

**EL FUNCIONAMIENTO DEL FRACASO DE LA RESOCIALIZACION
DENTRO DEL SISTEMA PENITENCIARIO COLOMBIANO.**

**ALEX MAURICIO ESTUPIÑAN OLARTE
ANDRES FELIPE VILLAMIZAR NOGUERA**

**FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
BUCARAMANGA**

2013

**EL FUNCIONAMIENTO DEL FRACASO DE LA RESOCIALIZACION DENTRO
DEL SISTEMA PENITENCIARIO COLOMBIANO.**



Monografía para optar al título de Abogado

**ALEX MAURICIO ESTUPIÑAN OLARTE
ANDRES FELIPE VILLAMIZAR NOGUERA**

**DIRECTOR
PROF. RAMIRO PINZÓN ASELA**

**FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
Bucaramanga
2013**

DEDICATORIA

A MIS PADRES JAVIER VILLAMIZAR LANDAZABAL Y DORIS ANGELICA NOGUERA SOCARRAS, A MIS HERMANOS JAVIER ORLANDO VILLAMIZAR NOGUERA Y ANGELICA MARIA VILLAMIZAR NOGUERA, A MIS ABUELAS ANA CLEOTILDE LANDAZABAL DE VILLAMIZAR Y VICTORIA SOCARRAS PEÑA. MI FAMILIA Y SIN LUGAR A DUDAS A MI AMADA LIZAVETA.

ANDRES FELIPE VILLAMIZAR NOGUERA.

**ESTE TRABAJO QUIERO DEDICARSELO A MIS PADRES ALIRIO ESTUPINAN DELGADO E IRMA OLARTE FRANCO, QUIENES SIEMPRE ME HAN BRINDADO SU APOYO INCONDICIONAL EN TODAS LAS METAS QUE ME HE PROPUESTO. A MIS CUATRO HERMANAS RUBY HELENA, MAYRA ALEJANDRA, LADY LILIANA Y PAOLA ANDREA QUE NUNCA HAN DEJADO DE ACONSEJARME Y DE QUERERME.
AL BOSQUE.**

ALEX MAURICIO ESTUPINAN OLARTE.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION.....	15
PRIMER CAPITULO	
1. MARCO CONCEPTUAL.....	17
2. MARCO TEORICO HISTORICO	19
2.1IUSNATURALISMO.....	19
2.2POSTURA KELSENIANA.....	19
2.3CORRIENTE ECLECTICA.....	21
2.4RELACION ENTRE EL DERCHO PENAL Y LA CRIMINOLOGIA.....	22
2.5FASE OSCURANTISTA.....	23
2.6 ALTA EDAD MEDIA.....	24
2.7 ILUMISNISMO Y HUMANIZACION DE LA PENA.....	28
2.8 TEORIA CONTRACTUALISTA.....	29
2.8.1 ROUSSEAU.....	29
2.8.2 SURGIMIENTO DEL PACTO SOCIAL.....	30
2.8.3 LEGITIMACION DEL CASTIGO.....	32
2.8.4 BECCARIA, EL CASTIGO Y LA CRIMINOLOGIA.....	33
2.8.5 LOS PRACTICOS.....	44
2.9 ESCUELAS JURIDICO PENALES.....	44
2.9.1 ESCUELA CLASICA.....	45
2.9.2 ESCUELA POSITIVISTA Y CRIMINOLOGIA.....	47
2.9.3 ESCUELA POSITIVISTA.....	48
2.9.4 FUNCIONALISMO.....	50
2.9.5 EL HUMANISMO ILUMINA A EUROPA.....	52
3. MARCO NORMATIVO.....	53
3.1 ORIGENES DEL DERECHO PENAL COLOMBIANO.....	53
3.2 ORIGENES MEDIATOS.....	54
3.3 ORIGENES INMEDIATOS.....	54
3.3.1 CÓDIGO PENAL DE 1837.....	54
3.3.2 LEY 30 DE MAYO DE 1838.....	58

3.3.3 DEC. 17 DE ABRIL DE 1839.....	58
3.3.4 LEY 26 DE MAYO DE 1849.....	60
3.3.5 LEY 6 DE JUNIO DE 1851.....	60
3.3.6 LEY 27 DE MAYO DE 1853.....	61
3.3.7 LEY PENAL DEL ESTADO SOBERANO DE SANTANDER.....	61
3.3.8 CÓDIGO PENAL DE 1859.....	68
3.3.9 CÓDIGO PENAL DE 1872.....	69
3.3.10 ACTO LEGISLATIVO # 3 DE 1910.....	70
3.3.11 LEY 35 Y DEC. 1557 DE 1914.....	70
3.3.12 LEY 1405 DE 1934.....	70
3.3.13 CÓDIGO PENAL DE 1936.....	75
3.3.14 REGLAS MIN. PARA EL TRAT. DE LOS RECLUSOS.....	80
3.3.15 DEC. 14 DE 1955.....	80
3.3.16 DEC. LEY 0250 DE 1958.....	82
3.3.17 DEC. 1817 DE 1964.....	83
3.3.18 LEY 16 DE 1972.....	85
3.3.19 CONSTITUCION 1991.....	87
3.3.20 DEC 2160 DE 1992.....	89
3.3.21 LEY 65 DE 1993.....	91
3.3.22 PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO PENITENCIARIO Y CARCELARIO.....	103
3.3.23 ANALISIS CRÍTICO Y VERIFICACION DE PRECEPTOS HUMANISTAS.....	110
4. MARCO JURISPRUDENCIAL.....	112

SEGUNDO CAPITULO

1. LA EPOCA DEL SUPPLICIO.....	164
2. IMPLANTACION Y USO DEL CASTIGO	179
3. LA DISCIPLINA, INSTRUMENTO DE CONTROL SOCIAL.....	196
4. PRISION Y ARCHIPIELAGO CARCELARIO.....	213

TERCER CAPITULO

1. TRABAJO DE CAMPO	238
2. METODOLOGIA DE INVESTIGACION.....	248
3. RESULTADOS Y VERIFICACION TEORICA.....	250
4. COMUNIDAD TERAPEUTICA NUEVOS HORIZONTES.....	256
5. ULTIMAS ANOTACIONES SOBRE LA PRISION.....	257
6. CONCLUSIONES.....	266
7. BIBLIOGRAFIA.....	269
8. ANEXOS.....	271

LISTA DE ANEXOS

	Pág.
Anexo A: Formato de entrevista detenidos.....	271
Anexo B: Formato de entrevista director de la prisión.....	272
Anexo C: Formato de entrevista personal de seguridad.....	273
Anexo D: Formato de entrevista profesionales auxiliares.....	274
Anexo E: Autorización de ingreso a las comunidades de la prisión.....	275
Anexo F: Entrevista distinguido MARTINEZ (archivo adjunto)	
Anexo G: Entrevista dragoneante RIOS (archivo adjunto)	
Anexo H: Entrevista dragoneante FLOREZ (archivo adjunto)	
Anexo I: Entrevista interno 1 (archivo adjunto)	
Anexo J: Entrevista interno 2 (archivo adjunto)	
Anexo K: Entrevista interno 3 (archivo adjunto)	
Anexo L: Entrevista interno 4 (archivo adjunto)	
Anexo M: Entrevista interno 5 (archivo adjunto)	
Anexo N: Entrevista interno 6 (archivo adjunto)	
Anexo O: Entrevista oficina jurídica (archivo adjunto)	
Anexo P: Entrevista psicóloga. (Archivo adjunto)	

RESUMEN

TITULO: EL FUNCIONAMIENTO DEL FRACASO DE LA RESOCIALIZACION DENTRO DEL SISTEMA PENITENCIARIO COLOMBIANO.*

AUTORES: ESTUPINAN OLARTE, Alex Mauricio.

VILLAMIZAR NOGUERA, Andrés Felipe.**

PALABRAS CLAVE: PODER, SABER, VERDAD, INSTRUMENTOS DE PODER, RESOCIALIZACION, ARCHIPIELAGO PENITENCIARIO, DELINCUENTE.

DESCRIPCION: En la actualidad, en Colombia se viene presentando el Estado de cosas Inconstitucional en las prisiones declarado por la sentencia C-128 de 1998, es de esta manera como observamos el fracaso de mencionada institución y de su principal función, la resocialización. Por lo anterior, se hace necesario dar un giro al estudio del tema, de tal manera que indagemos el funcionamiento de este evidente fracaso (de la resocialización y de la prisión). Esto, se hará mediante la verificación histórica de la norma penal y carcelaria Colombiana desde el año de 1837; la revisión histórica y temática de la jurisprudencia emanada de las altas cortes (Constitucional, Suprema y Consejo de estado) desde el año de 1991, en lo referido a la situación penitenciaria y de dignidad humana de los detenidos; también, acudiremos a la observación de la prisión colombiana, esto es, la observación de las condiciones y modo de vida en la cárcel “modelo” de la ciudad de Bucaramanga.

Por ultimo, recurriremos al estudio teórico – histórico y de las relaciones de poder que propone el filosofo francés Michel Foucault en su obra “Vigilar y Castigar”, de tal manera que demos un respuesta desde esta perspectiva, a la pregunta de como funciona el fracaso de la resocialización en Colombia.

* Trabajo de grado

** Facultad de Ciencias Humanas, Escuela de Derecho y Ciencia Política, Director: Ramiro Pinzón Asela.

ABSTRACT

TITLE: OPERATION OF FAILURE OF THE (RE) SOCIALIZATION IN THE COLOMBIAN PRISON SYSTEM.*

AUTHORS: ESTUPINAN OLARTE, Alex Mauricio.

VILLAMIZAR NOGUERA, Andrés Felipe. **

KEYWORDS: POWER, KNOW, TRUTH, POWER TOOLS, (RE) SOCIALIZATION, ARCHIPELAGO PRISON, OFFENDER.

DESCRIPTION: Currently, Colombia is showing up in the state of things in prisons unconstitutional , declared by the judgment C -128 of 1998 , is in this way that we see the failure of that institution and its main function , (re) socialization . Therefore, it is necessary to turn to the study of the subject, let us search so that the operation of this obvious failure (of (re) socialization and prison). This will be done through the historical verification of the Colombian penal and prison rule since 1837, the historical and thematic review of the jurisprudence emanating from the high courts (Constitutional, Supreme and State Council) since 1991, it refers to the prison and human dignity of detainees situation, too, will go to the observation of the Colombian prison, that is, observing the conditions and way of life in jail " MODEL" of the city of Bucaramanga.

Finally , we will resort to theoretical study - historical , and power relations proposed by the French philosopher Michel Foucault in his book " Discipline and Punish " , so we take a response from this perspective, the question of how the failure of (re) socialization in Colombia .

* Degree Work

** Faculty of Humanities, School of Law and Political Science, Director: Ramiro Pinzon Asela.

La guerra nunca desaparece porque ha precedido el nacimiento de los Estados: el Derecho, La paz y las leyes han nacido en la sangre y el fango de rivalidades que no eran precisamente –como imaginaban los filósofos y juristas- batallas y rivalidades ideales. La ley no nace de la naturaleza, junto a las fuentes a las que acuden los primeros pastores. La ley nace de conflictos reales: masacres, conquistas, victorias que tienen su fechas y sus horribles héroes, la ley nace de la ciudades incendiadas, de las tierras devastadas; la ley nace con los inocentes que agonizan al amanecer.

(Michel Foucault.)

INTRODUCCION

El presente trabajo de investigación es un giro a los conceptos estudiados y/o presentados por el “saber oficial” en cuanto la resocialización de la persona privada de la libertad; es así como el lector en una primera parte encontrará elementos teóricos, normativos y jurisprudenciales, a estos llamaremos “saber oficial”, los cuales tienen como meta trazada la explicación del derecho penitenciario desde el punto de vista netamente jurídico.

Bajo este marco de ideas, se plantea entonces el problema de investigación consistente en contrastar lo mencionado por la Corte Constitucional en Sentencia T-153 DE 1998 en cuanto a resocialización del sujeto delincuente y lo concluido por el filósofo Francés Michel Foucault en su investigación titulada “Vigilar y Castigar”. De esta forma, la idea principal del presente trabajo no será otra que confrontar lo planteado por este último, es decir, encontrar dentro de esas micro relaciones de poder el evidente fracaso resocializador del sistema carcelario Colombiano.

Para esto, se hace necesario entender un método de investigación completamente diferente; método que no ha sido muy bien valorado, pero que, según nosotros es el indicado para lograr los objetivos propuestos para este trabajo; así pues, una *Genealogía* que no es más que la liberación de los saberes soterrados o excluidos por el “saber oficial” pretende investigar en los lineamientos verificables por la historia, dejando de un lado aquellos valores metafísicos supra mundanos que son fundantes del Estado Social de Derecho.

Por lo tanto, nuestra metodología tomará un rumbo filosófico jurídico, puesto que se analizarán las teorías filosóficas que han sido la base del derecho contemporáneo colombiano. De la misma forma, al no encontrar estudios sobre el sistema penal colombiano desde el punto de vista de las relaciones de poder la

investigación será exploratoria; además descriptiva a la hora de observar el desarrollo histórico y jurídico del sistema penal en Colombia y analítica ya que se cotejarán los resultados encontrados.

Todo esto permitirá al lector conocer otro punto de vista de lo que se ha enseñado año tras año sobre el reintegro del preso a la vida social.

En suma, gracias a la imposición de saberes occidentales sobre los suramericanos en el sistema Jurídico Penal Colombiano proliferan en las cárceles el hacinamiento y violaciones constantes a los derechos humanos de los presos, por lo tanto se evidencia un fracaso total de la institución penitenciaria y de la Resocialización como fin de la pena.

Bajo este entendido damos cuenta de que existe una política criminal coherente que hace funcionar el sistema penitenciario, por tanto no se podría afirmar que es un fracaso, sino por el contrario, forma de un parte de un modelo diseñado, puesto que si se hace un estudio más profundo, más allá de lo Jurídico encontramos que este aparente fracaso es más bien un excelente funcionamiento con aras a producir y fomentar al sujeto delincuente.

Por ende, solicitamos al lector entender que el fin de esta investigación no será ni de lejos platear soluciones normativas, ya que como se analizará a lo largo de éste trabajo la ley no deja de ser un instrumento de poder más, al servicio de un complejo sistema disciplinario universal.

MARCO CONCEPTUAL

Para comenzar es imperioso dejar en claro los términos dentro de los cuales nos manejaremos en esta investigación, a saber:

PODER: Desde la perspectiva de Michel Foucault, se tiene que este no es un objeto, ni un “algo” que se pueda tener o sostener es más bien el ejercicio o puesta en movimiento de una serie de tecnologías que se materializan en unos instrumentos que confluyen para imponer un saber y determinar la creación de sujetos de conocimiento. En este caso se estudiarán las tecnologías e instrumentos de poder que se ponen en marcha dentro de la prisión con el fin de crear el sujeto delincuente.

SABER: conocimiento, según el profesor Foucault se adquiere tras la confrontación de los sentidos (olfato, vista, gusto, tacto, oído) del individuo con la naturaleza por lo tanto este –el individuo- va conociendo lo que a su alrededor se le muestra. En esa medida, nos encontramos en el terreno de la multiplicidad de saberes, tantos como individuos existan. A su vez, dentro de la relación cotidiana de esos individuos, existen naturalezas humanas que tenderán frente a otro saber o saberes adquiridos de forma semejante a imponer el suyo –su propio saber-. Por lo tanto, el saber es la base de donde se comienza a edificar el concepto de Verdad.

VERDAD: Es el resultado de la imposición de un determinado saber ante otros semejantes. Se logra por medio del ejercicio del poder, a lo que precede la adquisición de un saber.

INSTRUMENTOS DE PODER: Son un conjunto de instituciones que se ocupan de clasificar, determinar y examinar al sujeto; estos obedecen a las tecnologías de

poder, su fin es la objetivación del mismo y por ende la creación de sujetos de conocimiento. Entre estos encontramos: La moral, la religión, la familia, el estado, el derecho, los centros educativos, las fábricas, el examen y la prisión.

RESOCIALIZACION: Entendida esta dentro del marco Jurídico Colombiano como el fin de la pena que busca traer consigo nuevamente hacia la sociedad al sujeto que si bien entendió que se encontraba dentro del pacto social lo omitió y atentó contra el –el cuerpo social-; por lo tanto su reintegro al conglomerado social se haga efectivo.

ARCHIPIELAGO PENITENCIARIO: Instrumento de poder, que como se puede interpretar a través de Foucault comprende dos conceptos:

- **LO PENITENCIARIO:** Siendo esta la institución carcelaria, en donde se recluye al delincuente de manera tal que por medio del castigo consistente en el encierro, el aislamiento y la educación, se busca su resocialización y efectivo reintegro a la sociedad civil.
- **LO CARCELARIO:** Concepto mucho más amplio, según el profesor Foucault, se basa en la disciplina, la clasificación, determinación y examinación del sujeto. Bajo este entendido, resulta que lo carcelario está presente en cada una de las instituciones de nivel cotidiano que buscan la determinación y creación de un sujeto de conocimiento; así pues se halla en los colegios, las familias, las universidades, las escuelas, las fábricas y las prisiones.

DELINCUENTE: Sujeto infractor que rompe el pacto social, por lo tanto ha de ser excluido del cuerpo social con el fin de que sea disciplinado y resocializado.

Según Foucault, sobre el delincuente se crea todo un saber que permite el mantenimiento y subsistencia de este mencionado tipo de sujeto, todo esto en aras a que cumpla con unos intereses en favor de la fuerza tanto política como legislativa y administrativa, ya que son estas las que determinan que es legal o ilegal.

MARCO TEORICO E HISTORICO.

Para empezar a desarrollar nuestro problema de investigación, el cual como planteamiento principal intentara profundizar en el fenómeno de la no resocialización por parte del presidiario, y entendiendo esta como un problema que va mas allá de la inoperancia por cualquier motivo del sistema penitenciario; es decir, como esta planteado el problema lo que intentaremos es explicar cómo funciona el conocido fracaso de las resocialización como primer objetivo de la “la pena”, y claro está explicaremos como y porque desde nuestro punto de vista el sistema penitenciario esta destinado al rotundo fracaso -en cuanto a los preceptos constitucionales y legales para los cuales fue adoptado en el ordenamiento jurídico colombiano-, pero el cual sin embargo resulta cuando menos conveniente para la legitimación de un accionar socio-político enmarcado en la dialéctica de la violencia en cuanto al infractor o el delincuente que cae en manos del sistema penal y sobre todo el penitenciario (sin olvidar por supuesto que el derecho en general es una imposición violenta de instituciones jurídicas, que implican un sometimiento ya sea por el autocontrol, ya sea por la coacción).

Siendo así, debemos remontarnos al análisis de los principios y primeros surgimientos del derecho penal, tanto como percepción filosófica como inserto dentro de un sistema jurídico institucionalizado, teniendo en cuenta por supuesto las implicaciones e influencias políticas que surgen como resultado de la aplicación del mismo y hacer un esbozo de cuales han sido las escuelas penales que mas han hecho eco y han sido puestas en practica en el sistema jurídico colombiano.

Hecho este pequeño comentario, cabe decir que en nuestro análisis genealógico hemos encontrado que la ciencia jurídica y el conocimiento en general se ha

encontrado con múltiples desarrollos, teniendo como consecuencia que algunos preceptos han calado mas en el pensamiento y en el avance histórico del ser humano que otros, a los primeros preceptos nos referiremos como “conocimiento oficial”, al segundo no le daremos un nombre específico pero será aquel conocimiento el cual a consecuencia de diferentes “relaciones” de poder ha sido apartado, oculto y desechado por la sociedad en general. Dicho esto, nos adentraremos a analizar muy someramente cual es la función del derecho penal desde la perspectiva “oficialista”, y de una u otra forma contaremos una pequeña historia del derecho penal, primero en el mundo y mas específicamente en Colombia.

Desde el aspecto formal, el derecho penal “es el sistema de normas jurídicas con las cuales el estado prohíbe, mediante la amenaza de una pena, determinados comportamientos humanos”¹

Esta pena de la que nos habla el profesor Reyes Echandía no es otra pues que la aplicación de una medida de seguridad. Es decir, la medida de seguridad como consecuencia de la transgresión de la norma. Esta medida de seguridad cumple varias funciones que confluyen en el sistema penitenciario, en el sistema penal, y en general en el “derecho sancionatorio”, que es el que esta presente en el entramado social, y por supuesto es la facultad principal que detenta el estado, es decir, el estado tiene como primer garantía la facultad sancionatoria para poder controlar a sus ciudadanos, y mantener el equilibrio institucional.

IUSNATURALISMO

Siendo así, cabe decir que el sistema penal ha sido desarrollado por medio de diferentes discursos, pero que a pesar de tantos discursos que lo han atravesado

¹ REYES ECHANDIA, Alfonso. Obras completas: tomo I. Santa fe de Bogotá: editorial Temis, 1998. p. 1.

mantiene un componente ético (moral), que es el que ha caracterizado el principio, el desarrollo y la actualidad de las ideas penales. Son innegables las relaciones que tiene el derecho penal con la moral y muestra de esto es la primer corriente de pensamiento que queremos exponer, la corriente iusnaturalista ya que Maggiori² explica que el derecho no es otra cosa que “la moral hecha estática en una norma” por lo tanto según esta corriente, entre el derecho y la moral no existe una diferencia “disciplinar”, es decir, son una misma disciplina aplicada en diferentes grados de acción.

POSTURA KELSENIANA

Continuando, encontramos por otra parte la postura kelseniana la cual difiere bastante de la que la antecede en este estudio, puesto que según Kelsen es necesario hacer una abstracción que traiga como consecuencia la separación definitiva del derecho con la moral, sin que esto quiera decir que el derecho no sea moral (bueno). Es decir, en el planteamiento de Kelsen “solamente se rechaza la concepción de que el derecho sea, como tal, parte integrante de la moral”³ lo cual lo lleva a plantear una teoría pura del derecho, la cual se encargara de mostrar el derecho como es, sin deslegitimarlo o valorizarlo por justo o injusto, por moral o inmoral.

