penal. Historia, Balance, Dilemas y Perspectivas de un Concepto. En E. Escalante Barreto, *Política Criminal Mediática. Populismo Penal, Criminología Crítica de los Medios y de la Justicia Penal* (págs. 23-67). Bogotá D.C.: Ibañez.

- TIEMPO, P. E. (17 de MAYO de 2017). *www.eltiempo.com*. Obtenido de <http://www.eltiempo.com/justicia/servicios/excarcelacion-masiva-de-presos-en-colombia-por-ley-de-racionalizacion-de-detencion-89344>
- Tito Añamuro, J. A. (30 de NOVIEMBRE de 2015). *revistas.javeriana.edu.co*. Obtenido de <file:///C:/Users/USER/Downloads/15035-54183-1-PB.pdf>
- Trujillo Ibarra, D. (06 de DICIEMBRE de 2016). *www.senado.gov.co*. Obtenido de <http://www.senado.gov.co/historia/item/26219-castracion-quimica-para-violadores-de-menores-proyecto-liderado-por-la-senadora-maritza-martinez>
- Uribe Barrera, J. (2012). Puede Hablarse en Colombia de Populismo Punitivo? *Dialnet Unirioja*. No. 78., 70-106.
- Velandia Montes, R. (2018). Populismo Penal en el Siglo XXI: Un análisis de las Noticias y su Influencia sobre la Punitividad en la Política Penal Colombiana. En E. Escalante Barreto, *Política Criminal Mediática. Populismo Penal, Criminología Crítica de los Medios y de la Justicia Penal* (págs. 1119-146). Bogotá D.C: Ibañez.
- Velandia, R. (marzo de 2017). Del Populismo Penal a la Punitividad : La Política Penal en Colombia en el Siglo XXI. *Colección Jus penal ; no.16. Universidad Católica*, 1-90. Obtenido de [https://www.academia.edu/35045098/Del\\_populismo\\_penal\\_a\\_la\\_punitividad\\_la\\_politica\\_penal\\_en\\_Colombia\\_en\\_el\\_siglo\\_XXI](https://www.academia.edu/35045098/Del_populismo_penal_a_la_punitividad_la_politica_penal_en_Colombia_en_el_siglo_XXI)
- Velasquez Velasquez, F. (2004). *Manuel de Derecho Penal. Parte General*. Bogotá D.C.: Temis S.A.
- Velasquez, F. (2005). *Derecho Penal Liberal y Dignidad Humana*. Bogotá D.C.: Temis S.A.
- Von Liszt, F. (1998). *La Idea del Fin en el Derecho Penal*. Bogotá D.C: Temis S.A.
- Wacquant, L. (2004). *Las Carceles de la Miseria*. Buenos Aires, Argentina.: Manantial Srl.
- Wacquant, L. (2009). *Castigar a los Pobres. El Gobierno Neoliberal de la Inseguridad Social*. Barcelona, España.: Gedisa.
- Young, J. (2003). *La Sociedad Excluyente. Exclusión Social, Delito y Diferencia en la Modernidad Tardía*. Barcelona, España: Marcial Pons.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A., & Slokar, A. (2006). *Manuel de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, Argentina: Ediar Temis.

Zysman Quiros, D. (2012). *Sociología del Castigo. Genealogía de la Determinación de la Pena*. Buenos Aires. Argentina: Ediciones Didot.

Zysman Quirós, D. (2013). *Castigo y Determinación de la Pena en los Estados Unidos. Un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines*. Madrid, España: Marcial Pons.