CORRIENTE ECLECTICA

Así, aparece como respuesta a las anteriores posiciones, la corriente ecléctica la cual postula que las relaciones entre el derecho y la moral son innegables, y que se trata de dos esferas diferentes pero que se ven naturalmente ligadas, en las cuales es claro que muchas de las exigencias que hace la moral superan las exigencias de la norma, y por otra parte, el derecho presenta una amplia zona que

² Ibid., p. 2

³ Ibid. p. 3.

es indiferente a los preceptos morales. Siendo así, explica el profesor Reyes Echandía que si hacemos un análisis objetivo de la norma penal encontraremos que no todos los comportamientos ilícitos son contrarios a los preceptos morales (por ejemplo si vemos sancionados comportamientos como la rebelión, la sedición etc., siendo estos motivados por ideales altruistas y morales), y que a su vez muchos comportamientos que podrían ser considerados inmorales no son objeto de la sanción penal (por ejemplo la pornografía o la bigamia. Cabe decir que esto no siempre fue así, y que muchos comportamientos que ahora no son sancionados, en su momento lo fueron por considerarse inmorales y que el hecho de que ahora no sean penalizados se debe a la tolerancia de algunos ilegalismos que en otra época eran considerados dañinos, y otros factores que han derivado en una evolución y cambio de paradigma en el derecho penal. Mas adelante profundizaremos en el desarrollo de este concepto.

RELACION ENTRE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA

En este punto, podemos decir que es clara la influencia moral en la norma y que esta característica será ampliamente manejada durante todo el desarrollo de nuestro tema. Así, continuaremos diciendo que también el derecho penal tiene profundas relaciones con la criminología puesto que ambas estudian e investigan el delito y la criminalidad, pero el estudio de la norma penal se limita a los comportamientos descritos como delictivos por el cuerpo legislador, mientras que la criminología no encuentra sus límites en la norma y la forma de transgresión de la misma. Así, el derecho penal se encarga del individuo como infractor de la norma en una conducta descrita como antijurídica y culpable, mientras que a la criminología no le interesa la persona como individuo aislado y protagonista de una conducta desviada, le interesa la persona como pieza en el constructo social y el delito como fenómeno del mismo.

Para la norma penal el estado es el creador del delito y muchas veces sujeto pasivo del mismo, así como es el encargado de velar por la protección social y de que no surja la delincuencia y en caso de que lo haga, es el encargado del castigo contemplado en la norma. Por otra parte, para la criminología el estado es responsable de importantes factores que contribuyen a la existencia de la criminalidad, a su vez es la entidad que reacciona violentamente ante este fenómeno (mediante normas, planes, castigos etc.) y legitima su accionar en la aparición del mismo.

Ahora, después de este esbozo, vamos a iniciar un estudio sobre la evolución histórica del derecho penal la cual vamos a abordar desde el momento mismo en que aun no existía el concepto de “derecho penal”. Este tipo de justicia, no ha sido común para todas las sociedades que han habitado el planeta, esta ha sido el fruto de una larga evolución de creencias, costumbres, instituciones y leyes que ha desarrollado la sociedad para hacerle frente al fenómeno delictivo.

FASE OSCURANTISTA

La primera etapa reconocida como antecedente del derecho penal es la que conocemos como fase oscurantista en la cual no existía propiamente la figura de “derecho penal”, sino un conjunto de prohibiciones de hechos que se consideraban lesivos para los individuos, el grupo social, o alguna divinidad y ante los cuales se reaccionaba con violencia (diferente a la actual). En esta primera etapa los “delitos” se confundían con los pecados, y el derecho no se había independizado de la moral (sin querer decir que actualmente en el derecho no se vea la influencia de la moral), por lo cual se castigaba de manera cruenta para que el infractor expiara sus pecados.

En esta etapa los delitos eran castigados de manera directa y arbitraria por una autoridad (militar, religiosa, política) sin un proceso, ni sanción preestablecida.

Solo se llego a conocer de alguna norma penal escrita hasta el año 2.250 A.C, con el ya celebre “CODIGO DE HAMMURABI”, en el cual se instalaban sanciones como la ley del tali3n, as3 como otras penas corporales. Despu3s, el desarrollo hist3rico nos dio a conocer la norma denominada como el “CODIGO DE MANU” (la norma hinduista), y tambi3n el dec3logo de normas de moiss3 el viejo. Estos fueron los primeros desarrollos de una norma penal como percepci3n institucional. Cabe observar que el desarrollo de la norma se ve profundamente ligado a una dogm3tica religiosa que derivara en una dogm3tica “jur3dico – religiosa”.

Aqu3, en el libro del profesor Reyes se encuentra un gran bache en el desarrollo hist3rico del derecho penal, o m3s bien, en el desarrollo hist3rico del castigo, dando paso de la fase oscurantista, de una vez a la fase humanista. Ya veremos que esto no es consecuencia de un descuido del profesor Reyes, sino que hace parte de exclusi3n de saberes que ha operado casi desde el principio del desarrollo de la norma penal. Tampoco es coincidencia que esta etapa sea a la cual el profesor Foucault presto especial atenci3n para la explicaci3n de su teor3a penitenciaria y del poder, expuesta en su texto “vigilar y castigar”.

ALTA EDAD MEDIA.

No obstante, si miramos el texto de los Profesores RUSCHE Y KIRCHHEIMER, encontraremos un esbozo general de lo que suced3a en la alta Edad Media en el territorio Europeo, y m3s certeramente con respecto del desarrollo del sistema Penal.

Por ende, se conceb3a para ese entonces al derecho penal dentro de la esfera de lo Privado, es decir, venganza por parte del ofendido, que respond3a a una pena pecuniaria, o como lo llamaron en aquel momento Penance. Con todo esto, en Pa3ses como Inglaterra, Alemania o Espa3a, siempre existi3 imposibilidad de pagar por parte de los siervos de la gleba.

Lo que conllevó, a pensar en otro tipo de pena, una pena que resarciera el daño. Así lo comentaron RUSCHE Y KIRCHHEIMER “La imposibilidad de los delincuentes provenientes de las clases bajas de pagar las penas pecuniarias, condujo en estos casos a su sustitución por las penas de tipo corporal”.⁴

Un poco más adelante en la línea del tiempo, concurren tres factores según identifica RUSCHE, que pudieron ser los que dieron cabida y sino, por lo menos motivaron un cambio de paradigma que resulta muy importante. Según lo anterior, partir de este momento el derecho penal dejaba de ser un derecho con carácter Privado, para pasar a manos del Monarca o señor Feudal. Podremos entonces enunciarlos a continuación: (1) “incremento de las funciones disciplinarias de los señores feudales en relación con aquellos que se encontraban en relación de sujeción económica”⁵. (2) “el segundo factor fue la lucha de las autoridades centrales por incrementar su influencia extendiendo sus derechos jurisdiccionales (3) y el tercero y más significativo factor lo constituían los intereses de tipo fiscal...”⁶

Así pues, quien poseía la fuerza podía ponerse sobre alguien e imponer su justicia, dando pie a la creación de los conocidos monarcas absolutistas.

Junto con esto, empezaría a desarrollarse a finales del siglo XIV y XV el capitalismo de mercado, más exactamente en su etapa Mercantilista, lo que conllevó a que este nuevo y adinerado grupo social ejerciera presión para limitar el accionar de aquellos que no poseían capital, ya lo dijo RUSCHE: “Los intensos conflictos sociales en Flandes, el norte de Italia, la Toscana y el norte de Alemania, que marcaron la transición al capitalismo entre los siglos XIV y XV,

⁴ RUSCHE, Georg y otro. Pena y Estructura Social. Bogotá D.C. Editorial Temis. 2004. p.9.

⁵ Ibid., P.9

⁶ Ibid., P.9

condujeron a la creación de un derecho Penal orientado directamente contra las clases bajas.”⁷

Las nefastas consecuencias no podían hacerse esperar, con la ubicación de la naciente burguesía las clases bajas no podían acceder ni siquiera a los medios que les ayudarían a cubrir sus necesidades básicas, razón por la cual muchos de los ciudadanos de aquellas épocas se vieron obligados a robar o mendigar, sin que esto signifique por supuesto la disminución de las penas para los mismos, pasando desde penas pecuniarias hasta las más crueles presentadas sobre el cuerpo de los condenados. Mejor lo explicó Rusche: “cuanto más se empobrecían las masas, más severas se tornaban las penas que intentaban desviarlas del delito. Las penas corporales comenzaron a incrementarse considerablemente en todo el país, hasta que finalmente se convirtieron, de medio suplementario, en la forma punitiva normal.”⁸

Sin embargo, el rápido crecimiento de la industria y del capital, hicieron que no existieran en Europa trabajadores calificados que respondiesen a las demandas de la capitalización, más aun si sumamos la guerra de los treinta años que asolo mencionado continente, y disminuyo de manera considerable la población en especial en países como Alemania.

Esta alarmante situación, fue la base para que pensadores Liberales y políticos de la Época, para iniciar una campaña de poblacionismo en Europa, “Algunos economistas de la época dedicaron especial importancia a la lucha contra este mal. SUSSMILCH, por ejemplo, afirmaba que la felicidad de un país, su seguridad y riqueza dependían del número de su población.”⁹

De esta manera, resultaba de suma importancia para la Burguesía poder obtener mano de obra que no fuese costosa, y que a su misma vez no fuese reacia a la

⁷ Ibíd. P.15

⁸ Ibíd. P.19.

⁹ Ibíd. P.31.

hora de tomar el empleo y permanecer en el. Todo indica entonces, que la solución paso entonces por la influencia que esta -la burguesía- podía obtener en la Política, quien no tardó en responder de manera positiva a las plegarias de los capitalistas, fue más fácil crear en hambre en la población que garantizarle buenas condiciones de trabajo a los obreros. MANDEVILLE citado por RUSCHE se expresó de la siguiente manera: “frente al hecho de que la humanidad muestre una excepcional inclinación al ocio y al placer, ¿qué razón nos puede hacer pensar que ella trabajaría si no fuera sometida a una acuciante necesidad?”¹⁰

Más adelante, encontramos un antecedente importante dentro de nuestro estudio acerca de la resocialización, ya que hacia el año 1555 encontramos la creación de las Casas de Corrección, que sin más objetivos, pugnaban por encarrilar al ocioso, o al vagabundo que se movilizaba por la ciudad europea medieval; todo esto ha tenerse en cuenta observando el dominio del pensamiento mercantilista de la época, en palabras del profesor RUSCHE “fueron necesarias medidas mas extremas como las casas de corrección, instituciones donde los remisos se vieron obligados o conducir su vida cotidiana conforme a las necesidades de la industria”¹¹

En este orden, es menester mencionar que en variadas ocasiones la dirección de estas casas de corrección corrió por parte de órdenes religiosas, como la de los Jesuitas, quienes implementaban una rígida disciplina y una fervorosa educación religiosa en aras a buscar la reflexión del recluso; tanto es así, que los lineamientos infranqueables de la Casa de Ámsterdam contienen las siguientes expresiones: “En primer lugar cada recluso debe rendir gracias a dios nuestro señor”¹².

¹⁰ Ibid. P.38.

¹¹ Ibid. P.50.

¹² Ibid. P.54

Sin embargo, luego de una sucesión de situaciones como: la presión de los líderes obreros acerca de la situación de vida en las casas de corrección haciendo paralelos entre esta y la situación de un hombre “libre” en las calles de la ciudad. Como podemos encontrar en RUSCHE, las casas de corrección perdieron su fama y su funcionalidad se vio reducida a cero justo en el momento en que la clase obrera logra un momentáneo triunfo sobre sus patrones puesto que se abolía en Europa el trabajo carcelario. Rápidamente la fábrica se puso al frente de los hombres libres y los convirtió en moneda de cambio. Así quedo escrito: “en otras palabras, la casa de corrección cayó en decadencia porque otras y mejores fuentes de ganancias fueron encontradas y porque con su eficacia como medio de explotación rentable, desaparecen también los efectos reeducativos del trabajo que en las casas habitualmente se realizaba”¹³

ILUMINISMO Y HUMANIZACION DE LA PENA.

Ahora bien, con el iluminismo viene la llegada de la Humanización del derecho penal y con esta la “humanización de la pena”. Así, la justicia penal salió de los límites metafísicos para tornarse humana; conceptos como el de delito y pena dejaron de ser inalcanzables e inentendibles (abstractos), para convertirse en estructuras jurídicas claramente delimitadas y definidas.

Esta humanización de la pena trajo como consecuencia que se dejó atrás la crueldad en el castigo para convertirlo en una sanción más “moderada”, y por primera vez se pensó en ofrecer garantías al reo, que derivaran en la oportunidad que tiene este para defenderse de lo que se le acusa.

¹³ Ibid. P.113.

TEORIA CONTRACTUALISTA

ROUSSEAU.

Otro importante filósofo del cual su obra es fundamental para entender cómo se genera la concepción de estado republicano (y que ubicamos en los contractualistas), es Juan Jacobo Rousseau, quien hizo importantísimos aportes respecto al estado de naturaleza del hombre, la concepción de libertad y de organización estatal. El, también es uno de los principales teóricos de lo que conocemos como liberalismo clásico. Para él, el estado de naturaleza se rompió en el momento en el que alguien privatizó y no encontró una comunidad que no le permitiera hacer eso. Lo expresa de la siguiente manera:

El primero al que, tras haber cercado un terreno, se le ocurrió decir esto es mío y encontró personas lo bastante simples para creerle, fue el verdadero fundador de la sociedad civil. ¡Cuántos crímenes, guerras, asesinatos, miserias y horrores no habría ahorrado al género humano quien, arrancando las estacas o rellenando la zanja hubiera gritado a sus semejantes!: '¡Guardaos de escuchar a este impostor!; estáis perdidos si olvidáis que los frutos son de todos y que la tierra no es de nadie ¹⁴

Así, Rousseau plantea un momento oscuro y dañino en la sociedad, entre el estado de naturaleza del hombre (en el cual es libre e igual) y la república (la cual se genera a través del pacto social), ubica lo que él denomina “sociedad civil”, la cual se constituye en el momento en el que alguien impuso la propiedad privada. Teniendo en cuenta lo anterior, Rousseau explica que el hombre abandona el estado de naturaleza-que existía cuando había propiedad común- y por diferentes obstáculos no puede volver a él. Por ello se hace necesario un cambio en la sociedad. "Supongo a los hombres llegados al punto en que los obstáculos que

¹⁴ ROUSSEAU, Jean Jacques. Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres. Madrid: Calpe, 1923. p. 33.

impiden su conservación en el estado natural superan las fuerzas que cada individuo puede emplear para mantenerse en él. Entonces este estado primitivo no puede subsistir, y el género humano perecería si no cambiaba su manera de ser."¹⁵

Es decir, el estado de naturaleza es aquel estado en el cual el hombre no conocía de la concepción de propiedad privada, al romperse tal equilibrio, sobreviene un estado de caos en el cual es necesario instaurar de nuevo ese orden natural que existía, solo que en esta oportunidad el estado de naturaleza no se recupera naturalmente, sino con una ficción que es él "pacto social". "Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes. Tal es el problema fundamental cuya solución da el Contrato social."¹⁶

SURGIMIENTO DEL PACTO SOCIAL

Para Rousseau no es correcto referir que la maldad en el hombre proviene de su estado de naturaleza, puesto que al contrario de esto "el hombre es bueno por naturaleza" el cual viene a ser degenerado por un proceso de civilización que desarrolla vicios, conflictos, pasiones y desigualdad. Haciendo necesario que se genere un pacto social en el cual los hombres (siendo una comunidad soberana) le entregan una parte de su libertad a un "soberano", quien representando la voluntad del pueblo, se encargara de salvaguardar las libertades y derechos de la comunidad, quien lo ha elegido como su legítimo representante.

¹⁵ ROUSSEAU, Jean Jacques. el contrato social: o los principios del derecho político. Buenos aires. Ediciones Aguilar, 1965. 64p.

¹⁶ Ibid.P.64-65

Por lo anterior, vemos como a través de uno de los principales teóricos contractualistas, se fundamenta y crea en occidente la concepción de libertad mediante la sujeción a un pacto que precisamente le quita libertad, otorgándole soberanía y paz.

Lo que el hombre pierde por el contrato social es su libertad natural y un derecho limitado a todo cuanto desea y puede alcanzar; lo que gana en cambio es la libertad civil y la propiedad de todo lo que posee. Para no engañarse en estas compensaciones, hay que distinguir la libertad natural, que tiene por límites las fuerzas del individual, de la libertad civil que esta limitada por la voluntad general; y la posesión, que no es otra cosa que el efecto de la fuerza o del derecho del primer ocupante, de la propiedad, que solo puede fundarse en un título positivo.

Además de lo que precede, se podría añadir a la adquisición del estado civil la libertad moral, única que hace al hombre verdadero dueño de sí mismo, ya que el impulso del apetito conduce a la esclavitud, en tanto que la obediencia a la ley es la libertad.¹⁷

Como vemos, la soberanía solo puede constituirse por medio de la voluntad general, es decir, siendo la soberanía una expresión de la voluntad general, esta voluntad general será expresada en la ley, la cual es concerniente a todos y obliga a todos por igual. “La soberanía es indivisible por la misma razón que es inalienable; porque la voluntad es general o no lo es; es del cuerpo del pueblo o solamente de una parte. En el primer caso, esa voluntad declarada es un acto de soberanía y hace ley.”¹⁸

Por su parte, al existir la ley es claro que existe por parte del soberano una capacidad de decidir quien es conveniente para seguir afianzando y seguir respetando el contrato con el cual esta obligado. Entonces, se constituye en el soberano una facultad de castigar a esa persona que no respeta el pacto, pues

¹⁷ Ibíd. P. 71 -72

¹⁸ Ibíd. P. 79

dicha persona al no respetar el contrato se esta poniendo ella misma por fuera del mismo. Por lo cual sus contratantes (ciudadanos) no están en la obligación de seguir respetando su persona, por el contrario, tienen la facultad y la obligación de excluir a quien irrespete lo pactado.

El contrato social tiene por finalidad la conservación de los contratantes. Quien quiere el fin quiere los medios; y estos medios son inseparables de algunos riesgos y aun de algunas pérdidas. Quien quiere conservar su vida a expensas de otros, debe darla también por ellos cuando es necesario. Ahora bien, el ciudadano ya no es juez del peligro al que la ley quiere que se exponga, y cuando el príncipe le ha dicho: <Es conveniente para el Estado que tú mueras> debe morir, puesto que bajo esa condición ha vivido en seguridad hasta entonces, y su vida no es ya solamente un beneficio de la naturaleza, sino un don condicional del Estado.¹⁹

LEGITIMACION DEL CASTIGO.

Así, este derecho de castigo que tiene el soberano proviene precisamente de la concepción por la cual se llego al pacto social. Es decir, el contrato social existe solo en la medida en que busca garantizar la vida (vida en todo el sentido de la palabra) de sus asociados. Por lo cual, si un asociado no respeta el contrato, se convierte en un enemigo social, el cual debe ser apartado y castigado en pro del resguardo de la vida y de la garantía de la del contrato mismo. De no ser así (de no castigar a quien irrespete el pacto), se corre el riesgo de caer en el caos y en el riesgo en que se destruya el pacto social. Por lo cual, en pro de la conservación del pacto, no solo es legítimo el castigo sino que además es totalmente necesario.

(...) todo malhechor, atacando el derecho social, resulta por sus delitos en rebelde y traidor a la patria, deja de ser miembro de ella al violar sus leyes y hasta le hace la guerra. Entonces, la conservación del Estado es incompatible con la suya, es preciso que uno de los dos perezca, y cuando se ejecuta al culpable es mas como enemigo que como ciudadano. Los procedimientos, el

¹⁹ Ibid.P.90

proceso, son las pruebas y la declaración de que ha roto el contrato social y por consiguiente, de que ya no es miembro del estado. Ahora bien, como se ha reconocido tal, al menos por su residencia, debe ser depuesto por el destierro como infractor del pacto, o con la muerte como enemigo publico; pues tal enemigo no es una persona moral, es un hombre, y en este caso el derecho de guerra es matar al vencido.²⁰

Cabe anotar que esta teoría será de suma importancia y hará un gran aporte sobre el cómo se da el surgimiento de lo que conocemos como república, a su vez también nos servirá para explicar el por qué las sociedades creen en esa libertad reglada y en la legitimación social que se le brinda a los sistemas políticos y jurídicos. Y por supuesto, por lo acabado de anotar, es el fundamento de la concepción de infracción y del derecho de castigo que tiene el cuerpo social.

BECCARIA, EL CASTIGO Y LA CRIMINOLOGIA.

Pero por encima de todos estos nombres, se sitúa la figura de Cesare BECCARIA con su gran obra, *Dei delitti e delle pene* (de los delitos y de las penas), la cual se fundamenta en los principios contractualistas y utilitaristas que por entonces eran los que más tenían aceptación. Más adelante profundizaremos en esta obra que consideramos fundamental para el desarrollo de nuestro concepto.

Mientras todos estos pensadores y corrientes filosóficas se desarrollaban en casi toda Europa, se hizo inevitable que la gente se preguntara si el sistema monárquico que poseían era el más indicado para que los gobernara. Por supuesto, esta monarquía no fue algo que ningún ciudadano escogiera sino más bien era una monarquía impuesta, a través de los siglos en los grandes países europeos. A su vez, se venía dando en Francia que con el desarrollo del utilitarismo, también surgieron los grandes señores burgueses, tal como lo vimos

²⁰ Ibid.P.91

con RUSCHE Y KIRCHHEIMER, que pedían un protagonismo y bogaban por alcanzar algo de poder por medio del dinero. Así, al ver que el dinero que conseguían con su trabajo basado prácticamente en el comercio, no era suficiente para lograr el respeto y el poder que reclamaban, se genera un gran malestar en la sociedad francesa, y se empieza a discutir de frente la posición del rey y de la monarquía frente a la sociedad. Con esto es claro que la revolución francesa fue concebida y patrocinada como una revolución netamente burguesa, que buscaba quitar el poder a los nobles y dárselo a quienes tenían el poder adquisitivo y grandes propiedades de tierras y medios de producción.

Como vemos, las teorías de BECCARIA fueron ampliamente aceptadas en la sociedad, y también sobretodo en grandes pensadores como MARAT, VOLTAIRE, MONTESQUIEU, quienes las tomaron como suyas y las hicieron banderas para la lucha. Por supuesto, hubo muchos otros autores de la revolución que situaremos más en el ámbito político que en el filosófico, como lo fue por ejemplo Robespierre (el incorruptible), así como muchos otros revolucionarios franceses que tomaron relevancia en este momento histórico. Con lo anterior queremos señalar que tuvieron que darse una gran cantidad de factores (filosóficos, políticos, sociales, económicos, etc.) para que se coronara la revolución francesa desde 1789.

Con el triunfo de la revolución, vemos como muchos de los principios planteados por BECCARIA son aplicados ya en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, como por ejemplo: nadie puede ser castigado si no ha cometido un hecho previamente señalado en la ley como delito.

Acá consideramos importante detenernos en la obra cumbre del tratadista italiano, quien fundo los estamentos de lo que sería la escuela penal Clásica.

El estudio al cual nos introduce BECCARIA comienza por ser contractualista, toda vez que, ya que según su pensamiento no podría considerarse ninguna sociedad

civil, a no ser que exista un contrato social que la determine en su andar; que fije límites a la libertad del hombre, tal como lo expresa el en su libro: “sacrificaron por eso una parte de ella para gozar la restante en segura tranquilidad. La suma de todas estas porciones de libertad, sacrificadas al bien de cada uno, forma la soberanía de una nación, y el soberano es su administrador y legitimo depositario.”²¹

Con esto, justifica entonces BECCARIA lo que más adelante el denomina derecho de castigar, esto es, que el estado, como afluyente de todas las voluntades individuales, tenga en sus manos la potestad de dar un castigo a quien intenta poner en peligro la paz pública.

En consecuencia, BECCARIA plantea un principio Fundamental en su obra, según el cual, hasta hoy seguimos haciendo eco de su importancia, no estamos hablando de otro que del principio de legalidad, plasmado por el maestro italiano en las siguientes palabras: “la primera consecuencia de estos principios es que solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador”²²

Y, ¿Quiénes cumplen estas leyes? Todos los ciudadanos que mediante contrato social han ligado sus voluntades en aras a proteger sus intereses personales y saciar sus necesidades, no podemos dejar de resaltar las nociones de Rousseau dentro del pensamiento de Beccaria, o de que otra manera podría haber fundado sus ideas; “La segunda consecuencia es que si todo miembro particular se halla ligado a la sociedad, esta lo está también con cada uno de ellos por un contrato que de su naturaleza obliga a las dos partes”²³

²¹ BECCARIA, Cesare. De los Delitos y de las Penas. Barcelona. Ediciones Altaya. 1994. p.27.

²² Ibid., P.29

²³ Ibid.,P.30

No obstante, el profesor BECCARIA continua su estudio, que no es corto, y toca ahora con un tema que hasta el momento no había sido tratado muy a fondo, puesto que como se observó anteriormente, el derecho penal ya tenía una connotación pública, y esta connotación pública, no era otra cosa que su ejercicio por medio de los jueces, en los cuales recae la importante tarea de interpretar las leyes hechas por el legislador y colocarlas en el margen del caso concreto, por lo tanto esta función según BECCARIA debe ser llevada a cabo por dignos representantes de la soberanía general. En sus palabras “los jueces no han recibido de nuestros antiguos padres las leyes como una tradición y un testamento que dejase a los venideros solo el cuidado de obedecerlo; recibenlas de la sociedad viviente, o del soberano su representante, como legitimo depositario en quien se hallan las actuales resultas de la voluntad de todos”²⁴

De esta manera va tomando forma el pensamiento penal de BECCARIA, y se va enunciando otra de las principales consideraciones del italiano mencionado, según la cual debe existir una proporción entre la pena que recibe el infractor y justamente la infracción o ya aquí llamada delito, claro está, esto servía a BECCARIA para para adelantar su pensamiento que respectaba a la prevención del delito ¿de qué manera prevenir el delito? Se preguntó en su tiempo, esta cuestión se respondió de la siguiente manera: “así pues, más fuertes deben ser los motivos que retraigan a los hombres de los delitos a medida que son contrarios al bien público, y a medida de los estímulos que los inducen a cometerlos. Debe por esto haber una proporción entre los delitos y las penas.”²⁵

La gravedad de las penas impuestas se acrecentaba según se hubiese dañado el bien social o Commonwealth; o descendía según se alejase y su fin resultara más

²⁴ Ibid. P.31

²⁵ Ibid. p.35

particular. “hemos visto que el daño hecho a la sociedad es la verdadera medida de los delitos”²⁶

Y luego de hacer un repaso por tres tipos de delitos, encontramos que en el primero es posible ubicar los delitos que están directamente en contra de la estabilidad de la sociedad, en segundo lugar, aquellos que están dirigidos en contra de la seguridad que cada ciudadano en particular, para finalizar esta clasificación con los que turban la tranquilidad pública.

Ahora bien, en la época una pregunta importante rondaba por determinar cuáles serían los fines últimos de estas penas, a lo cual BECCARIA respondió “El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales.”²⁷

Bajo este marco, se entiende porque BECCARIA busca rehabilitar al reo, puesto, que de nada serviría la imposición de una pena si no existiese el ánimo de rehabilitación. Este es uno de los puntos más álgidos que tocó jamás BECCARIA, puesto que al hablar de prevención del delito, colocó los fundamentos no solo de la escuela Penal Clásica sino además en este argumento también pusieron sus ojos los positivistas, tal como lo estudiaremos más adelante.

El capítulo quince de los delitos y de las penas aunque no muy profundamente, abarca un tema que los monarcas absolutos no hubieran concebido en ese tiempo, el pensar que una acusación pudiera ser pública podía generar ser acusado, por lo tanto BECCARIA, obro en intereses del soberano al manifestar su afán por mantener en pie los ideales republicanos que también expuso MONTESQUIEU en su momento. “es opinión del señor Montesquieu que las

²⁶ Ibid.p.38.

²⁷ Ibid. P.44-45

acusaciones públicas son más conformes al gobiernos republicano, donde el bien público debe formar el primer cuidado de los ciudadanos.”²⁸

Ahora bien, entra BECCARIA a estudiar lo que el llamó El Tormento, donde consideraba que el pensamiento ilustrado del siglo XVIII no podía tolerar estas formas de la pena, en primera medida porque encontró que por medio de estos salvajes actos no se podía tener acceso a una verdad, en segundo lugar se ponía al inocente en peor condición que el mismo reo, toda vez que se le torturaba para conocer si era o no culpable, y finalmente se aplicaban procedimientos tortuosos para conocer la existencia de cómplices. Todo esto molestaba a BECCARIA quien no dudo en condenarlos.

No se detiene entonces este análisis del derecho Penal hecho por el profesor Italiano aducido, puesto que su tratado fue el más completo de la época, en el capítulo diecinueve Prontitud de la pena invita a los jueces como administradores de justicia que son, a no dejar correr el tiempo en detrimento del proceso penal, pues si lo hemos entendido bien, el proceso debe ser agil, en palabras del propio BECCARIA: “Tanto más justa y útil será la pena cuanto más pronta fuere y mas vecina al delito cometido”²⁹

Para BECCARIA este era un tema de suma importancia, puesto que según el, iría perdiendo importancia el delito cometido que se prolongue en el tiempo sin saber quién lo cometió y en qué circunstancias se llevó a cabo, por esta razón, propone de manera clara que si se quiere entender que la pena es consecuencia del delito, se ha de juzgar de manera pronta. Ya lo dijo el señor BECCARIA “he dicho que la prontitud de la pena es más útil porque cuanto es menor la distancia del tiempo que pasa entre la pena y el delito, tanto es más fuerte y durable en el ánimo la

²⁸ Ibid.P.51

²⁹ Ibíd. P.60

asociación de estas dos ideas delito y pena; de tal modo, que se consideran el uno como causa, y la otra como efecto consiguiente y necesario”³⁰

Otro punto que nos parece importante comentar, es que BECCARIA en su tratado, no hizo salvedad en pro de ninguna clase social, si bien, entendía la diferencia entre ricos y pobres, para él la ley debía tratar a todos los ciudadanos de una manera igualitaria, y mucho más si se pertenece a una sociedad en la cual se encuentran todas las voluntades representadas por el legislador; así bien, diríamos que BECCARIA hablo siempre en términos de igualdad ante la ley, él lo escribía de la siguiente manera: “toda distinción, sea en los honores, sea en la riquezas, para que se tenga por legítima, supone una anterior igualdad fundada sobre las leyes que consideran todos los súbditos como igualmente dependiente de ellas”³¹

Bajo este marco, debemos observar que BECCARIA distinguía unos tipos de pena que él consideraba sería pertinente dentro de una legislación penal, el planteamiento según el cual la medida de las penas es el daño hecho a la sociedad. Así pues, encontraremos en él: penas pecuniarias, infamia pública, destierro y confiscaciones. Todas estas penas mencionadas se acomodan al delito según corresponda, si existe algún hurto, o se da con algún ocioso.

Lo anterior con un objetivo marcado que BECCARIA desarrolla en un capítulo que tituló dulzura de las penas donde nos expone con gran tesón sus argumentos en contra de unas penas crueles y tortuosas, ya que en primera medida la pena debe evitar la reincidencia y prevenir el delito.

Siendo así, no se podrían encontrar vestigios de ilustración y humanismo en las penas si están continuaban siendo fuertes contra el cuerpo. Este punto siempre lo cuestionó BECCARIA: “¿Quién al leer las historias no se llena de horror,

³⁰ Ibid. P.61

³¹ Ibid.P.64

contemplando los bárbaros e inútiles tormentos que con ánimo frío fueron inventados y ejecutados por hombres que se llamaban sabios?”³²

Ahora bien, entraremos a estudiar lo que para el citado autor Italiano constituye la pena de muerte, tema polémico que en el siglo XVII aun no encontraba unas bases sólidas para su análisis, BECCARIA consideraba en concordancia con sus anteriores pensamientos, que una pena de muerte no sería nunca una pena ejemplar, puesto que el sistema penal debe trascender y colarse entre los ciudadanos a forma de miedo, entonces, según BECCARIA, causaría más miedo en los ánimos de los hombres una pena larga que una pena corta y fulminante, aunque mejor lo escribió él: “No es lo intenso de la pena quien hace el mayor efecto sobre el ánimo de los hombres, sino su extensión; porque a nuestra sensibilidad mueven con más facilidad y permanencia las continuas, aunque pequeñas impresiones, que una u otra pasajera, y poco durable aunque fuerte”³³

Y es que para BECCARIA resultaba incluso más relevante la esclavitud perpetua por esta reunir todas las desgracias que pueda imaginar un reo esclavo de por vida, esto podría ser considerado como un ejemplo de que la impresión duradera se coloca por encima de la impresión corta y fuerte.

Pero aquel que ve delante de sus ojos un gran número de años, o todo el curso de su vida, que pasaría en la esclavitud y en el dolor a la vista de sus conciudadanos con quienes vive libre y sociable, esclavo de aquellas leyes de quien era protegido, hace una comparación útil de todo esto con la incertidumbre del éxito de sus delitos, y con la brevedad del tiempo que podría gozar sus frutos. El ejemplo continuo de aquellos que actualmente ve víctimas de su propia imprudencia la hace una impresión mucho más fuerte que el espectáculo de un suplicio, porque este lo endurece más que lo corrige.³⁴

³² Ibid.P.73

³³ Ibid.p.75

³⁴ Ibid.P.78

Todo esto bajo el entendido de que BECCARIA reserva un par de excepciones a la pena de muerte, por un lado el caso de un ciudadano que logre poner en peligro la forma de gobierno establecida, y por el otro un ciudadano el cual cuya muerte sea el único freno para una avalancha de delitos que pudiera ser cometida por sus conciudadanos.

Pasamos ahora a la Prisión, donde para comenzar BECCARIA ratifica una vez más el principio de legalidad y deja por sentado que solo puede ser penado con prisión aquel que comete un delito que ella enuncia.

Sin embargo, mencionado doctrinante solo ve a la prisión como un lugar en el cual ha de recluirse al reo mientras se decide si es culpable o no de un delito. BECCARIA lo escribió así: “la prisión es una pena que por necesidad debe, a diferencia de las demás, preceder a la declaración del delito, pero este carácter distintivo suyo no le quita el otro esencial, esto es, que solo la ley determine los casos en que el hombre es digno de esta pena”³⁵

Claro está entonces que el profesor Italiano no profundizo mucho sobre la prisión, ya que le delego un papel que a simple vista se nos muestra secundario.

En seguida, continuará BECCARIA con su estudio, donde pone los primeros ladrillos para la construcción de un debido proceso justo y pronto, como se puede imaginar en tiempo de monarcas absolutos este tema era impensable, puesto que la justicia penal era privada; además, se estableció el **derecho de defensa y contradicción** a grandes rasgos, sin embargo este saber se desarrolla día a día actualmente. BECCARIA lo interpretaba con las siguientes palabras: “conocidas las pruebas y calculada la certidumbre del delito, es necesario conceder al reo el tiempo y medio oportunos para justificarse; pero tiempo tan breve que no

³⁵ Ibid.P.81

perjudique a la prontitud de la pena, que, como dejamos sentado, es uno de los principales frenos de los delitos”³⁶

También debemos tener en cuenta que no dejo de lado el tema de las prescripciones, entendiéndose en BECCARIA que estas podrían aplicarse según el tipo de delito y la memoria que puedan causar en el conglomerado social, es decir, delitos leves y en los cuales no se tiene certeza de su autor cabe la figura de la prescripción, en cambio si el delito es atroz, está probado y su resonancia es alta no debería según BECCARIA prescribir su acto.

Cabe anotar que BECCARIA era un seguidor de la ley, un enamorado del derecho penal que soñaba con normativizar todos los aspectos de un país, en aras a la seguridad del cuerpo social antes establecido. Para él era necesario llegar con el derecho a todos los rincones de la sociedad, o mejor lo escribió el profesor Italiano: “donde no hay leyes que manden allí pueden formarse nuevas, opuestas a las comunes, y así un espíritu contrario al del cuerpo entero de la sociedad.”³⁷

Otro antecedente para nuestro estudio también lo hallamos en BECCARIA cuando encontramos un pasaje que según nuestro entendimiento sería la base fundamental de lo que hoy conocemos dentro del ordenamiento jurídico penal colombiano como tentativa, es decir, cuando el delito no se consuma, más adelante ahondaremos acá, por ahora bástenos citar las palabras del propio BECCARIA: “Aunque las leyes no castiguen la intención no por eso decimos que un delito cuando empieza por alguna acción que manifiesta la voluntad de cometerlo no merezca algún castigo, pero siempre menor a la misma comisión de él.”³⁸

³⁶ Ibid.P.84

³⁷ Ibid.P.97

³⁸ Ibid.P.98

Posteriormente BECCARIA enuncia sus recomendaciones con respecto de un tema que es en suma importante, Cómo se evitan los delitos se titula el Capítulo cuarenta y uno de su afamado texto, en el cual deja muy claras sus posturas anti-castigo, suavidad de las leyes, pero inexorabilidad a la hora de aplicarlas, así como unas leyes claras. Estos postulados son los que BECCARIA considera importantes dentro de su teoría, así bien lo explicó: “¿queréis evitar los delitos? Haced que las leyes sean claras y simples, y que toda la fuerza de la nación este empleada en defenderlas, ninguna parte en destruirlas. Haced que las leyes favorezcan menos las clases de los hombres que los hombres mismos. Haced que los hombres las teman, y no teman más que a ellas. El temor de las leyes es saludable, pero el de hombre a hombre es fatal y fecundo de delitos.”³⁹

Para finalizar con este autor, encontramos en sus últimos párrafos otros métodos de evitar los delitos, a saber, por un lado las Recompensas ya que si bien al mal trae más mal, entonces el bien traerá más bien. En segunda media, BECCARIA, plantea una cuestión que actualmente es tema fundamental de nuestra investigación, se empieza por plantear a la educación como medio más solvente para la prevención y en último grado eliminación del delito. La Educación según la denomino él mismo: “finalmente, el más seguro, pero más difícil medio de evitar los delitos es perfeccionar la educación, objeto muy vasto, y que excede los límites que me he señalado.”⁴⁰

En conclusión, las penas son el legítimo ejercicio de castigo del Estado, quien como representante de la voluntad general, ha de velar por la seguridad de sus asociados; todo esto mediante leyes que son dictadas siempre previamente por el legislador. Esto según BECCARIA garantizará la eficaz marcha de los asuntos penales de cualquier nación. “Para que toda pena no sea violenta de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe esencialmente ser pública, pronta,

³⁹ Ibid.P.105-106

⁴⁰ Ibid. P.110

necesaria, la más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos, dictada por las leyes.”⁴¹

LOS PRACTICOS

Después de plantearse en su mayoría por parte de filósofos, los conceptos más generales sobre ley, justicia, delito y pena que culminaron con la revolución, se pasó por obra de filósofos y juristas, a un desarrollo más concreto acerca del delito, del desarrollo de la persona del delincuente, de la pena etc. Se empiezan a construir los principales sistemas teóricos que vienen a remplazar los desordenados preceptos casi feudales; así, el derecho penal alcanzo un relativo nivel de tecnificación. A estos evolucionistas de los conceptos teóricos penales se los denomino “los prácticos”, en esta categoría se enmarcan por ejemplo el autor inglés JEREMY BENTHAM, de quien nos ocuparemos más adelante, sobretodo en un punto que consideramos coyuntural en su obra, que es el “panóptico”. También se reconocen a otros autores como lo son GIANDOMENICO ROMAGNOSI con su teoría del “impulso antisocial”, y al mismo ANSELMO DE FEUERBACH.⁴²

Sus aportes a las teorías penales nacientes. Durante el siglo XVIII y gran parte del XIX, las ideas liberales respecto a los conceptos del delito, pena y otros, fueron propiciando la formación de corrientes doctrinales que llevaron a la creación de verdaderas escuelas jurídico – penales.

LAS ESCUELAS JURIDICO PENALES.

En la historia del derecho penal, han sido múltiples las escuelas y teorías que han sido planteadas a partir de la criminología y del estudio del derecho punitivo en

⁴¹ Ibid.P.112.

⁴² REYES ECHANDIA, Alfonso. Obras completas: tomo I. Santa fe de Bogotá: editorial Temis, 1998. p. 14.

general. Sin embargo, para hacer una aplicación en el contexto nacional, vale decir que solo vamos a tener en cuenta cuatro de estas escuelas, a saber: escuela clásica, escuela positivista, el funcionalismo y el interaccionismo simbólico.

Considera el profesor Reyes Echandía (1998) que dentro del derecho penal, han sido de gran importancia dos escuelas -la clásica y la positiva-, sobretodo por el desarrollo ulterior que le dieron a los postulados penales y es sobre estas dos escuelas nacidas en Italia que centraremos nuestra atención en este punto.

ESCUELA CLASICA

La escuela clásica recogió dentro de ella casi toda la tradición iluminista de principios del siglo XIX, sobretodo en relación a la filosofía del derecho penal, y promovió varias reformas en el campo penal y penitenciario. Esta escuela tiene como fundamento filosófico el derecho natural, y plantea en ella la necesidad del cambio de las instituciones penales actuales (en ese momento histórico), las cuales consideraba anacrónicas, es decir, que no respondían a la situación social y política europea, para ser remplazadas por unas instituciones mas humanistas, justas y proporcionales.

Entre los pensadores, quienes se consideran son los fundadores de esta escuela penal, encontramos a figuras tan representativas como FRANCESCO CARRARA (figura numero uno de la escuela), GIOVANNI CARMIGNANI, o el mismísimo CESARE BECCARIA, de cuya obra “de los delitos y de las penas” ya nos ocupamos extensamente, por considerarla pilar fundamental de la teoría penal actual. Así, estos autores junto a muchos otros dieron desarrollo a la escuela clásica ya la estructuraron bajo los siguientes principios.

PRINCIPIOS

Los principios básicos de la escuela se pueden sintetizar así:

1. El delito es una infracción de la ley del estado; es decir que antes de ser un hecho o una acción, es considerada como un ente jurídico, por que su esencia consiste necesariamente en la violación de un derecho. Así, el delito resulta integrado por dos fuerzas: una moral (voluntad consiente de hacer daño), y una física (la acción corporal y el daño causado) que juntas originan la criminalidad de la acción.
2. La responsabilidad penal es, primero que todo responsabilidad moral fundada en el libre albedrío, ósea que el sujeto solo es delincuente cuando teniendo la oportunidad de obrar lícitamente, decidió con voluntad libre tomar el camino del delito. Así, esta escuela entiende que hay responsabilidad, cuando hay conocimiento previo de una norma que prohíbe y sanciona cierta conducta; previsión por parte del autor de los efectos penales de la infracción; libertad de escoger el comportamiento que lo llevo al delito... estos presupuestos llevan a la conclusión por parte de esta escuela, de que los enfermos de la mente y menores de edad no teniendo la capacidad de comprender la ilicitud de sus actos, no deben ser considerados culpables de un delito, por lo cual las sanciones que se les aplican están enmarcadas dentro de una cierta naturaleza policial, las cuales no forman parte del derecho penal.
3. Filosóficamente, la pena se basa en la necesidad que tiene la sociedad de ejercer la tutela de los derechos ciudadanos de modo coactivo. Así, su finalidad primaria es el restablecimiento del orden jurídico turbado por el desorden que genera el delito. Principios.⁴³

⁴³ REYES ECHANDIA, Alfonso. Obras completas: tomo I. Santa fe de Bogotá: editorial Temis, 1998. p.15 - 16.

Sin embargo, las teorías clásicas fueron dejadas atrás, o mejor decirlo, se reinterpreta todo el aparato penal, desde sus conceptos más básicos, surge de esta manera a comienzos del siglo XIX lo que se denominaría escuela positivista.

ESCUELA POSITIVISTA Y CRIMINOLOGIA.

Es momento entonces de introducirnos más profundamente en lo que se concibió como escuela positivista, ya que de estos postulados nacerá la Criminología. Es importante por una parte resaltar que este fue un movimiento surgido de las ideas iluministas, mas no se confunde con ellas y desarrolla todo un concepto totalmente independiente.

Si bien los naturalistas imaginaban la buena naturaleza humana, los positivistas no estaban de acuerdo con el iusnaturalismo ilustrado, por el contrario fundados en COMTE, se acercarían como científicos al núcleo social, en donde se encuentra el meollo del asunto, en palabras de BUSTOS RAMIREZ: “Ciertamente, estas leyes naturales no tiene un carácter iusnaturalista, pues no surgen de un absoluto metafísico, sino justamente del absoluto que es el mundo físico o social, de lo que se trata es constatar o descubrir, mediante la observación, las leyes que rigen ese mundo físico o social, que tienen un carácter absoluto...”⁴⁴

Así pues, vemos como nacen de la mano de estos pensamientos una serie de desarrollo teóricos en cuanto al pensamiento criminológico. Teorías Criminológicas que se han expresado a través del tiempo en Colombia.

⁴⁴ BERGALLI, Roberto y otros. El Pensamiento Criminológico I. Bogotá D.C. Editorial Temis. 1983.p.31.

ESCUELA POSITIVISTA

Es la que plantea un estudio criminológico a partir del estudio del conglomerado a social por medio de métodos científicos realmente verificables, es decir, la estadística o la psicología; Plantearon que existían unas leyes naturales del hombre, pero que estas no debían ser conceptos metafísicos, sino más bien estas se hallan en el verdadero estudio del ser humano y su acción social. El profesor Velásquez Velásquez lo ilustró de la siguiente manera: "Las notas más destacadas de este enfoque son las siguientes: acude al método experimental propio de las ciencias naturales, considerado el único científico, pues se parte del presupuesto de que solo así el saber criminológico puede alcanzar el rango de ciencia."⁴⁵

Por lo tanto, los positivistas estudiaran el problema de la criminalidad basados en los hechos o sucesos reales que se pueden observar a diario en el transcurrir social, pero con un plus de rigor científico, bien lo explica Bustos en su texto: "Es decir, para el positivismo hay un mundo de hechos, el único que existe y absoluto como tal, que hay que observar; al sujeto no le cabe otra tarea que la observación de ese objeto, debe vaciarse constantemente de su propio mundo (subjetivo) y llenarse de ese mundo que está frente a él."⁴⁶

Cabe decir que este es el antecedente exacto de los primeros desarrollos criminológicos a cargo precisamente de CESARE LOMBROSO, quien además de hacer su valioso aporte a la teoría penal con este cambio de foco de atención del estudio, plantea teorías como la del delincuente nato.

En suma, esta corriente tomo distancia y se opuso directamente a los postulados clásicos los cuales considero como un "abstracto individualismo", y planteó la

⁴⁵ Ibíd. Pág. 21.

⁴⁶ BERGALLI, Roberto. BUSTOS, Juan. MIRALLES, Teresa. El Pensamiento Criminológico. Bogotá D.C.: Editorial Temis Librería. 1983. P.32.

necesidad de defender más eficazmente al cuerpo social contra la acción de la delincuencia, es decir que antepuso los intereses sociales a los del individuo.

Por supuesto, esta escuela contó con el aporte principal de LOMBROSO quien también, con sus investigaciones en las prisiones del norte de Italia, llega a la conclusión de que el delincuente es un anormal, con ciertas características sociomáticas, físicas y psíquicas que lo convierten en un delincuente por naturaleza (la ya mencionada teoría del delincuente nato). Así, encontramos que el aporte fundamental de LOMBROSO tiene que ver con la observación directa y sistemática del hombre delincuente.

Siguiendo los pasos de Lombroso, ENRICO FERRI continua estudiando a la figura del delincuente, esta vez, dándole principal importancia a los factores sociales del delito, los cuales junto a la personalidad delincuencia del individuo configuraban el ambiente propicio para que se generara la infracción penal.

Se considera que RAFAEL GAROFALO, también es hijo de esta doctrina y es autor de una importante criminología, con la cual se propuso a darle piso jurídico a las teorías antropológicas y sociológicas de los dos autores anteriores. El, comprendió que los estudios acerca del delincuente eran estériles si no se definía primero el concepto de delito; fue así como expuso una teoría del delito natural y dio a conocer una tesis naturalista de la responsabilidad.

PRINCIPIOS

Se pueden sintetizar así:

1. El delincuente está en el centro de la escena respecto a la justicia penal; este, no es un hombre normal (al menos en el momento de realizar la

conducta) sino que es un sujeto que presenta serias anomalías bio-psíquicas, ya sean congénitas o adquiridas, temporales o permanentes.

2. el delito, es un fenómeno natural, humano, originado por algunos factores de orden individual (orgánicos y psíquicos), físicos (ambiente telúrico), y sociales (ambiente social, económico y político).
3. La responsabilidad se basa en la actividad psíquico física del delincuente; se trata de una responsabilidad legal o social, sustitutiva de la “responsabilidad moral” de la que hablan los clásicos.

Afirmaba FERRI, que es penalmente responsable todo aquel que cometa la conducta delictiva, sean cualquiera las condiciones físico – síquicas en las que se encuentre. Es decir, al plantear que todos deben responder penalmente se refería a sanos y enfermos de mente, menores o adultos.

4. La pena está pensada para defender a la sociedad y es de carácter preventivo; no debe ser impuesta a término fijo por que siendo su finalidad la readaptación del delincuente, resulta imposible determinar la duración de ese proceso de rehabilitación.

No siendo conveniente hablar de pena, resulta más conveniente hablar de sanción penal, termino más amplio dentro del cual caben varias especies que varían de acuerdo a la sanidad mental y a la edad del delincuente.⁴⁷

FUNCIONALISMO

Se entiende por Funcionalismo al conjunto de teorías que plantearon ya no al sujeto como portador del delito o como el delito anterior al sujeto, por el contrario el funcionalismo se ocupó de mostrar al sujeto dentro de un sistema social que impone su moral. Para entender mejor esto, basta con citar a Bustos:

El concepto de función no solo le permite percibir la sociedad como un proceso, sino además apartarse de una traspolación

⁴⁷ REYES ECHANDIA, Alfonso. Obras completas: tomo I. Santa fe de Bogotá: editorial Temis, 1998. p. 17 – 18.

mecánica del bagaje científico de las ciencias naturales a las ciencias sociales; por otra parte, el concepto de función lleva implícito que no se trata del análisis del hecho aislado, sino de la consideración del sistema, esto es, de la relación con el contexto general en que se dan las diversas manifestaciones.⁴⁸

Así mismo, vale la pena resaltar los más importantes postulados de la escuela Funcionalista, para lo cual es pertinente recordar a Velásquez Velásquez:

Las causas de la desviación no deben buscarse en factores, bio-antropológicos, naturales (el clima, la raza), o en la situación patológica de la estructura social; la desviación es un fenómeno normal en toda organización social; siempre que el comportamiento desviado se presente dentro de unos límites funcionales...⁴⁹

Teoría criminológica que explica el comportamiento humano a partir de la idea de la interacción simbólica entre los sujetos pertenecientes a una sociedad, en la cual se han de desarrollar según los patrones de conducta -lenguaje- establecidos por el cuerpo social. Así pues, lo explica el profesor Bustos en su texto: “el interaccionismo parte del sujeto como ser reflexivo y de que la comunicación en cuanto tal resulta fundamental, pues lo que hay es un intercambio de significados o símbolos”⁵⁰

⁴⁸ BERGALLI, Roberto. BUSTOS, Juan. MIRALLES, Teresa. El Pensamiento Criminológico. Bogotá D.C.: Editorial Temis Librería. 1983. P.37-38.

⁴⁹ VELASQUEZ, Fernando. Derecho Penal parte General. Bogotá D.C.: Editorial Temis. 1997. Pág. 22.

⁵⁰ BERGALLI, Roberto. BUSTOS, Juan. MIRALLES, Teresa. El Pensamiento Criminológico. Bogotá D.C.: Editorial Temis Librería. 1983. P.40.

EL HUMANISMO ILUMINA A EUROPA.

Por ultimo, queremos hacer una síntesis de lo que intentamos explicar en el presente titulo. Como se pudo apreciar, realizamos un extenso análisis de las teorías y escuelas penales, tomando como punto de partida la etapa oscurantista en el derecho penal, hasta llegar al interaccionismo simbólico.

Sin embargo, si existe algo que trasciende a la aplicación de las teorías penales a partir del siglo XVIII, es sin duda el surgimiento del humanismo. Este, lo hemos localizado como el principal legitimador del accionar socio político que implica la transición del castigo suplicante al castigo encierro.

¿Esto para que?

Al parecer, se evidencia que en el cambio de paradigma fue posible la invención de un nuevo sujeto de conocimiento, el delincuente. Este, volvemos a decir, ha sido propiciado a partir del discurso humanista y del cuidado por la figura del ser humano, tan promocionada del siglo XIII hasta acá.

MARCO NORMATIVO

En este punto lo que intentaremos realizar, es una verificación histórica de la norma penal y penitenciaria colombiana, haciendo especial énfasis en la corroboración de la aplicación de teorías humanistas provenientes de Europa y que fueron las que cambiaron el paradigma en lo referente al castigo, al uso de ese castigo, y en general, verificar que tanto en Europa como aquí se realizó un cambio de visión en cuanto al castigo y de como se puede, a través de un discurso, generar una idea de libertad, de mas respeto hacia el ser humano y en realidad solamente ser un instrumento mas en todo un engranaje que implica una mayor sumisión, una mayor domesticación, una mayor vigilancia y un mayor totalitarismo frente a la incuestionabilidad de la norma.

Para que se realizó ese cambio de concepción y examinar esa nueva aplicación del discurso será un trabajo será un trabajo que intentaremos explicar en el segundo capítulo de esta monografía.

Siendo así, allí se verificara como se logro a través del discurso humanista llegar a los postulados anteriormente planteados (mayor vigilancia, mayor sumisión, mayor totalitarismo frente a la incuestionabilidad de la norma), y tomarse como naturales el castigo y el control social.

Por ahora, solo nos ocuparemos en mostrar la norma históricamente y verificar la enunciación de los postulados humanistas similares a los aplicados a partir de la revolución francesa.

ORIGENES DEL DERECHO PENAL COLOMBIANO

Par empezar, enunciaremos lo que según el profesor Reyes Echandía, son los orígenes mediatos de la legislación penal colombiana.

Orígenes mediatos:

Legislación románica

Legislación germánica

Legislación canónica

Legislación española

Orígenes inmediatos:

Siguiendo con la línea teórica, cabe decir que es necesario hacer un análisis de la norma penal desde que Colombia fue concebida como estado independiente y promulgo sus propias leyes.

Como podemos ver en los orígenes mediatos y en lo que constituyo el marco teórico, nuestra legislación a recogido postulados provenientes mayormente de Europa y en primera medida los postulados que se produjeron a partir del humanismo y de la revolución francesa. Esta revolución, a medida que transcurre el trabajo, se vera que fue una burguesa, que respondió a algunos interés específicos en la época.

En esa media, Debemos recurrir primeramente a la legislación del año de 1837.

CODIGO PENAL DE 1837:

Este código penal, constituye el primer intento de codificación llevado a cabo por el general Santander, es un esfuerzo por crear una nueva legislación penal, esta se separa de los influjos que se hubieran podido heredar de la corona española.

Si tenemos en cuenta que en la primera mitad del siglo XIX en Colombia, se concibe la ley penal dentro del contexto doctrinal de la ilustración y del surgimiento casi paralelo de las ciencias criminales, y sobretodo la escuela jurídica clásica de Francesco Carrara.⁵¹ La cual, considera al individuo como un ser autónomo y con libre albedrio, y se fundamenta en la relación: responsabilidad penal – pena retributiva.

Bajo estos criterios se instalaron los límites para aplicar la justicia penal, adquiriendo la pena carácter de mecanismo de prevención general y social, sin tomar en cuenta por ahora, la resocialización del individuo.

Es decir, se puede afirmar que la primerísima historia de las leyes penales en Colombia, esta enmarcada en la doctrina de la escuela clásica italiana, y de esta concepción penal, nació el que se conoció como CODIGO PENAL DE 1837.

Siendo así, vemos que este primer código entiende que el sujeto que causa el daño es una persona que cuenta con libre albedrio, el cual en un momento determinado le permite escoger entre lo que esta bien o mal, por lo tanto, si obro mal debe ser castigado, pues estuvo en sus manos no hacerlo.

El nuevo código se fundamenta en el derecho natural.

Si bien este código no es el más “progresista” de todos, es claro que por lo menos en principio marca una ruptura entre el derecho colonial y esta propuesta bastante mas ilustrada del derecho. Así, se plantea una separación (al menos a nivel

⁵¹ Mora, Efraín. Historia de la Criminología. En: Lecciones de Criminología. Bogotá: Editorial Temis, 1988. p. 256.

enunciativo) entre el delito y la moral, lo que permite que la unión que existía entre pecado y delito desaparezca.

La pena, debe estar destinada principalmente a la prevención del delito, no necesariamente a la expiación del delincuente.

El código penal de 1837, incorpora más de novecientos artículos al cuerpo normativo y se constituye en la normatividad penal de la nueva granada.

Adentrándonos un poco más en la norma, vemos que con relación a las penas, las divide en dos partes: penas corporales, penas no corporales. Las penas corporales serian: la muerte, trabajos forzados, presidio, reclusión en casa de trabajo, vergüenza pública, confinamiento en distrito parroquial y destierro. La pena de muerte (concebida como un ritual), se realizaba en la plaza pública, por el método del “garrote” (es decir, con la aplicación de un torniquete que se fijaba a un palo vertical y al cuello del reo, quien permanecía sentado y amarrado; la muerte se producía por estrangulamiento). Sobre un cadalso pintado de negro, donde llevaban a los reos vestidos con una túnica y con un gorro negro y con las manos atadas por delante con una cuerda. Si acaso este, todavía un vestigio del espectáculo del suplicio ahora trasladado al espectáculo de verlo morir de un solo movimiento.

Las penas no corporales serian: declaración de infamia, privación o suspensión de derechos civiles y políticos, la inhabilitación, suspensión o privación del ejercicio del empleo, la multa, la vigilancia de las autoridades, la fianza de buena conducta, arresto o encierro no superior a cuatro años y el apercibimiento o llamado de atención por un juez de la republica.

Además reglamenta lo relativo a los delincuentes, estableciendo que deben ser castigados no solo los autores, sino los cómplices, auxiliares y encubridores.

Respecto al presidio, el código entra a establecer que los condenados se pondrán en cárceles, cuarteles, casa municipal o cualquier otro edificio adecuado a esos fines.

El delito, el código lo concibe como una infracción a una conducta típica establecida en una norma jurídica. Atendiendo al principio de legalidad, en tal norma debe estar prescrita una sanción. Así, tenemos que el delito se produce por una acción voluntaria e intencionada de la violación de la ley.

La nueva legislación se crea en un contexto de utilitarismo jurídico, liberalismo y iusnaturalismo; todos estos, factores que caracterizaron la historia jurídico penal de la nueva granada en la primera mitad del siglo XIX.

Es así, como este nuevo código viene a marcar una ruptura con el antiguo régimen colonial y muestra serios acercamientos a los postulados doctrinales de la ilustración, por supuesto, de la teoría del pacto social y claro está, de los postulados humanistas que se promulgaban en Europa.

Sin embargo, y a pesar de los que querían situar este código como gran estandarte “revolucionario jurídico”, se notan aun, referencias religiosas que son clara herencia del antiguo régimen. Por ejemplo, plantea que ninguna persona podrá ser ejecutada en día domingo o en fiesta religiosa, ni en semana santa. Plantea mas adelante, que al ceremonial de los condenados a pena de muerte “los reos irán acompañados de los ministros de religión (...)”.

Más allá de esto, no nos adentraremos mucho mas en el análisis de este código, pues consideramos abordado el tema que nos concierne en esta primer norma penal. No abandonamos este código, sin advertir de la importancia del mismo, pues constituye un primer avance en la legislación penal colombiana y a su vez,

nos permite identificar claras señas del concepto de control social que se venia instaurando desde Europa con un envión cada vez mas fuerte, y fundamentado doctrinalmente por las ideas de la ilustración, los reformistas europeos y claro esta la concepción y legitimación del pacto social.

Ley 30 de Mayo de 1838:

Mediante la cual se establecen las **casas de castigo**. Además de crearse talleres en donde los reos llevarían a cabo artes y oficios, esto según lo indica el código penal del año inmediatamente anterior.

El artículo primero enuncia lo que en adelante se conocerían como establecimientos de castigo en la Nueva Granada, a saber: Trabajos Forzados, Presidios, Casas de Reclusión y los lugares de Prisión.

En este mismo marco, también se plantea la división jerárquica administrativa de cada una de estas casas de castigo, a la vez que se pregonaba la moral cristiana, con fines reduccionistas.

Decreto del 17 de Abril de 1839:

Este decreto es mediante el cual se forman los distritos para los establecimientos de castigo y se asignan los lugares donde deben tenerse.

En su primer libro, se encuentra el **TRABAJO FORZADO** como una pena mas del ordenamiento jurídico Colombiano, así como también enuncia algunas funciones del administrativo director de la casa de trabajos forzados, entre otras tenemos la que le solicita cuide que los reos trabajen y cumplan disciplinariamente, además

de dar atentos partes al Gobernador informando la situación en su establecimiento.

Como elemento que llama la atención es el llamado a lista y la implementación de rigurosas costumbres horarias a la hora de tomar la comida. Se pasaba lista cuatro veces al día: una a las cinco a.m., otra a las ocho p.m. y las otras con los alimentos.

Así también, encontramos que siguen en pie los castigos de corte colonial tales como los azotes frente a los demás reos.

En el título II encontramos los **PRESIDIOS**, los cuales como en los establecimientos de trabajo forzados tiene un director con similares funciones. Los trabajos forzados son pieza clave de estos, siendo los reclusos ocupados en construcciones de caminos y obras públicas.

LAS CASAS DE RECLUSION son enunciadas en el título III, donde llama la atención el asilamiento entre los reclusos, se habla toscamente de vigilancia continua, aunque no con mucha claridad al respecto, por lo que solo la enuncian. Por lo demás, se evidencia una cuadriculación del tiempo de los reclusos, con tal de lograr disciplinarlos.

Las funciones del director de las casas de reclusión son comunes a las dos anteriores ya vistas.

Para continuar, en el título IV se enuncian **LAS CASAS DE PRISION** en donde también empiezan a darse unos pequeñísimos trazos de los que es el resocializar, pues se intentaba economizar el tiempo, además de implementar una amplia actividad moralizante. Así pues su artículo 78 reza así: “Los gobernadores escitaran a los prelados o vicarios eclesiásticos de sus provincias para que

proporcionen todos los días de fiesta eclesiásticos que vayan a las casa de castigo y explique a los reos el evangelio y la doctrina cristiana y los exhorta a la resignación y a las virtudes prácticas”. Además, Continúan vigentes los azotes físicos.

Ley del 26 de Mayo de 1849:

En esta corta ley, de tan solo siete artículos, se dicta la abolición de la pena de muerte y otras, en los delitos políticos; y la de vergüenza publica en delitos comunes.

Esta establece que en los casos a los que se refiere la ley en ciertos libros de la “recopilación granadina”. Es decir, en los casos de traición, rebelión y sedición, en los cuales se imponga las penas de muerte, trabajo forzado, presidio, reclusión, prisión o infamia; se impondrá la de expulsión del territorio de la republica. Esto, en proporción según el articulado, es decir: en los casos del art. 140, de ocho a doce años; en los casos del art. 143, de ocho a doce años (...).

Después, se señala que la persona condenada a expulsión, los condenados, perderán en todo caso, los derechos políticos y civiles, y no podrán obtener la rehabilitación expirado el término de expulsión.

Ley del 06 de Junio de 1851:

Esta es una ley corta, donde lo único que enuncia son facultades al administrativo de los establecimientos de castigo para su funcionamiento rutinario.

Ley del 27 de Mayo de 1853:

Esta ley que se rubrica este año trae consigo un cambio que se considera importante, toda vez que **suprime** la pena y los establecimientos de trabajo forzado. Así mismo, le entrega ciertas facultades a la cámara provincial, facultades puramente administrativas.

LEY PENAL EN EL ESTADO SOBERANO DE SANTANDER (1857-1885)

Primero que nada, para abordar el estudio de la ley penal en el periodo federalista en la nación, nos fue necesario acudir a un par de estudios realizados en la universidad industrial de Santander, que nos permitirán dilucidar como era el sistema de aplicación de justicia (penal) en el estado de Santander. El primero de ellos, una investigación titulada: “el sistema jurídico en el estado de Santander 1857-1886”, Editada por los investigadores Armando Martínez garcía y Orlando Pardo Martínez. Mas precisamente en el capítulo titulado: “la practica judicial en el estado de Santander”, realizado por la investigadora Gloria Constanza Rey Vera. La segunda, un trabajo de grado para optar por el título de historiadora, titulado: “la legislación penal en el estado soberano de Santander 1857-1885”, realizado por la estudiante Dolly Roció Castellanos Rueda.

Dicho esto, es importante aclarar que la creación del estado soberano de Santander, corresponde a unos componentes filosóficos, doctrinales y políticos, claramente encaminados al sistema ideológico liberal, que históricamente ha asentado sus bases en el territorio santandereano. Presidido primeramente por el Dr. Manuel Murillo Toro (un liberal radical), el estado de Santander proclamo su profundo respeto por la libertad personal de sus ciudadanos, incluyendo importantes reformas en la aplicación de justicia en el estado.

Dentro de los primeros cambios introducidos en materia penal, podemos contar la abolición de la pena de muerte, abolición de la prisión por deudas, y claro esta, la dulcificación de los castigos. Como mencionábamos anteriormente, se nota en la

formulación de la norma la garantía por el principio de la libertad, tan pregonado en aquella época por los liberales radicales.

Entrando directamente en la materia jurídica, encontramos que la jurisdicción era ejercida por jueces ordinarios, autoridades administrativas y la figura del jurado. La jurisdicción ordinaria, estaba ligada a la materia civil y criminal, mientras que la jurisdicción especial se aplicaba a los militares y la policía.

En aquel momento, era común que los jueces conocieran tanto de negocios civiles como de los criminales, aunque después se fueron especializando exclusivamente en materia civil o penal. Así lo indica la autora: “lo común era que los jueces conocieran tanto de negocios civiles como los criminales, sin embargo, en la medida en que fue aumentando el volumen de negocios conocidos por los distintos despachos judiciales algunos juzgados se especializaron exclusivamente en lo civil o en lo criminal”⁵².

Un aporte importante que se hizo en lo concerniente a la aplicación de la jurisdicción criminal fue la institución del jurado, la cual fue reconocida ampliamente por la constitución radical. Tanto así, que se consideraba como un derecho de las personas habitantes del estado. El jurado se estableció para casos de homicidio, robo y hurto de menor cuantía. Con esto vemos que se da una importante trascendencia a los delitos contra el patrimonio y los derechos económicos.

En cuanto al desarrollo del proceso, en esos primeros años, estaba regulado por el código judicial común y las leyes de enjuiciamiento civil y criminal que lo complementaban. La ley nacional de mayo 11 de 1848, sobre el código de

⁵² REY VERA, Gloria y otros. El sistema jurídico en el estado de Santander 1857-1886. La practica judicial en el estado de Santander. Bucaramanga: división editorial y de publicaciones Universidad Industrial de Santander, 2008. P. 3.

procedimiento en los negocios criminales, estuvo vigente durante mucho tiempo, adicionado y reformado por distintas legislaturas.

Acá, profundizaremos en las fases del proceso criminal. El cual en un principio, según el código judicial del estado soberano de Santander, tenía por objeto investigar los delitos, descubrir al delincuente, castigar al culpable y dar seguridad al inocente.

En la causa criminal se procedía de oficio.

Así, el proceso se iniciaba con el conocimiento que tenían las autoridades de la comisión de un hecho punible. El elemento fundamental del proceso era comprobar si se había cometido un delito.

En el código penal, se establecían las acciones que atacaban los intereses de los individuos: como las heridas y los maltratamientos de obra, el estupro y el hurto. Los que afectaban la institución familiar como la bigamia. Los que afectaban al orden publico como la rebelión, y, y los que afectaron a la administración publica como el prevaricato.

La indagación, se iniciaba por el jefe de policía. Si se podía aprehender al delincuente, cuando el delito se sancionaba con privación de la libertad, se le detenía en la cárcel del lugar.

A más tardar en el tercer día de estar retenida la persona, el jefe de policía debía trasladarlo al juez competente (quien asumirá en adelante la investigación). Si el juez consideraba que había merito para proceder, dictaba auto de seguimiento de causa. Si en su opinión faltaban pruebas suficientes, declaraba sobreseimiento.

En cuanto a las labores de indagación, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la aprehensión del delincuente, el funcionario de la institución le tomara la

confesión no juramentada. Allí, se comenzaba por la identificación del delincuente: nombre, edad, raza, marcas, religión, etc. Se le informaba el nombre de la persona que acusaba (si existía) y se le nombraba defensor, o podía defenderse por si mismo.

En el proceso criminal, siempre era necesario interrogar al sindicado. Cuando sucedía que el sindicado huía de la escena del crimen, por ejemplo, en las riñas en las que alguien resultaba muerto, se consideraba al sindicado como REO AUSENTE, el proceso se suspendía. Prescribiendo las sanciones para delitos graves a los diez años y para delitos leves a los cuatro años.

Una vez se terminaba con la investigación de los hechos, el juez decretaba la celebración del juicio. Los juicios, se celebraban en audiencia pública, con presencia del juez, del secretario, el defensor del sindicado y el sindicado (si este se encontraba detenido). Cuando se trataba de casusas con competencia del jurado, debían asistir todos los integrantes del mismo, a este juicio el juez superior no estaba obligado a asistir.

Adentrándonos un poco más en el procedimiento penal, debemos decir que este fue formulado como el medio por el cual los derechos, las obligaciones, las personas y la libertad garantizarían la implantación de penas legales y justas.

La justicia fue entendida como la aplicación de normas y reglas implantadas a todos los miembros de la sociedad de forma igualitaria, teniendo en cuenta que el sistema implantado debe estar legitimado por los miembros de la sociedad.⁵³

La pena, fue considerada como el mal que se impone por la infracción de un hecho prohibido por la ley, el remedio para curar los males sociales.

⁵³ CASTELLANOS, Dolly Rocio. La jurisdicción penal en el estado soberano de Santander 1857-1885. Trabajo de grado historiador. Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander. Facultad de ciencias humanas. Escuela de historia, 2005. 27-28 p.

El delito, sería definido como “la ejecución u omisión voluntaria de un hecho, que sujeta a quien lo ejecuta”. Se clasificaron los delitos como públicos y comunes. Estos últimos, se dividían en: leves, graves y contra el orden público. Según esto, los delitos leves solo tendrían una sanción de máximo dos años. Los graves, una pena de máximo diez años, y los de orden publico serían prescritos en no mas de cuatro años.

La pena no debía reflejar malos tratos al condenado, ni con ningún tipo del viejo suplicio (azotes, mutilaciones, etc.). El castigo, sería dado como la oportunidad para que la persona enmendara sus acciones.

Se intento cambiar la concepción que se tenía de la pena, pues para el pueblo los centros de reclusión significaban el momento de la venganza, por los males cometidos a la sociedad.

El sistema liberal establecía que “el castigo no tenía el objeto de proporcionarle a los demás el goce por el mal ajeno, sino mejorar al delincuente e intervenir para evitar nuevos hechos dañosos y poder hacer efectivas las garantías de la libertad”.

El lineamiento teórico, filosófico, político (todos estos bajo la doctrina liberal) y ético, se explico de la siguiente manera:

- No imponer penas sino por acciones evidentemente perniciosas. La legislación no debía ser el sustento para perseguir a la ciudadanía, imaginando conductas o enfermedades para que se hiciera necesario el uso de la fuerza. El evitar la vagancia resolvería en parte los problemas de infracciones y de delitos.

- Que el mal de la pena no sea mayor al del delito. Se consideraba que si la pena que se imponía por determinado delito era mayor al daño producido por la actividad criminosa, entonces no era legítimo ni legal aplicarlo.
- Las penas deben ser eficaces.
- las penas no han de producir sino el mal necesario para cumplir su fin. Acá se evidencia el afán de los legisladores por buscar una economía del castigo, la cual permite sancionar un espectro mas amplios de ilegalismos (aunque este no sea el cometido de las ideas liberales).

Para avocarnos definitivamente al estudio de la norma penal en el estado soberano de Santander, debemos recordar, como lo hicimos en paginas anteriores, la influencia de la doctrina liberal, y también la influencia del primer presidente del estado Dr. Manuel Murillo Toro, quien implemento las primeras reformas a la norma penal de 1837, la cual fue tomada como referencia para la legislación federal.

Por lo anterior, en la primera carta constitucional, en la cual se reflejan los principios liberales radicales, entre los que se contaba primero la exaltación al individuo. Segundo, combatir la tiranía política de los sacerdotes. Tercero, la libertad, en la constitución se busco garantizar a todos los ciudadanos el goce de este principio.⁵⁴

Dentro de las primeras reformas penales, encontramos rápidamente la del indulto. Fue instaurado para todos aquellos que antes del 16 de octubre de 1857 hubieran infringido la ley. Tal determinación, tenía un fin social y una clara muestra del compromiso que se tenía con la nueva constitución del estado soberano. Claro

⁵⁴ Ibíd., p. 32.

esta, la oposición conservadora no se hizo esperar en sus protestas y crítico fuertemente la medida tanto con revueltas armadas (en el socorro), como con sendos artículos en periódicos conservadores y demás acciones de los miembros de la política en Santander. Sin embargo, la firme decisión del gobierno de Murillo Toro conto con una gran defensa de su postura, y estimo que no era de sorprender que a la “raza goda” le causara estupor este tipo de medias ya que estaban acostumbrados a presenciar y disfrutar del “horror de la hoguera de la inquisición”.

Otra importante reforma fue la abolición de la pena de muerte. Mediante ley de octubre 19 de 1857, se ordenaba conmutar la pena de muerte por catorce años de presidio.

“Es importante resaltar que la asamblea no se detuvo en el indulto y la declaración de la pena de muerte, sino también, abolió la pena de presidio y aprobó las rebajas en el tiempo de reclusión, así mismo, daba marcha al proyecto sobre el derecho de asilo que debía ser implantado en todo el territorio.”⁵⁵

Otra importante reforma la constituyeron los jurados. Si subsistía la necesidad de castigar, era necesaria la figura de los jurados. Esto, fortalecía las medidas tomadas en el estado para garantizar las libertades tan proclamadas.

En la ley del 21 de diciembre de 1857, llamada: “sobre establecimientos de castigo y sistema penal”. Se exponían los sitios que deberían funcionar como establecimientos de castigo: las casas de reclusión penitenciaria, las casas de prisión (las cuales debía existir una en cada capital de los circuitos judiciales) y las cárceles (como lugar de arresto o detención).

⁵⁵ Ibid., p. 37

Lo que más destacamos de esta ley, fue lo concerniente a la división de las penas, las cuales reduce a una tercera parte de las señaladas por la ley. Con esto, se buscaba limitar las penas corporales impuestas a la persona.

Cabe decir que estas normas fueron adicionadas o reformaron el código penal de 1837, estas normas solo estuvieron vigentes hasta la promulgación del código en 1859.

CÓDIGO PENAL DE 1859.

Este primer código fue elaborado con gran sencillez y carente de una estructura jurídica acorde a las tendencias penales más modernas. En el primer código, de 132 artículos respalda lo contemplado en la constitución. Respecto al derecho a la vida, el código en su articulado establecía la prohibición de la implantación de la pena capital, en cuanto a esta se decidió conmutarla por un máximo de 10 años de reclusión en una casa penitenciaria.

Básicamente, cada uno de los derechos expresados en la carta constitucional fue respaldado por un artículo en el código. Así, por ejemplo, el derecho al sufragio se garantizo en el art. 20.

La libertad de culto, se garantizo en el art. 34.

El código penal de 1859, reconocía que la única que la única pena corporal que debía imponerse, era la de reclusión y arresto.

El concepto de delito en este código, se correspondía con los postulados de la escuela clásica y su fundamento estaba basado en el derecho natural, cuyo principal objetivo fue la de destruir las obsoletas instituciones criminales e instaurar unas mas humanas y justas.

El delito, considerase como una infracción a la ley del estado. Este, debe estar integrado por dos fuerzas: una moral (voluntad y daño moral) y física (corporal y daño material). La esencia del delito debía consistir en la violación de un derecho.

El delito se estructuraba en el libre albedrío o la facultad de auto determinarse. De no existir esto no había pues incriminación moral ni Jurídica. La clasificación de los delitos mantuvo la estructura anterior, es decir, se dividió en delitos leves, graves y contra el orden y la administración pública.

Con el tiempo después de la promulgación de este código, el descontento de la población conservadora no se hizo esperar mucho, por lo cual se hizo necesario implantar una reforma al código. Esta reforma, se vio claramente en detrimento de los principios constitucionales.

Entre las reformas importantes que se dieron, se destacan la de 5 de junio de 1860, y la del 24 de octubre de 1864 (la cual estableció la tentativa como delito grave).

Estas constantes reformas desencadenaron en la promulgación de un nuevo código penal en el año de 1872.

CODIGO PENAL DE 1872

Este nuevo código, que ya no respondía totalmente a las premisas liberales radicales, por lo cual vemos el establecimiento de nuevas penas, así como el establecimiento de nuevas figuras criminales.

Este código, adoptaba una panorámica más formal que jurídica del delito, y que puede encajar (como en 1859), en los postulados de la escuela clásica. Por lo

tanto se daba la misma clasificación de los delitos: leves, graves y de orden público.

Finalmente, en cuanto a la penas, este código estableció 6 tipos, éntrelas que contamos: la reclusión penitenciaria, el arresto, la multa, la privación del empleo, la suspensión del mismo, declaración de traición a las instituciones.

ACTO LEGISLATIVO NUMERO 03 DE 1910:

Este acto legislativo, supone la total y definitiva abolición de la pena de muerte en la nación, estableciéndolo textualmente de la siguiente manera:

Título III

Artículo 3.- El legislador no podrá imponer la pena capital en ningún caso.

Título XX

Artículo 70. (...) Disposiciones transitorias.

Artículo B.- Los delitos castigados con pena de muerte en el Código Penal, lo serán en adelante con veinte años de presidio, mientras la ley dispone otra cosa.

Como vemos, plantea una alternativa a la pena de muerte, la cual será remplazada por máximo 20 años de presidio.

Ley 35 y decreto orgánico 1557 de 1914:

Mediante estos se crea la Dirección General de Prisiones, siendo esta una dependencia del Ministerio de Gobierno.

Decreto 1405 de Julio 07 de 1934:

Sobre **REGIMEN PENITENCIARIO Y CARCELARIO**, que inmediatamente en su artículo primero ya está enunciando la creación de una cárcel por cada municipio, con el añadido que esta ha de ser costeadada por el estado.

No obstante, no solo inicia rigiendo lo pertinente al derecho penal, también hace una alusión a los huérfanos, niños abandonados y menores delincuentes, en su artículo siete enuncia que debería existir por lo menos una casa de educación y trabajo para estos.

Así pues, continua la ley enunciando en la obligación que posee la administración de la cárcel o penitenciaria de llevar registros detallados de cada recluso(nombre completo, apodo, edad, lugar de nacimiento, estado civil, señales particulares, nombre de los padres, hora de entrada, tiempo y lugar de la condena, además de fecha, hora y autoridad que da la salida) y las visitas que recibiere.

Más adelante, en su artículo dieciséis enumera las condiciones de salubridad e higiene en que se deben encontrar las celdas de los reos que no deben contar con cifras inferiores a cuatro metros cúbicos de aire. En otro ámbito, el artículo dieciocho señala la obligación impuesta a los reos de bañarse diariamente, y el artículo diecinueve que propaga una alimentación completa en calidad y cantidad.

El capítulo Segundo es el que habla del personal administrativo carcelario y penitenciario, no sin antes ir a crear con su artículo veinticinco la escuela de especialización sobre asuntos criminológicos y penitenciarios.

Ahora bien, se deja claro en el artículo veintiséis que la administración de cada una de las cárceles dependerá siempre del ministerio de gobierno, en su Departamento de Prisiones.

Bajo este marco, se da un giro en la legislación que hasta este momento no se encontraba en este país, el artículo veintisiete, hablará en términos positivos y criminológicos, pero dejemos que sea la ley la que hable: “laborar constantemente porque mediante el empleo de los métodos indicados por la ciencia moderna, en las cárceles sean estudiados los delincuentes desde el punto de vista antropológico y psíquico, con el objeto de allegar materiales para el análisis de los factores específicos de la delincuencia colombiana de sus características y tendencia peculiares.”⁵⁶

Además, se encarga de enumerar los cargos administrativos y los diferentes niveles en los cuales se pueden encontrar. Por una parte tenemos:

- Personal Directivo: Directores, Subdirectores, Visitadores, Secretarios y oficiales escribientes. Artículo 31.
- Personal Administrativo: Síndicos, contadores o cajeros y los económicos dispenseros. Artículo 32.
- Personal agregado: Médicos, Dentistas, Agrónomos, Maestros de Oficios, Profesores, Capellanes, Practicantes, Inspectores delegados y sirvientes. Artículo 33.
- Personal de custodia: Jefe de Guardia, Inspectores de Vigilancia y guardianes. Artículo 34.

En lo tocante ahora con las funciones del secretario, entre las más importantes podemos encontrar llevar los libros de registros (Registro de condenados enviado por autoridad competente, registro de detenidos que hayan entrado o salido del establecimiento por cualquier causa, matrícula de condenados con índice, registro de los cambios que ocurran en el personal detenido, registro de permiso de visitas, registro de correspondencia de los detenidos y registro de sanciones a los detenidos.)

⁵⁶ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA, Decreto Ley 1405 (Julio 07 de 1934) Estatuto de Régimen penitenciario y Carcelario. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1934.

Resulta en este momento importante tocar con la prohibición del artículo 58 la cual impide a los guardianes infligir castigos a los detenidos.

En seguida, con el artículo 59 se le da la función de regenerador moral al inspector delegado. Todo esto a consecuencia de la actividad moralizante que desea mediante la ley desplegar el estado sobre los reclusos. Por esto, el artículo 67 ordena que deben existir un oratorio católico y un capellán para el ejercicio de este culto. Incluso, el Capellán deberá dictar conferencias a la hora señalada sobre temas morales y educativos.

Pasando al Capítulo tres, el cual se denomina DISCIPLINA.

El artículo 90, indica que todos los presentes en una cárcel o penitenciaría están subordinados al director de la misma. Esta obediencia ha de ser sin objeciones, así lo manda la ley en su artículo 91.

Continúa el artículo 92 ahora, con unas prohibiciones expresas para los detenidos: “son absolutamente prohibidos en los establecimientos penales los gritos, palabras y cantos incorrectos y las conversaciones en lenguaje convencional o cualquier forma no inteligible a todos.”⁵⁷

El artículo 96 enunciaba el silencio obligatorio, así como el artículo 98 mandaba tomar lista tres veces al día.

Ahora bien, existe el sistema de premios y castigos, según la conducta del reo, esto se encuentra enunciado en el artículo 101. Uno de estos castigos, se encontraba presente en la legislación del siglo XIX y lo encontramos enunciado también en el año de 1934, por supuesto hablamos del aislamiento.

⁵⁷ Ibid.

Más adelante, continuando con el estudio de la presente norma, encontramos una de las influencias más fuertes del **POSITIVISMO** en la legislación penal Colombiana, y es que el artículo 112 habla de la siguiente manera: “En cada una de las penitenciarías deberá funcionar un laboratorio de antropología, psicología y psiquiatría.”⁵⁸

Luego, no se ahorran esfuerzos por enunciar la obligatoriedad del trabajo dentro de los establecimientos penitenciarios y carcelarios con un claro objetivo, la resocialización del detenido o condenado, así pues, considera el legislador del siglo pasado que esta actividad es la mejor y más alta escuela de regeneración moral y social de los penados. El artículo 127 es demasiado claro.

El Capítulo tercero, el que rige a los detenidos, en primera medida nos habla de una plena identificación del detenido, incluida una huella dactilar, luego el artículo 158 habla de un examen obligatorio que se le ha de realizar a cada uno de los detenidos justo en el momento de su ingreso, aquel examen será de tipo médico y psíquico, lo que conlleva un conocimiento más profundo del detenido. Así también, menciona en su artículo 162 el aislamiento celular nocturno, para cada persona detenida.

En otro ámbito, el concerniente al educativo e instructivo, que hace parte del tercer capítulo del segundo título, enuncia la creación de una escuela elemental para analfabetas que se encuentran en condición de detenidos, a cuya asistencia les será obligatoria, no obstante, el artículo 164 recalca nuevamente sobre la educación orientada “Por lo menos dos veces por semana se dictarán conferencias sobre cuestiones patrióticas, morales e higiénicas, las cuales deben tener como fin primordial el mejoramiento del carácter e inclinaciones de los detenidos.”⁵⁹

⁵⁸ Ibid. Art 112

⁵⁹ Ibid. art 164

No obstante, es curioso encontrar que las bibliotecas solo puedan abrirse, según lo indica el artículo 165, los días feriados y dos veces por semana. A esto se suma el trabajo que en este código también es obligatorio.

Las sanciones son mencionadas en artículo 181, de manera que para que un detenido se haga acreedor a una de estas, lo será por la siguiente razón: “A los detenidos que atenten contra la moral, el orden o el reglamento interno se le aplicara una de las sanciones siguientes...”⁶⁰ y de entre el listado de sanciones se destacan la amonestación en privado o público, la suspensión de visitas, la suspensión de cama hasta 15 días, limitación o supresión del tabaco y aislamiento hasta por diez días.

A su vez, no se olvida de los “premios” a la buena conducta, a los cuales define en el artículo 183 con el objetivo de buscar emulaciones por parte de los demás presos.

Más adelante, el régimen de los condenados en sus normas generales plantea un examen detallado de tipo médico, físico y mental sobre el estado del condenado, que ha de realizarse en el momento exacto en que este ingresa al establecimiento penitenciario.

Además, el artículo 198 define a la religión como de voluntaria observación.

En lo que respecta a la conducta de los condenados el artículo 263 ordena dividir a los presos en las siguientes cuatro clases: A o de mérito, Primera o Buena, Segunda o Regular y Tercera o Mala.

⁶⁰ Ibid. art. 181

Continúa este séptimo capítulo ahora hablando del periodo de observación que debe sortear un condenado en aras a que se realice su clasificación, según la conducta, y según saberes oficiales, en palabras del legislador de la época:

En el periodo de observación, el condenado estará asilado durante el día y la noche; no podrá hablar con persona diferente del director, el capellán, el médico, el maestro de escuela y los inspectores delegados, los que deberán visitarlo con la mayor frecuencia posible, para decidir luego, de común acuerdo, la clase de trabajo a que deba dedicarse el condenado, y el régimen especial a que deba ser sometido⁶¹

Según esta ley, para graduar estas circunstancias que enseñaran cual es el grado de sociabilidad se encuentra el detenido, se tendrán en cuenta factores como: comportamiento en la escuela, en los talleres, con sus superiores y los demás condenados, también se observará su carácter, sus tendencias y moralidad.

A consecuencia de lo mencionado anteriormente se le otorgaran facultades a vigilantes, Directores de escuela y Maestros de talleres, con el fin de llevar un registro semanal donde se consigne la cotidianidad del condenado, así pues, el director de escuela informará sobre el aprovechamiento de cada alumno, su aplicación, su conducta, su asistencia; por su parte el maestro de talleres importará si el condenado sirve para el trabajo que se le asigna, su puntualidad y regularidad y su obediencia. Los vigilantes observarán el aseo personal y de la celda de los condenados sin olvidar la disciplina.

Para terminar, se establecen tres colonias agrícolas penales, con el fin de llevar allí a los condenados de modo que puedan empezar con su resocialización, esto no implica que no se encuentren estén bajo continua vigilancia y limitación de su libertad. Por lo tanto su el artículo 284 reza así “esta clase de colonias tiene por

⁶¹ Ibid. Art 264

objeto principal prepararlos convenientemente para el trabajo libre, fomentando su readaptación a la vida social”⁶²

CODIGO PENAL DE 1936 (LEY 15 DE 1936):

En este código se hace presente y manifiesta la influencia de las ideas positivistas, por lo cual se advierte una inclinación a considerar la actividad “psicofísica” de la persona como el fundamento de la imputabilidad penal, es decir, se acude al análisis de la personalidad y las condiciones físicas del delincuente para determinar la imputabilidad del mismo; aparece la peligrosidad social como medida de responsabilidad y la teoría de la peligrosidad como sustentadora de las sanciones y la prevención de la delincuencia. Al delincuente se le estudiaba desde la base de suponer que tenía una personalidad antisocial.

Haciendo un análisis mas profundo de la norma, vemos que la pena se dividía en penas principales (art.41) prisión, presidio, arresto, confinamiento, multa y penas accesorias (art.42) interdicción de derechos y funciones publicas, prohibición de residir en tal lugar, publicación especial en la sentencia, perdida de toda pensión o sueldo de retiro de carácter oficial, etc.

Estableció medidas de seguridad para quienes al cometer el delito se encontraban en estado de enajenación mental o padeciera de grave anomalía psíquica (art.29) reclusión en un manicomio criminal o en una colonia agrícola especial, libertad vigilada, trabajo obligatorio en obras o empresas publicas, etc.

El código establecía para el cumplimiento de las penas privativas de la libertad (art. 43), era indispensable el aislamiento celular de noche y el trabajo industrial o

⁶² Ibid. Art 284

agrícola durante el día. Al igual que lo establecía el modelo presión británico, estudiado por el profesor Foucault.

Las sanciones mencionadas, se imponían con base en la gravedad y modalidades del delito, los motivos que determinaron la acción, circunstancias de mayor o menor peligrosidad y la personalidad del delincuente. (art. 36)

Los sitios donde se cumplían las penas (las prisiones) debían clasificar y separar a los detenidos de acuerdo a ciertas afinidades psíquicas y físicas, para ello tenía en cuenta el hecho cometido, la vida anterior del condenado y la vida para el trabajo. (Art. 77)

Se incluyeron las figura de libertad y condena condicional, aunque la condena condicional solo se le imponía a personas sometidas a arresto con penas que no superaran los tres años, que no tuvieran antecedentes penales y que no se considerara un peligro para la sociedad. (Art. 80). La libertad condicional se le concedía al condenado a penas no menor de dos años de arresto, que haya cumplido las dos terceras partes de la condena, que demostrara por su comportamiento y bajo el buen criterio del juez, que ha dejado de ser peligroso para la sociedad y que no volverá a delinquir. (Art. 85).

Estableció un perdón judicial que solo procedía para los punibles que la ley autorizara expresamente, además de los requisitos para cumplir condena condicional (art. 91).

Lo concerniente a la extinción de la acción penal y la condena lo dejó señalado para los casos de muerte, prescripción y desistimiento de determinadas circunstancias. (art. 105)

La parte especial del código se divide en 16 títulos: delitos contra la existencia y la seguridad del estado, delitos contra el régimen constitucional y contra la seguridad del interior del estado, delitos contra la administración pública, delitos contra la administración de justicia, de la asociación para delinquir y de la apología del delito, delitos contra la fe pública, la moral pública, delitos contra la salud y la integridad colectiva, delitos contra la economía nacional, la industria y el comercio, delitos contra el sufragio, la libertad individual, delitos contra la libertad y honor sexuales, delitos contra la integridad moral, contra la familia, delitos contra la vida y la integridad personal y delitos contra la propiedad.

No se toman con gran relevancia los delitos contra la existencia y seguridad del estado, pues parecía mínima la posibilidad de cometer una traición a la patria.

Respectos a los delitos contra el régimen constitucional y al seguridad interior del estado, no se miran a los imputados como delincuentes vulgares, sino a veces como personas que actúan movidos tal vez por ideales altruistas.

En cuanto a los delitos contra la propiedad, se considero como criterio para imponer la pena en el delito de hurto además de la cuantía, circunstancias de tipo subjetivo o personal de quien comete la conducta (art. 298). También estableció la disminución de la pena para quien restituya el objeto materia de la infracción. (art. 429).

Por ultimo, decir que el código penal de 1936, al tener una marcada tendencia hacia el positivismo considera el **delito** como un fenómeno natural y social, esgrimiéndolo como una expresión antisocial de una personalidad delincuencial. Además, concibe la **pena** como un medio de defensa social la cual se debe aplicar valorando la peligrosidad del delincuente y la gravedad del delito. En cuanto a la **responsabilidad penal** se adhiere a la doctrina que plantea que el sujeto debe responder por el solo hecho de vivir en sociedad, sin distingos de ninguna clase

(como lo hacia la doctrina clásica), por lo cual se sanciona al hombre no por ser libre sino por que la sociedad debe protegerse de él.

Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. (Primer congreso sobre la prevención del delito y el delincuente. Ginebra 1955):

Se enuncia el trato a los reclusos basado en la Dignidad Humana, de esta forma, enuncia las condiciones de salubridad e higiene con que debe contar un establecimiento carcelario; además debe carecer de tratos discriminatorios de cualquier índole.

También, se ocupa de pregonar la resocialización como fin fundamental de la pena, recomendando para estos efectos los siguientes enunciados:

Para lograr este fin, se deberá recurrir, en particular, a la asistencia religiosa, en los países en que esto sea posible, a la instrucción, a la orientación y la formación profesionales, a los métodos de asistencia social individual, al asesoramiento relativo al empleo, al desarrollo físico y a la educación del carácter moral, en conformidad con las necesidades individuales de cada recluso. Se deberá tener en cuenta su pasado social y criminal, su capacidad y aptitud física y mental, sus disposiciones personales, la duración de su condena y las perspectivas después de su liberación⁶³

DECRETO 14 DE 1955

Contiene disposiciones sobre prevención social.

Disposiciones generales:

⁶³ SUIZA, ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Congreso sobre prevención de delito y del delincuente. Ginebra, 1955.

Estas disposiciones se aplicaran a personas cuyos antecedentes, hábitos, actividades o forma de vivir los coloque en estado de especial peligrosidad social (art. 1).

Estableció lo que se debe entender y la diferencias entre “antecedentes delictivos” (art.3) y antecedentes policiales (art 4).

Cuando se refieran a “habitualmente” es por que el sujeto ha realizado los hechos respectivos por tres o mas veces en el periodo de los dos últimos años. (art.5)

Establece que para que un antecedente se tome en cuenta, deberá haberse producido en fecha comprendida entre los diez años anteriores a la iniciación del proceso. (art. 6)

De los estados de especial peligrosidad:

Estableció que representan estado de peligrosidad los vagos habituales, los que fingieren enfermedad para ejercer mendicidad, los que se dediquen a los juegos prohibidos, ebrios y toxicómanos habituales, proxenetas y en general todo el que representaba oposición moral y económica al sistema jurídico político del país. (art. 7)

Medidas aplicables a sujetos peligrosos:

Se tratan de medidas de seguridad que se les aplicaran a las personas comprendidas en las categorías de artículo anterior. Entre ellas se contemplan por ejemplo relegación a colonia agrícola de uno a cuatro años, si el sujeto no contaba con antecedentes podrá aplicárseles trabajo obligatorio en obra o empresa del estado (aprovechamiento económico del castigo)

Estas medidas aplicables, variaban dependiendo el tipo de sujeto que estaban intentando rehabilitar, se contemplaban sobre todo la relegación a colonia agrícola

o internación en casa de trabajo con su respectiva graduación en años, dependiendo el sujeto y el delito.

También para determinado sujeto se estableció el internamiento en manicomio determinada cantidad de años.

Se hará mayor referencia a los delitos económicos como marcación ilegal de ganado, apropiación de ganado, etc. (a partir del art. 40)

El art. 45 que las medidas que se impongan previstas en este decreto, no serán a término fijo sino que se limitaran a determinar un máximo y un mínimo de la pena, el respectivo establecimiento será el que determine dentro del mínimo y el máximo de la sanción, el momento indicado para la cesación de la medida.

En general son sanciones encaminadas a sustituir la prisión tradicional y que buscan la readaptación del sujeto, la cual se determinara por la personalidad del sujeto, la falta cometida, y los tiempos de rehabilitación necesarios.

DECRETO LEY 0250 DE 1958 (CODIGO DE JUSTICIA PENAL MILITAR)

Este decreto – ley fue concertado en un contexto político bastante complicado como lo fue la dictadura. Bajo esta noción, podemos entender la lógica jurídica que pretende implantar el presente código.

Este decreto, dictado por la junta penal militar, se fundamento en el Art. 121 de la Constitución de 1886. Mediante este, se expidió lo que se conoció como el “Código de Justicia Penal Militar”.

Con este, se derogo el DEC. 2215 de 1950.

Con la expedición de este nuevo Decreto, se amplían las facultades de la justicia penal militar para juzgar a sus militares, es decir, se les reconoce competencia para juzgar delitos comunes, cometidos por militares o fuerza pública. Además de otros grandes beneficios a la hora de ser juzgados y castigados. Visto esto, cabe decir que no se esperaba más de un ordenamiento regido por un gobierno de facto, que extralimita las facultades a las cortes marciales, quitándole autonomía y facultades a las cortes penales (encargadas de juzgar este tipo de delitos).

Así, en el DEC. 0250 de 1958, se amplió el ámbito de la aplicación de lo que se conoce como fuero militar en lo referente a la materia penal, incluyendo delitos comunes bajo la tipificación militar, y en cuanto a las personas amparadas, se extiende a los miembros de la policía nacional. (Art. 284)

Además, otorga el conocimiento de cualquier delito común que fuese cometido por algún militar en servicio activo o por algún civil al servicio de las fuerzas armadas en tiempos de guerra, conflicto armado o turbación de orden público a los tribunales militares.

DECRETO 1817 DE 1964.

Es claro que este decreto ha constituido durante casi treinta años el marco jurídico penitenciario de Colombia, siendo el antecedente inmediato a la ley 65 de 1993. Este decreto abordó temas como la clasificación de los reclusos, funciones del personal, dispuso normas de capacitación, la carrera penitenciaria y régimen penitenciarios del personal. También regula el régimen interno y disciplinario de los reclusos, la asistencia médica e higiénica, el trabajo penitenciario, la educación, etc.

Por lo anterior, esta norma es fundamental para entender el régimen penitenciario en el país antes de 1993.

Una de las principales características de este decreto es la carencia de un cuerpo normativo, puesto que, estaba profusamente reformado y completado por otro tipo de disposiciones, con lo que también nada aportó a la clarificación y funcionalidad del ordenamiento penitenciario.

Vemos también, la explicación que hace el jurista Abel Téllez Aguilera⁶⁴, respecto a que el sistema penitenciario propuesto por el decreto 1817 se aproxima al sistema progresivo irlandés, en el que la primera fase estaba acompañada del aislamiento celular. Al respecto, el art. 248, señala que el condenado a penas superiores de 2 años deberá pasar un tiempo no superior sesenta días aislados, en el cual se procederá a su observación a fin de, en base a las características psíquicas, físicas, etc., clasificarlo en el grupo correspondiente.

Después, la segunda fase se daba con la libertad preparatoria. Para esta, en el art. 330 se establece que los condenados a penas de prisión superior a seis años y que hayan cumplido las cuatro quintas partes de la pena, podrían ser autorizados a trabajar por fuera de la prisión, volviendo solo para pernoctar (dormir).

Por último, la tercera fase estaba representada por la franquicia, que consistía en poder salir a trabajar sin necesidad de pernoctar, siendo esta, sustituida por la presentación periódica ante el director del establecimiento. Estaba destinada tanto a las personas que hayan pasado por la segunda fase, como a aquellos que hayan cumplido efectivamente nueve de las diez partes de la pena (art. 330). La última fase de esta actividad resocializadora (sistema progresivo) era la libertad condicional, contemplada en el código penal (art. 10).

⁶⁴ TELLEZ, Abel. Derecho penitenciario colombiano. En: I seminario internacional sobre sistema progresivo (1: 15 – 19, julio: santa fe de Bogotá). Características del derecho penitenciario colombiano hasta la ley 65 de 1993. Bogotá D.C.: 1996. p 594.

A pesar de la normatividad, la poca infraestructura no permitía llevar a cabo el aislamiento, siendo también inutilizables frente a la práctica judicial las medidas como libertad preparatoria o las franquicias; convirtiendo el sistema penitenciario, en uno de retención y aglomeración.

También, ha sido históricamente un problema el del hacinamiento en las prisiones, yendo de la mano del gran número de internos preventivos (que no están condenados). Por lo cual, la detallada clasificación que se hace en el art. 5, que divide los centros penitenciarios en: penitenciarias rurales y urbanas, cárceles distritales, cárceles municipales, cárceles para la milicia, colonias agrícolas, industriales o mixtas, cárceles para mujeres, sanatorios penales antituberculosos, manicomios criminales, anexos psiquiátricos e instituciones de protección del pos penado.

Explica el jurista Abel Téllez⁶⁵ que todas estas instituciones, encaminadas al tratamiento del interno por medio de la situación jurídica o personal del mismo, quedan observadas solo en el campo enunciativo, pues en la realidad penitenciaria, dada la precariedad de los centros, un solo establecimiento se convertirá en un sitio donde se encuentran la más variada cantidad de infractores.

Entonces, vemos una doble situación que parece contradictoria en una primera instancia, puesto que, por un lado el tratamiento penitenciario, como esta concebido, esta para crear y mantener el sujeto delincuente, mediante el ilegalismos mas popular y mas accesible que es, por supuesto, la delincuencia. Pero a su vez, si algo se puede evidenciar en el análisis que se hace, es la falta del tratamiento penitenciario. Extrañamente, el legislador de 1964, no presta especial atención al tratamiento penitenciario, estableciendo solamente, que la educación y el trabajo son “la base de la regeneración moral y social del individuo”.

⁶⁵ Ibíd., p. 595.

Siguiendo, el trabajo de los condenados será remunerado, conforme a las especificaciones especiales que da el código. Estableciendo la remuneración como parte importante de la resocialización, pues esta le permitirá al condenado recuperar la figura de lo que Foucault llamara el “homo economicus”, y podrá reconocer en el trabajo y en su esfuerzo la forma digna de ganarse la vida.

Respecto a algunos aspectos del régimen penitenciario, señala que los presos deberán llevar uniforme numerado (arts. 225 y 226), las visitas serán restringidas, estableciéndose cada tres meses para los condenados a presidio, cada mes a los condenados a prisión y cada quince días para los arrestados.

Además, dice Abel Téllez⁶⁶ que el régimen disciplinario que plantea este decreto, es caracterizado por las duras sanciones, la inseguridad jurídica de la redacción del tipo de faltas y la ausencia de procedimiento disciplinario.

En cuanto a las sanciones, llama la atención sanciones como <permanecer en plantón>, la cual parece bastante indigna, y el aislamiento celular que podía extenderse hasta por tres meses.

Este decreto además se ocupa de cuestiones como el personal penitenciario, estableciendo en el **título II** la denominación, jerarquía, funciones, atribuciones y deberes del personal. El **título III** lo refiere a la capacitación, preparación del personal, carrera profesional, etc. Por ultimo, en el **título IX** se preocupaba de la organización y del personal de planta de la División de Prisiones y sus dependencias.

⁶⁶ Ibíd., p. 597

Ley 16 de 1972:

Sustentados en esta ley, se aprueba y ratifica para Colombia la Convención Americana de DDHH “pacto San José”

Para recordar, diremos que en mencionada convención se dejan en claro cuáles son los derechos fundamentales que cada uno de los estados miembros está obligado a garantizar, así como aquellos que por ninguna circunstancia han de limitarse.

CONSTITUCION DE 1991

No es necesario en absoluto hacer un análisis mas allá del eminentemente jurídico a la constitución nacional, puesto que el análisis político ya ha sido ampliamente debatido y es de conocimiento general que el contenido de nuestra constitución es de corte o por lo menos tiene tintes social demócratas, basta con revisar el enunciado de nuestra constitución que establece que Colombia es un país “social y democrático de derecho” y teniendo en cuenta la coyuntura política por la que atravesó el país en el momento de la realización de la misma y también de acuerdo al espíritu con el cual se concibieron las bases del estado colombiano. También cuenta con unas fuertes inclinaciones liberales, sobretudo en la concepción del estado y del profundo respeto por la propiedad privada, pero a su vez promoviendo la responsabilidad social de la misma.

Dicho esto, en el capítulo de derechos fundamentales se establecerá (art. 11) la inviolabilidad del derecho a la vida y no se permitirá la pena de muerte.

En consonancia establece (art. 12) la prohibición de la desaparición forzada, las torturas o los tratos crueles, degradantes o inhumanos.

Establece la igualdad ante la ley para todas las personas sin discriminación por motivo familiar, político, religioso, raza, origen nacional o familiar, lengua, etc. (art.13)

Vemos como la constitución establece una idea más “humanista” dentro de la concepción del individuo, como del castigo.

A su vez, se nota un respeto (por lo menos enunciativo) por la libertad, la cual establece, no podrá ser limitada más que en virtud de orden judicial. Estableciendo además que no habrán penas imprescriptibles en el país. (art.28)

Establece el debido proceso como una de las garantías fundamentales para el estado democrático que se establece. Debido proceso en todas las instancias judiciales y administrativas: penales, disciplinarias, etc. (art 29)

Establece el habeas corpus (art. 30)

Establece la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua (esto atendiendo al fin resocializador de la pena) y confiscación. Se podrá establecer la extinción de dominio por enriquecimiento ilícito. (Art. 34)

En un principio estableció la prohibición de la extradición (art. 35), pero con el tiempo fue revisada y modificada dicha prohibición. No habrá extradición por delitos políticos.

Por demás, la constitución no señala mucho más relacionado con la situación penitenciaria, ni con la reglamentación de las penas y castigos. Si, determina la forma de como se deben llevar tanto la rama judicial como los órganos administrativos y de control responsables de producir sentencias y de verificar y

manejar la situación de los condenados. Así, como también delimita funciones y alcances de la fiscalía general de la nación.

DECRETO 2160 DE 1992.

Con este decreto, motivado y permitido por la constitución nacional, mas precisamente por el articulo transitorio 20. Se creo lo que se conoce como el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO (INPEC). Que nace de la fusión entre La Dirección Nacional de Prisiones Ministerio de Justicia con el Fondo Rotatorio del Ministerio de justicia.

Este instituto se crea adscrito al ministerio de justicia; cuenta con patrimonio independiente y autonomía administrativa. (art. 2)

Tiene como objetivos:

- Desarrollar la política carcelaria
- Hacer cumplir las medidas de aseguramiento, penas privativas de la libertad y medidas de seguridad, establecidas por autoridad judicial.
- Diseño y ejecución de programas de rehabilitación, para los reclusos en establecimientos carcelarios.
- Diseñar y establecer los mecanismos de control de los programas de rehabilitación y reinserción de los internos en la sociedad.

Entre sus funciones se cuentan (las más relevantes):

- Formular y ejecutar los planes y programas de gestión carcelaria y penitenciaria.
- Ejercer la dirección, administración y control de los centros carcelarios y penitenciarios del orden nacional.

- Vigilar y custodiar los centros carcelarios y penitenciarios del orden nacional.
- Determinar sistemas de seguridad, vigilancia y control al interior y el exterior de los establecimientos de reclusión.
- Establecer y llevar un control estadístico sobre el movimiento y traslado de internos de los establecimientos carcelarios y penitenciarios.

En general, el INPEC tiene bajo sus funciones todo lo concerniente a la administración, organización y custodia de todos los centros penitenciarios del país. Todas las funciones las podemos encontrar en el art. 4 del presente decreto.

El capítulo dos, viene a definir lo que tiene que ver con la administración y dirección del INPEC.

Establece que la dirección y administración estará a cargo del Consejo Directivo y del Director General, quien será su representante legal.

Más adelante, establece quienes ocuparán lugar en el consejo directivo, a saber: ministro de justicia, fiscal general, director de la policía, secretario general del ministerio de justicia, jefe de la oficina de planeación del ministerio de justicia, representante del presidente de la república.

Este consejo tiene varias funciones, entre las cuales encontramos: formular la política general del instituto, adoptar los planes que se desarrollan de acuerdo a lineamientos del gobierno nacional, evaluar el funcionamiento general del instituto, aprobar el presupuesto de ingresos y gastos del instituto, etc.

En general, el consejo está para evaluar y tomar decisiones respecto del funcionamiento del INPEC, las cuales deben estar y ser acordes a los lineamientos de la administración central. Las funciones del consejo las encontramos en el art. 7.

El director general del INPEC, es agente del presidente de la republica y es un cargo de libre nombramiento y remoción. Las funciones de este se definen en el art. 9 del presente.

Mas adelante se establece que el INPEC podrá establecer direcciones regionales, las cuales cumplirán las funciones establecidas en el art. 10.

El capitulo tres, establecerá cual es el patrimonio del instituto.

Mas adelante, en el capitulo cuatro, se establece lo concerniente a la vinculación laboral de los miembros del INPEC, con las respectivas indemnizaciones, bonificaciones, etc. a las que podrán acceder los empleados del instituto.

Por ultimo, el capitulo cinco trae las disposiciones generales, entre las que se cuentan las referentes a la carrera penitenciaria, las normas laborales del cuerpo de custodia, las descentralización y desconcentración de funciones, etc.

LEY 65 DE 1993

Por medio de esta ley, se expide el código penitenciario y carcelario. **El titulo I**, establecerá el contenido y los principios rectores del código.

Mas adelante, establece los principios que regirán la interpretación del presenta código y por supuesto la aplicación de la pena.

Entre los principios a tener en cuenta esta el de legalidad (art. 2), igualdad (art.3), el respeto a la dignidad humana (art.5), con este ultimo, se prohíbe la utilización de cualquier tipo de violencia psíquica o física.

Establece la diferenciación entre penas y medidas de seguridad. Explicando que son penas privativas de la libertad las previstas para los imputables, como lo son la prisión y el arresto. Las medidas de seguridad serán las aplicables a los inimputables según el código penal.

Mas adelante, establece que la pena tiene una función protectora y preventiva, pero su fin fundamental es la resocialización. Las medidas de seguridad van tras fines de curación, tutela y rehabilitación.

Siguiendo, por medio del art.10 señala que la finalidad del tratamiento penitenciario es alcanzar la efectiva resocialización del infractor de la ley penal y advierte que esto se realizara mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura el deporte y la recreación. (Elementos fundamentales del tratamiento penitenciario a partir de mitad del siglo XVIII)

Aclara que la libertad es una garantía absoluta y que la detención preventiva solo busca la comparecencia del imputado en el proceso, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial la victima, y la efectiva sanción penal.

Para finalizar este titulo, señala que los anteriores principios serán la base hermenéutica para la interpretación de este código.

El titulo II, se dedicara a las funciones del sistema nacional penitenciario y carcelario, y las cárceles departamentales y municipales.

Le da autonomía al INPEC para crear y organizar los establecimientos de reclusión, es decir, crear, fusionar, suprimir, etc. Así como también da autonomía al director del instituto para ordenar el traslado de presos cuando se considere necesario (art 16).

En el art. 20, establece la clasificación de los establecimientos de reclusión, los cuales pueden ser: cárceles, penitenciarias, cárceles y penitenciarias especiales, reclusiones de mujeres, cárceles para miembros de la fuerza pública, colonias, casa-cárceles, establecimientos de rehabilitación y demás centros de reclusión.

El art. 21, define que las cárceles son establecimientos de detención preventiva, previstos exclusivamente para retención y vigilancia de sindicados.

Después, en el art. 22, dice que las penitenciarias son establecimientos destinados a la reclusión de condenados y en los cuales se ejecuta la pena de prisión. Por último, este artículo señala que los centros de reclusión serán de alta, mediana o máxima seguridad.

Después, señala que los centros de rehabilitación y pabellones psiquiátricos son los destinados a alojar y rehabilitar a los considerados inimputables por trastorno mental o inmadurez psicológica.

Las cárceles y penitenciarias de alta seguridad, son los establecimientos señalados para los sindicados y condenados, cuya retención y tratamiento requieran de mayor seguridad.

Reclusiones de mujeres, destinadas para las mujeres.

Cárceles para miembros de la fuerza pública, allí los miembros de la fuerza pública cumplirán con su detención preventiva, a falta de estos centros reclusorios, lo harán en las instalaciones de la unidad a la que pertenezcan. Dichos centros, se administrarán y organizarán por normas especiales.

En caso de condena, se trasladara al condenado a la respectiva penitenciaria, en la cual habrá pabellones especiales para estos infractores.

Señala que las colonias agrícolas, son establecimientos para purgar la pena, especialmente para los condenados de extracción campesina y para la enseñanza agropecuaria.

Mas adelante, el art. 29-A, señala que dispuesta la sustitución por parte del juez de la pena prisión por prisión domiciliaria, se enviara copia de esta al director del INPEC, y este señalara, el establecimiento de reclusión que se encargara de la vigilancia del penado y adoptara medidas como: visitas domiciliarias aleatorias, uso de medios de comunicación, testimonios de vecinos y allegados y labores de inteligencia.

En caso de salida, el INPEC podrá informar al juez de ejecución de penas para que revoque la medida.

El art. 29-C arresto, establece el arresto de fin de semana como pena sustitutiva de la multa, cuando el condenado no la pagare o amortizare, o cuando incumpliera el sistema de pagos.

Mas adelante, al art. 30 expresara la prohibición de recluir a los menores de edad en cárceles.

Después en el articulado, se señala que la vigilancia interna de los centros penitenciarios estará a cargo del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria nacional. Mientras que la vigilancia externa estará a cargo de la fuerza pública y los organismos de seguridad. Vigilancia sobre la vigilancia, una de las características del panóptico.

También, que la fuerza publica podrá hacer presencia para asistir en la vigilancia interna de la penitenciaría, solo en casos excepcionales y por un tiempo transitorio.

Mas adelante, señala que cada establecimiento de reclusión deberá contar con una planta física adecuada a sus fines, a la población de internos y personal directivo, administrativo y de vigilancia que alberga, y contar con los medios materiales mínimos para el cumplimiento de sus objetivos y funciones.

Estos establecimientos, deberán contar por supuesto con instalaciones acordes a la dignidad humana de la población reclusa, además de contar con las debidas especificaciones correspondientes a su clasificación legal y niveles de seguridad.

Mas adelante, **en el título III**, se encargara de señalar las autoridades penitenciarias y carcelarias. Empezando por quienes son los responsables de la ejecución de la detención y de la pena, siendo estos el director del INPEC, los directores regionales y los directores de los establecimientos que se mencionan en el capítulo II.

El art. 37, señala los colaboradores externos, los cuales podrán tener acceso a los centros de reclusión para adelantar labores de educación, trabajo y de formación religiosa, asesoría jurídica o investigación científica, relacionadas con los centros de reclusión.

Se evidencia el uso del delincuente en la generación de conocimiento, toda una creación de saber, por lo tanto, una razón importante para no querer acabar con la figura del delincuente.

Después, **el título IV**, es referente a la administración del personal penitenciario y carcelario.

Señala que los guardias estarán a cargo del director, del comandante de custodia y vigilancia, y los demás superiores jerárquicos. De nuevo, vigilancia sobre la vigilancia.

Es deber de la guardia: observar una conducta digna y seria, cooperar con la dirección en lo tendiente a la resocialización del recluso, custodiar y vigilar a los reclusos, custodiar a los internos que trabajen fuera del establecimiento, mantener la disciplina con firmeza pero sin mas que las restricciones necesarias.

Acá, se observa de nuevo la aplicación humanista, la legitimación.

Prohibiciones de la guardia: tener relación o trato con los reclusos; aceptar dadivas, prestamos o efectuar algún negocio con algún detenido o los familiares del mismo; ingresar bebidas alcohólicas, estupefacientes, etc.; infligir castigos a los internos, emplear con ellos violencia o malos tratos; recomendar abogados a los internos.

El **titulo V**, es dedicado a los jueces de ejecución de penas, y señala que este será quien garantice la legalidad de la ejecución de las sanciones penales. Además, estos jueces deberán realizar visitas periódicas a los establecimientos de reclusión que se le asignen.

El **titulo VI**, se refiere al régimen penitenciario y carcelario. Empezando por el reglamento general del INPEC, el cual debe contar con los principios que pregona este código y las convenciones ratificadas por Colombia.

Señala, que cada establecimiento de reclusión deberá contar con un reglamento interno propio, el cual será expedido por el respectivo director del centro penitenciario y con previa aprobación del director del INPEC.

Después, viene a regular lo correspondiente a los derechos de los reclusos al voto, derecho de petición, lo correspondiente a los valores con que contaba la persona en el momento de ingreso al penal.

Al art. 61, resulta importante pues señala lo respectivo al examen de ingreso. Este consiste en que al ingresar un sindicado (condenado/imputado) al centro de reclusión, se le abrirá el correspondiente prontuario y deberá ser sometido a examen médico, con el fin de verificar su estado físico y hacer su ficha médica. Si el preso cuenta con herida o lesión, se deberá informar al funcionario correspondiente. En caso de padecer enfermedad contagiosa será aislado.

Además del examen que habla el artículo anterior se iniciara la evaluación social y moral del preso, debiéndose abrir la respectiva cartilla bibliográfica.

En el art. 63, se señala lo relacionado a la clasificación de los internos, en los siguientes términos: Los internos en los centros de reclusión, serán separados por categorías, atendiendo a su sexo, edad naturaleza del hecho punible, personalidad, antecedentes y condiciones de salud física y mental. Los detenidos estarán separados de los condenados, de acuerdo a su fase de tratamiento; los hombres de las mujeres, los primarios de los reincidentes, los jóvenes de los adultos, los enfermos de los que puedan someterse al régimen normal.

La clasificación de los internos por categorías, se hará por las mismas juntas de distribución de patios y asignación de celdas y para estos efectos se considerarán no solo las pautas aquí expresadas, sino la personalidad del sujeto, sus antecedentes y conducta.

Mas adelante, señala lo respectivo respecto a las celdas y los dormitorios, los uniformes, la prohibición de que el interno sea distinguido por números o apodos, lo referente a la provisión de alimentos, el expendio de artículos de primera necesidad.

Después, indica lo correspondiente a la libertad del interno. Esta, solo podrá ser decretada por autoridad judicial. Sin embargo, si transcurren los términos previstos en el código de procedimiento penal y no se ha legalizado la privación de la libertad, y si el interno no estuviere requerido por otra autoridad judicial, el Director del establecimiento de reclusión tiene la obligación de ordenar la excarcelación inmediata, bajo la responsabilidad del funcionario que debió impartirla.

Después, el **titulo VII**, establecerá lo correspondiente al trabajo penitenciario.

Señala la obligatoriedad del trabajo. Este, es obligatorio pues servirá para los condenados como medio terapéutico adecuado a los fines de la resocialización. El trabajo no podrá ser aplicado como sanción disciplinaria.

La dirección del INPEC, determinara lo correspondiente a la planeación y organización del trabajo en las penitenciarias.

Además, señala el derecho a la redención de la pena por trabajo, la cual, se realizara en la medida de dos días de trabajo a cambio de un día de condena.

Por otro lado, dice que no hay obligación de trabajo para los reclusos mayores de 60 años o para los que por enfermedad no se posibilite el mismo, las mujeres en los tres meses previos al parto y un mes después de este.

El **titulo VIII**, establece lo relacionado a la educación y enseñanza de los reclusos.

Señala que, al igual que el trabajo, constituye un gran aporte para la resocialización del preso. Señala que el preso redimirá un día de reclusión por dos días de estudio.

También señala que se puede redimir pena por enseñanza, el que compruebe que ha impartido instrucción en otras instancias, podrá redimir pena con una medida de, por cuatro horas de trabajo se tendrá por un día de estudio.

Mas adelante, sigue dando indicaciones sobre la redención de la pena por demás formas como el trabajo comunitario, por actividades literarias, deportivas, etc.

Después, señala los criterios de la redención de la pena, que tiene que tener en cuenta el juez.

Por ultimo, señala que la rebaja de pena será de obligatorio reconocimiento de la autoridad respectiva.

El **titulo IX**, se relaciona con el servicio de sanidad al interior del reclusorio.

Continúa, reglamentando el servicio medico penitenciario, la asistencia medica dentro del penal, los nacimientos y las defunciones, establece lo necesario en los casos de enajenación mental de algún interno.

Por ultimo, señala que se hará un inventario de las pertenencias y procederá a liquidar su saldo de la caja especial, todo lo cual se entregara a quienes acrediten ser sus familiares.

El **titulo X**, establecerá lo concerniente a las comunicaciones y las visitas dentro del penal.

El **titulo XI**, esta relacionado con el régimen disciplinario para los internos. El INPEC será el encargado de expedir el reglamento disciplinario que regirá para los internos.

Establece la legalidad de la sanción, es decir, nadie podrá ser sancionado disciplinariamente más que en virtud del reglamento disciplinario que se hace mención.

Las sanciones solo podrán ser impuestas por el consejo de disciplina o por el director del penal, observando siempre el debido proceso.

Señala la conformación de los consejos de disciplina, los cuales estarán conformados por el personero municipal o su delegado y por un interno con su respectivo suplente de la lista presentada por los reclusos.

Mas adelante, señala la clasificación de las faltas, las cuales se dividirán en leves y graves.

Después, dice que las armas, las sustancias psicoactivas, bebidas alcohólicas y en general cualquier material prohibido, será decomisado.

Después, señala las sanciones para las faltas leves, las cuales serán: amonestación con anotación en el prontuario, privación del derecho de participar de actividades de recreación por ocho días, supresión hasta de cinco visitas consecutivas, suspensión parcial o total de alguno de los estímulos.

Para las faltas graves, las sanciones serán las siguientes: perdida del derecho de redención de penas hasta por sesenta días, suspensión hasta de diez visitas consecutivas, aislamiento en celda por sesenta días.

Mas adelante, señala que la aplicación de sanciones tiene la finalidad de encauzar y corregir la conducta de quienes han infringido las normas de convivencia penitenciaria o carcelaria.

Sin embargo, no obstante lo que dicen los artículos anteriores, el director podrá utilizar los medios coercitivos cuando: sea para impedir los actos de fuga o violencia de los internos, para evitar daños de los internos así mismos y a otras personas y bienes, para superar la resistencia pasiva o activa de los internos a las órdenes del personal.

El aislamiento, solo podrá utilizarse en los siguientes casos: por cuestiones sanitarias, cuando se requiera para mantener la seguridad interna y como sanción disciplinaria.

También, en el art. 129, se define lo concerniente a los estímulos que se otorgan para exaltar una conducta ejemplar o reconocer servicios meritorios prestados por el recluso. Para su aplicación, también se tendrán en cuenta para la aplicación de los mismos, la personalidad del individuo, los antecedentes, los motivos de su conducta, la naturaleza de ella, etc.

Mas adelante, se hace una clasificación de los estímulos, a saber: felicitación privada, felicitación pública, recompensa pecuniaria, permiso de recibir una vez por mes dos visitas extraordinarias, recomendación especial para que se concedan los beneficios legales previstos para la libertad de los condenados.

El director esta facultado para aplicar las sanciones correspondientes a las faltas leves. Los consejos de disciplina sancionaran las conductas graves. El director se encargara de impartir los estímulos.

A continuación, el articulado nos trae lo referente a la notificación, revocatoria o disminución de las sanciones, la suspensión convencional.

Después, indica que se deberá llevar un registro de las sanciones y estímulos impuestos o concedidos a los internos.

Después, establece lo que tiene que ver con los permisos excepcionales, los cuales se podrán otorgar de comprobarse grave enfermedad, fallecimiento de un familiar o siempre que se produzca un hecho de particular importancia en la vida del interno. El director del centro penitenciario será el encargado de dar ese permiso.

El **titulo XII**, se trata el tema de la evasión de la prisión. En caso de que esto ocurra, el director de la penitenciaría deberá informar a las autoridades competentes. Si el recluso que se evadió se presentare durante los tres días siguientes a la evasión, este comportamiento, solo será tenido en cuenta para sanción disciplinaria.

En el **titulo XIII**, se referirá al tratamiento penitenciario estableciendo que el objetivo de este es preparar al condenado, mediante su resocialización para la vida en libertad.

Este, debe realizarse conforme a la dignidad humana y las necesidades particulares de la personalidad de cada sujeto. Será progresivo, programado e individualizado hasta donde sea posible.

El art, 144. Nos trae las FASES DEL TRATAMIENTO. El sistema del tratamiento progresivo está integrado por las siguientes fases:

1. Observación, diagnóstico y clasificación del interno.
2. Alta seguridad que comprende el período cerrado.
3. Mediana seguridad que comprende el período semi-abierto.
4. Mínima seguridad o período abierto.
5. De confianza, que coincidirá con la libertad condicional.

Los programas de educación penitenciaria serán obligatorios en las tres primeras fases para todos los internos, sin que esto excluya el trabajo. La sección educativa

del INPEC suministrará las pautas para estos programas, teniendo en cuenta que su contenido debe abarcar todas las disciplinas orientadas a la resocialización del interno.

Después, reglamenta lo que tiene que ver con los beneficios administrativos, permisos de hasta setenta y dos horas y los permisos de salida.

Al art. 148, habla de la libertad preparatoria, la cual se concede para quien haya descontado las cuatro quintas partes de la condena, y consistirá en que se podrá conceder como libertad preparatoria el poder trabajar en fabricas, empresas o con personas de reconocida seriedad y siempre que estas colaboren con las normas de control establecidas. Sigue, desarrollando la forma en que se dará dicho beneficio.

El título XIV, se refiere a la atención social, penitenciaria y carcelaria.

Mas adelante, establece lo concerniente a la asesoría jurídica y las facilidades para la practica del culto religioso, la atención estatal para desamparados, el voluntariado social, los contratos y convenios de cooperación (cuyo objetivo sea la asistencia social).

El **título XV**, se refiere al servicio pos penitenciario este buscara la reintegración del liberado a la familia y la sociedad.

Primero, están las casas del pos penado, las cuales podrán ser organizadas y atendidas por fundaciones y controladas por el INPEC. Los liberados podrán solicitar ser enviados allí, a la casa del pos penado de su localidad.

Después, señala la obligación de asistir económicamente al liberado con los gastos de transporte a donde fijare su residencia dentro del país. Siempre y cuando se compruebe que se carece de los medios para afrontar este gasto.

El **titulo XVI**, señala las disposiciones varias.

OBSERVACIONES AL PROYECTO DE CODIGO PENITENCIARIO Y CARCELARIO

Por ultimo, queremos referirnos al proyecto de ley que cursa en el senado, que busca modificar el código penitenciario y carcelario, ley 65 de 1993. Para esto, nos serviremos de la ponencia del investigador Leonardo Jaimes, quien hace un análisis de los puntos neurálgicos de esta nueva legislación.

1. PUNTOS DE PREOCUPACION:

El proyecto de reforma al código penitenciario por parte del gobierno, no está dirigido a adoptar medidas urgentes y eficaces dirigidas a atender la agudización de la crisis del sistema. Las modificaciones introducidas en la Cámara de Representantes, si bien en algunos aspectos como es la privatización de la guardia penitenciaria y la eliminación de los privilegios a reinsertados y militares, pueden resultar positivos, no son suficientes para disminuir los posibles impactos negativos que puede tener la reforma en materia de privatización del sistema. Además estos avances han sido eliminados en la ponencia presentada en el Senado de la República.

1.1 Privatización.

A la privatización a nivel mundial de la educación, los servicios públicos, los recursos naturales y la salud, hoy se suma la del sistema penitenciario.

Al igual que los otros sectores, la privatización de las prisiones ha resultado ser un modelo ineficaz y costoso. Esto lo constata el desastre que generó esta política en los Estados Unidos, implementada luego de la sobrepoblación que generó el esquema punitivo del gobierno conocido como “Tolerancia Cero”.

A pesar de todas las promesas de reducción de costos y superación del hacinamiento, lo que trajo como resultado fue el aumento de *las deficiencias y las dificultades operacionales en las cárceles. Casi hizo desaparecer los servicios médicos adecuados, agravó dramáticamente la violencia intracarcelaria, los maltratos y las violaciones de derechos humanos, mientras afectaba seriamente las condiciones de trabajo del personal penitenciario*⁶⁷.

A pesar del riesgo que implica la privatización del sistema penitenciario, que ya ha arrojado síntomas alarmantes en los servicios tercerizados de salud, alimentación y telefonía, el eje central de la reforma es la implementación de esta política.

La intención de extender este fenómeno a la guardia penitenciaria se retoma en el artículo 25 de la ponencia presentada para el primer debate en el Senado, que pretende modificar el artículo 31 de la ley 65 de 1993, en el cual se prevé la facultad discrecional para acudir a la contratación de empresas de vigilancia privada y se autoriza al gobierno para reglamentar la materia.

Se mantiene la gran oferta para la construcción de nuevos centros de reclusión y se asignan nuevos recursos para tal fin, a cargo de la Nación (artículo 92 de la Ponencia). Esto en el marco de un modelo de privatización se convierte en una

⁶⁷ Seguridad sin Derechos. Informe de Situación Carcelaria 2007-2009. FCSPP.

amplia oferta en el negocio de la construcción y administración de los centros de reclusión. (*Artículos 7, 8, 10, 15, 83 PR*).

Como vimos, en los países donde ya ha sido implementada, la privatización de las prisiones ha ido acompañada de un vertiginoso aumento de la población reclusa. Colombia no ha sido ajena a esta política. En los últimos cinco (5) años la población reclusa ha pasado de 70 mil a 118 mil presos (60%) producto de la expedición de normas que crean nuevos delitos, aumentan penas y excluyen beneficios. Estas medidas de agravación punitiva se reproducen igualmente en la reforma del gobierno.

2.2 Modificaciones al código penal.

A través de la reforma a la ley 65 de 1993, se modifica el código penal en materia de subrogados penales, haciendo más restrictivo el acceso a la detención y prisión domiciliaria al incluir una causal objetiva que excluye una gran cantidad de delitos y la condiciona al pago de los perjuicios, cerrando esta posibilidad a quienes están en imposibilidad económica de pagar. La PR incluye en esta ocasión nuevos delitos como el de rebelión; Se elimina el beneficio de la vigilancia electrónica para penas inferiores a 8 años; los artículos 16 al 20 del proyecto de reforma, prevén la exclusión de beneficios para delitos que ya han sido objeto de una fuerte agravación punitiva, incrementando aún más el tiempo de privación de libertad.

Las medidas que pudieran tener un impacto positivo frente al hacinamiento como es la eliminación del pago de la multa como condicionante para acceder a la libertad de quienes tienen incapacidad económica se ve frustrado con el condicionante al pago de perjuicios, que coloca a esta población en idéntica situación jurídica.

En cuanto al factor subjetivo para acceder a la libertad condicional para las personas condenadas a penas inferiores a cuatro años, además de que constituye un porcentaje mínimo, las exclusiones para las penas que resultan de acuerdos o rebajas por allanamiento de cargos, reducen considerablemente el número de personas que pueda resultar favorecida con esta medida.

2.3. Enfoque diferencial.

Se mantiene el enunciado del enfoque diferencial de manera abstracta y se retoman los privilegios para desmovilizados que deben estar regulados en normas de justicia transicional, perpetuando el trato desigual entre las personas privadas de libertad. Si bien es cierto ya no se incluyen a los miembros de la fuerza pública y a los procesados por para-política, es una puerta que se abre a la impunidad.

Frente al tratamiento a las mujeres, no hay modificaciones sustanciales. Se hacen expresos los derechos de los menores pero sin que se concreten, no se prevé la permanencia de personal médico especializado como ginecólogos y pediatras, ni otras disposiciones para garantizar los derechos de las mujeres y de los niños que permanecen con ellas, o que visitan los centros de reclusión. Por el contrario se elimina la obligatoriedad de contar con guarderías en los centros donde se recluye a las mujeres.

2.4. Afectación al principio de intervención mínima y aislamiento.

El proyecto de reforma presentado por el gobierno, afecta el principio de intervención mínima e intensifica el aislamiento procesal, social y familiar: Con las audiencias virtuales se introducen nuevas limitaciones al derecho de información y comunicación con el mundo exterior y al derecho a estar presente en el juicio (art.

22 y 60 PR); si bien es cierto el aislamiento por castigo se limita a 5 días, se elimina el control de la vigilancia médica (artículo 71 PR);

A pesar de las constantes quejas por el abuso de la medida *in continenti* esta se mantiene, sin mayor control. La norma que la contiene vulnera el derecho a la resistencia pacífica reconocido por la Corte en la sentencia T-571 de 2008. (Artículo 70 PR).

2.5. Régimen disciplinario

El régimen disciplinario queda sujeto a lo que reglamente el INPEC; Se mantiene el concepto previo favorable del Minjusticia para la aprobación del reglamento interno.

La tipificación de las faltas no fue revisada, a pesar de que varias de ellas vulneran el principio de legalidad, de intervención mínima y otros derechos fundamentales, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional en innumerables pronunciamientos;

2.6. Clasificación.

Un punto favorable es que en la Ponencia se prevé la creación de establecimientos de reclusión para mujeres, y ya no pabellones especiales en cárceles de hombres. (Artículos 15 PR).

2.7. Salud

Se mantiene el plazo de dos (2) años para la creación de un sistema especial de salud desconociendo la grave situación humanitaria que se vive actualmente en los centros de reclusión.

2.8. Traslados

A pesar de que el proyecto de reforma devuelve la competencia para definir el lugar de reclusión de los sindicados a la autoridad judicial (artículo 38 PR), la amplia facultad discrecional que se otorga al INPEC en materia de traslados (razones de seguridad y orden interno) y la eliminación del control judicial (Artículo 16 de la ley 65) en la práctica conllevan a que sea el INPEC quien defina el establecimiento de reclusión donde se cumplirá la privación de libertad.

Se incorpora el elemento de acercamiento familiar, pero no como causal de traslado sino como criterio orientador, pero subordinado siempre al criterio de seguridad. Todos los establecimientos de reclusión deben garantizar la seguridad, luego no hay razones para que el traslado se niegue por este criterio, que además resulta extremadamente subjetivo.

Se elimina la norma que amplía el margen de solicitantes de los traslados. Esta medida puede resultar conveniente especialmente en aquellos casos en que el detenido está enfermo o presenta otras circunstancias que le pueden impedir elevar la solicitud directamente. Sin embargo el acceso a los traslados se encuentra limitado por las restricciones que impone el INPEC y la forma como se deciden los mismos y no por quien lo solicita.

2.9. Trabajo y estudio.

Como punto positivo se puede señalar la eliminación de la discriminación que hasta la fecha ha existido respecto del acceso de los sindicados a las actividades de redención de penas. (Artículos 59, 60 y 61 PR)

También se elimina la pretensión de coadministración de la remuneración laboral, medida paternalista que afecta los principios del derecho al trabajo y el principio de intervención mínima.

2.10. Otros aspectos.

Se intensifica la militarización del sistema al flexibilizar los requisitos para que los miembros de la fuerza pública puedan dirigir el INPEC y reforzar la facultad de que la fuerza pública ingrese a los centros de reclusión. No es aceptable que se requiera un mínimo de 8 años de experiencia a los magistrados de la jurisdicción penal, mientras que los miembros de la fuerza pública pueden acceder al cargo, sin demostrar tiempo de experiencia.

ANALISIS CRÍTICO Y VERIFICACION DE LOS PRECEPTOS HUMANISTAS

Consideramos que en el transcurso de este título, hemos realizado una demostración de la efectiva implementación de los conceptos humanistas, empezando por la primera norma penal, pasando por los desarrollos normativos ulteriores, y llegando al último proyecto de ley que se tiene planteado. Como se evidencio, en todos ellos se plantea (considerando los momentos históricos) el humanismo como la solución al problema penitenciario y al tratamiento en las cárceles, así como también se evidencio esto en los rumbos criminológicos que tomo cada legislación que se adoptaba.

También se evidencio, que desde los primeros proyectos legales en el país (1837) hay una adopción de los modelos europeos, tanto de política criminal, como de legislación penal, y claro esta de tratamiento penitenciario. Por lo cual, resulta

inaceptable referirse a este tratamiento penitenciario y a esta política criminal como las correctas, y las que tienen que regir a un sistema como el nuestro.

Lo que también queremos decir, es que cualquier modificación que se plantee desde los parámetros de legitimación proveniente de soberanía popular y proveniente del discurso humanista, no será suficiente para cambiar la situación penitenciaria y carcelaria en el país.

Con esto, también queremos referir que contrario a lo que se piensa, el poder de agudizar o mejorar la situación del condenado no pasa, ni ha pasado por las manos del legislador. El poder radica en otros escenarios bastante apartados del parlamento.

MARCO JURISPRUDENCIAL

En este punto, se hace necesario hacer un análisis de otro tipo de poder diferente al legislativo, será la oportunidad de ocuparnos de la labor del juez dentro del sistema penitenciario del país y lo concerniente a la situación de dignidad humana, resocialización del reo y derecho a la vida en las cárceles del país.

Para esto, nos referiremos directamente a la jurisprudencia emanada de las altas cortes (suprema, constitucional y del consejo de estado) que esta comprendida por mas de 22 sentencias, a partir del año 1992, que fue cuando se puso en práctica la constitución de 1991 y se creo la corte constitucional, encargada a partir de allí de la interpretación constitucional de la norma.

Así, se encuentra la sentencia **T- 424 de 1992** que en primera medida se ocupa de hacer un breve barrido por la concepción histórica de Dignidad Humana en una persona detenida o privada de su libertad por mandato de sentencia judicial, siendo esta última portadora de derechos que le son total mente inherentes, o en palabras de la corporación: "Tal acontece con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en su artículo décimo recoge el mandato conforme al cual "Toda persona privada de la libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".⁶⁸

Bajo este marco, queda claro que el estudio para la corte tiene fundamento en la carta de las naciones unidas, y los tratados que de esta se han derivado. Por esta razón, al ser Colombia país miembro de las naciones unidas y por haber ratificado los anteriormente mencionados tratados está vinculado a su contenido.

Fue entonces como, a partir de la magna carta de 1991, Colombia adopta los planteamientos del estado social de derecho según los cuales el ser humano será

⁶⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 492 DE 1992. MP: FABIO MORON DIAZ.

siempre el fin de todas las cosas, quedando al estado el papel de ser un medio para la satisfacción de todas las necesidades del ciudadano. Así fue entonces como la Dignidad Humana pasó a ser el fundamento de todo el ordenamiento jurídico de este país.

Mediante sentencia **T-522 DE 1992**. Esta sentencia comienza dándole desarrollo a una norma legal plasmado en el art. 408 del código de procedimiento penal, el cual en sus líneas contiene los derechos básicos de las personas detenidas; así, la sentencia también recuerda que el derecho a la salud es universal y que no se le podrá negar la atención a la salud a la persona privada de la libertad, y que este es un derecho por el cual debe velar tanto el recluso (velando por su integridad), y el estado (en tanto que el detenido esta bajo su protección y responsabilidad, y tiene una obligación de resultado, que es: devolver al sujeto en el estado físico en que lo recibió). Acto seguido, la corte defiende el principio de la buena fe, el cual debe ser acatado por todas las instituciones, y en especial la institución penitenciaria, la cual, bajo este principio debe “creerle al paciente cuando este manifiesta tener una dolencia y deben proveer su atención”.

El proceso, siendo de tutela contiene una petición por parte de BALDOYNO ASPRILLA RIVAS. Quien se encuentra recluso en la penitenciaria central de Colombia “la picota”, por el delito de hurto agravado y calificado, y quien fue condenado a 50 meses de prisión.

El recluso eleva petición pidiendo se respetara el articulado constitucional, el cual en el artículo 49 hace referencia a la atención en salud, la cual debe ser prestada por el estado máxime cuando la persona se encuentra en una posición de especial sujeción (como lo es el estar preso), y la cual argumenta el actor no ha sido debidamente atendida en el centro carcelario.

Muestra el expediente que bajo certificación expedida por el hospital san juan de dios, se diagnostica que el paciente sufre de glaucoma en el único ojo que le

queda, puesto que el otro lo había perdido, y que no se ha prestado la atención necesaria para el tratamiento que el paciente requiere.

El fallo en primera instancia fallo en contra del peticionario, argumentando que no había copia en la historia clínica de documento que certificara la enfermedad que dice padecer el actor. Además argumentan que si se recibió la atención medica en tanto que el médico le realizo los exámenes pertinentes.

El fallo de segunda instancia vino a validar lo que había dicho el juez en primera instancia, argumentando que lo que se está evaluando es el derecho a la vida, el cual al parecer no se pone en peligro por la enfermedad que dice padecer el peticionario, además argumenta que no hay en el expediente ningún documento que haga mención a la enfermedad del señor Asprilla.

Después, entra la corte a analizar la situación del peticionario, empezando por un análisis de algunos principios: **dignidad humana**. Aclara que este es el principio que el peticionario considera vulnerado y que es un principio fundante del estado colombiano, plasmado en el art 1 de la constitución. Además, siendo este un valor absoluto no tiene justificación alguna para ser limitado, cosa que no ocurre con algunos otros derechos los cuales si pueden llegar a ser limitados, puesto que deben coexistir con otros.

Dice la corte sobre la dignidad humana: "La dignidad del ser humano constituye razón de ser, principio y fin último de la organización estatal".

Sigue la corte haciendo un análisis de: **los derechos de las personas privadas de la libertad**. Empieza la corte a hacer un recuento acerca de la importancia que tienen los derechos de estas personas para el estado colombiano, puesto que por estar en una posición de especial sujeción, en la cual se limita la autodeterminación de la persona (dentro del marco del desarrollo de su personalidad), este debe tener más cuidado en su promoción y satisfacción.

Sigue, explicando que los derechos de los presos ha sido también un tema de especial preocupación para la humanidad, explica que la dignidad humana por ser inherente a la persona, no puede ser violada por razón de la situación de detención. continua la corte haciendo un recuento de los principios y tratados internacionales a los cuales está vinculado el estado colombiano, por ejemplo citando la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica", aprobada por la Ley 74 de 1968, en su artículo, la cual preceptúa, en su art 5:

"1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie puede ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. **Toda persona privada de la libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano**" (negrillas no originales).

Después, se entra a hacer un análisis de lo que la corte llama **asistencia médica a las personas privadas de la libertad**. Aquí se vuelve a hacer un recordatorio de los principios internacionales, esta vez haciendo referencia a los principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión de la Organización de Naciones Unidas, sobre la asistencia médica, se establece:

"Se ofrecerá a toda persona detenida o presa un examen médico apropiado con la menor dilación posible después de su ingreso en el lugar de detención o prisión y, posteriormente, esas personas recibirán atención y tratamiento médico cada vez que sea necesario. Esa atención y ese tratamiento serán gratuitos".

Sigue, recordando la norma nacional penitenciaria, el Decreto 1817 de 1964 (Código Penitenciario), que rige todo lo relacionado con la protección y tratamiento de los reclusos en Colombia.

En el artículo 155 se consagra:

"Los detenidos y condenados deben gozar de completa asistencia, médica, higiénica, odontológica, farmacéutica y hospitalaria".

Sigue, explicando que la función del juez en cuanto a la protección de los derechos del preso, no solamente finaliza al juez proferir sentencia, sino que por el contrario la constitución la ha dado esta tarea a los jueces de ejecución de penas, quienes deben velar por la aplicación del art 408 del código de procedimiento penal, en el cual se contiene los derechos que goza la persona privada de la libertad. Dice así el artículo: "Todo sindicado privado de la libertad tendrá derecho a recibir en el lugar de reclusión un tratamiento acorde con el respeto a los derechos humanos, como los de no ser víctima de tratos crueles, degradantes o inhumanos; a ser visitado por un médico oficial y en su defecto por uno particular, cuando lo necesite...".

Del caso en concreto. La corte plantea que el derecho a la salud, cuando compromete derechos fundamentales como la vida, la integridad o el trabajo, son susceptibles de ser protegidos vía tutela.

Por lo tanto, en el caso en concreto el derecho a la salud se convierte en fundamental, puesto que está en medio de derechos como la integridad física de la persona y el libre desarrollo de la personalidad. Una enfermedad crónica que puede llevar a la persona a la pérdida del único ojo que tiene, y la mala formulación de unos lentes, impiden su libre desarrollo y atentan contra su integridad física y psíquica. Además, lo imposibilitan a llevar a cabo actividades que se desarrollan en la penitenciaria para la readaptación social.

Sigue, haciendo un análisis de por qué tanto el juzgado como el tribunal niegan la petición al autor, terminando por decir que los argumentos que esgrimen estos, no son suficientes a la hora de negar la petición, puesto que el documento que

tomaron para proferir decisión fue la historia clínica, la cual estaba incompleta y contenía datos actualizados, sin embargo el señor Asprilla, allegó después documentos que certificaban su dolencia, y ordenaban se realizara estricto seguimiento y control a la situación de salud que presentaba el recluso.

Por estos y otros cuestionamientos, la corte revoca el fallo proferido en las dos instancias anteriores, y considera que se le están vulnerando derechos fundamentales al señor Asprilla, como el derecho a la integridad física y el libre desarrollo de la personalidad, por lo cual en sentencia favorable al peticionario da instrucciones para que la Dirección General de Prisiones lo remita al especialista que considere, y éste le practique un examen oftalmológico y se determine el tratamiento a seguir para evitar que pierda el único ojo.

Además anuncia un control estricto el cual delega al juez que dictó sentencia revisada, a fin de que la Dirección General de Prisiones de un informe del cumplimiento de la sentencia proferida.

Más adelante se proferiría la Sentencia **T-596 DE 1992** la cual se refiere a los procesos de acción de tutela instaurados por Diego de Jesús Restrepo, Julio Cesar Jiménez Ocampo y James Mosquera Velásquez, contra las directivas de la penitenciaría rural de "Peñas Blancas", y que fuera resuelto en primera instancia por el Juzgado Primero Penal de Calarcá (Quindío)

El peticionario diego Jesús Restrepo, solicita tutela para la protección de su salud y de su derecho al medio ambiente sano, vulnerados por el hecho de tener que dormir dentro de un recinto con letrinas deterioradas, que hacen insoportable y degradante la estadía nocturna en dicho lugar.

Por lo anterior, solicita la construcción de servicios sanitarios apropiados.

A su paso, otro peticionario, el señor julio cesar Jiménez Ocampo relata que en el mes de junio de 1992 fue sancionado injustamente a tres días aislamiento celular (calabozo) por supuestos actos de indisciplina en el momento del almuerzo, razón por la cual su comportamiento fue calificado bueno, y ya no de ejemplar razón por la cual se le restringe la posibilidad de visitar a su familia, privilegio que solo le dan a prisioneros con calificación “ejemplar”.

El peticionario relata los padecimientos que debió sufrir durante ese encierro debido a las precarias condiciones de la celda de castigo, sobre todo lo que tiene que ver con la evacuación de excretas y con la utilización de aguas.

El juez de primera instancia pide declaraciones de la directora de la prisión, en las cuales se corrobora la situación de sanidad de la prisión, respecto a la evacuación de excretas, y en la condición en la que duermen los peticionarios. Termina por afirmar que el problema de sanidad en la cárcel se le escapa de sus manos.

También, en informe que consta en el expediente se observa lo siguiente En relación con la disposición de excretas:

"La penitenciaría cuenta con tres pisos y cuatro patios donde alberga en la actualidad 500 internos.

En los tres pisos hay un total de diez instalaciones para sanitarios, pero realmente no existen las tazas, sino los orificios.

En cada uno de los pisos existe un sanitario en malas condiciones.

El agua para evacuar los desechos (excretas) se arroja con baldes, ya que no existen instalaciones adecuadas."

Así, el juez de primera instancia termina por declarar que la situación que describen los peticionarios no configura violación a derechos fundamentales sino que más bien se refieren a los derechos colectivos del capítulo tercero del título segundo, por lo tanto estos no son susceptibles de ser protegidos vía tutela.

No obstante el juez solicita a las directivas de la cárcel para que hagan esfuerzos para garantizar a los presos "las mínimas condiciones de salubridad a las que tienen pleno derecho".

Ante la tutela invocada por el señor Jiménez Ocampo, el juez dice que es necesario mantener con castigos ejemplarizantes a los reclusos que comentan faltas, y concluye con que estas sanciones son válidas a la luz del decreto 1817 de 1964.

Después, entra a considerar la corte que la protección de derechos fundamentales no puede reducirse al mero juicio de legalidad, sino que es necesario confrontar dichas decisiones con la constitución misma a fin de determinar si hay violación de estos derechos.

Además la corte entrara a aclarar ciertos conceptos como lo son: el fundamento, sentido y función de la pena; la relación entre el castigo y el valor constitucional de la dignidad, la aplicación de las penas, y, finalmente, el caso concreto.

Fundamento y función de la pena. A diferencia de los postulados kantianos según los cuales la pena es la forma mediante la cual se consigue la justicia absoluta o metafísica, hoy en día se considera que la pena es un instrumento jurídico – político encaminado a la protección del grupo social por medio de la disuasión del ciudadano respecto a la conducta delictuosa y del castigo de los delincuentes. Así, esa vieja idea del suplicio público ha sido sustituida por la del aislamiento social, en la medida de que esta sirve para proteger al grupo social, como para la rehabilitación de la persona delincuente.

Esas dos concepciones de pena anotadas anteriormente difieren claramente la una de la otra en tanto que la primera justifica el sufrimiento puesto que sirve no sólo para lograr el restablecimiento de la justicia por el daño social causado, sino también como ejemplo del buen comportamiento y de las consecuencias indeseables de la desviación social. Para la segunda si bien el sufrimiento es una consecuencia de la pena, no es el principal fundamento de esta. Es decir que hace ya varios siglos asistimos a la “humanización de la pena”.

De acuerdo con la segunda visión han sido restringidas las penas corporales en la mayoría de ordenamientos jurídicos, siendo la excepción algunos países que aún persisten con la aplicación de la pena de muerte. Plantea la corte, que si bien la prisión causa aflicción al reo, esta no está dirigida directamente al cuerpo del mismo, como si lo puede llegar a ser por ejemplo los azotes, o la mutilación. Por lo cual no debe ser considerada como un castigo al cuerpo.

Hace una retrospectiva de la situación del castigo, haciendo referencia a que hasta el siglo XVIII no se supo de sanciones que no tuvieran que ver con el suplicio, es decir, que la imposición de castigos crueles eran comunes hasta finales de ese siglo, cuando se tuvo noticia de la primer reforma, a partir de la cual, el sufrimiento excesivo se tenía como un resultado de una fuerza arbitraria. Continúa diciendo, Toda imposición que cause sufrimientos innecesarios al delincuente, debe ser evaluada como una acción independiente de la pena y por lo tanto como un ejercicio arbitrario de la fuerza”. Refuerza su punto con el concepto de Juan Fernández Carrasquilla, que dice:

"El exceso hace perder a la pena su carácter jurídico o legítimo (...) Y en realidad no se trata de un ius talionis (...) por el contrario, la pena que es entendida como un mal necesario no debe sobrepasar la medida de la necesidad social en que se inspira, ni infligir al reo sufrimientos innecesarios;

debe, en suma, ser el menor mal posible para la sociedad y para el delincuente”.

Considera la corte que Las penas excesivas, crueles, inhumanas, infamantes, o degradantes, no son otra cosa que violencia institucional. Según esto, si bien es cierto que la condición del prisionero determina una clara limitación a los derechos fundamentales, dicha limitación debe ser la mínima necesaria para el fin propuesto.

Después, se refiere a las **características de la pena** la cual además de ser jurídica, publica y judicial, también debe ser necesaria, útil y proporcional. Por lo tanto "La pena, dice Fernández Carrasquilla, es un mal que la sociedad impone al "desviado" para conservarse a sí misma".

Sigue, planteando que la pena es una institución que rompe con la ética kantiana en la cual el ser humano es el fin en sí mismo, y cede ante la posición de la protección social.

La pena, además de necesaria debe ser útil. Si los fines de la pena pueden conseguirse por otros medios menos costosos o menos aflictivos, la pena no es necesaria y por lo tanto no puede ser útil.

La proporcionalidad se obtiene con la comparación entre el daño ocasionado por el delito y el daño causado por la pena. Según Fernández Carrasquilla, El estado actual de la relación de razonable proporción entre delito y pena, que desde luego no es natural ni matemática sino valorativa, es el de hacer depender la gravedad de la pena, en abstracto y en concreto, de dos baremos fundamentales: la gravedad del injusto y el grado de culpabilidad".

La corte continua, haciendo referencia a la **situación jurídica entre el preso y la administración penitenciaria**. Plantea que por el hecho de existir una relación

jurídica de predominio de una parte sobre la otra, no impide la existencia de derechos y deberes de ambas partes. Frente a la administración el preso se encuentra en una relación de sujeción, diseñada y comandada por el estado.

Al contrario de la percepción que muchos tienen, la cárcel no es un lugar que esta ajeno del derecho, por lo tanto esto significa que los que están allí recluidos no han sido eliminados de la sociedad. La relación de sometimiento con el estado no implica que dejen de ser sujetos activos de derechos. Si es cierto que el prisionero tiene algunos de sus derechos suspendidos como lo es la libertad. Otros limitados, como la comunicación. Pero hay otros de los cuales goza con pleno derecho como lo es la vida.

Aclara la corte que “La potestad disciplinaria, entonces debe enmarcarse dentro de los límites impuestos por los derechos de los presos. Desde este punto de vista la aplicación de la sanción del calabozo, tan común en nuestro medio, debe ser restringida a los casos extremos, debe estar reducida al mínimo tiempo necesario para el cumplimiento del fin perseguido y, además, debe realizarse en condiciones que no vulneren el principio de dignidad humana y que no constituya trato cruel o degradante”.

Después continúa desarrollando lo que tiene que ver con el **Derecho a la vida y dignidad**. Explica la corte las personas recluidas en centros penitenciarios están bajo la tutela del estado. Lo cual implica por una parte responsabilidades en cuanto a la seguridad de los reclusos y su conminación en el perímetro carcelario, y por otra, implica responsabilidades en cuanto las condiciones de vida del recluso. Toda pena, sin importar de cual delito provenga, debe respetar unas reglas mínimas respecto al tratamiento de los reclusos, que tienen que ver esencialmente con la dignidad humana.

Indica que la prohibición constitucional respecto a los tratos crueles y degradantes, establecida en el artículo 12, es un gran logro de la constitución de 1991. Aunque en Colombia nunca se han impuesto este tipo de sanciones, explica que no está de más que se establezca este tipo de prohibiciones, toda vez que lo que buscan es prevenir que a futuro tenga cabida una sanción como esta.

El tratamiento de los prisioneros en el derecho nacional e internacional. En el ámbito internacional de protección a los derechos humanos, siempre se ha mostrado preocupación respecto a unas reglas mínimas básicas en relación al trato con los detenidos.

Estas reglas fueron adoptadas inicialmente por el primer congreso de las naciones unidas sobre la prevención del delito y el tratamiento del delincuente, celebrado en 1955. De acuerdo con la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana, el contenido de tales reglas mínimas indica, entre otras cosas, que "deben existir instalaciones sanitarias suficientes para que cada recluso pueda "satisfacer sus necesidades naturales en momento oportuno, en forma aseada y decente".

Hace referencia al artículo 408 del código de procedimiento penal, al trato de los prisioneros, en las siguientes: **"Todo sindicado privado de la libertad tendrá derecho a recibir en el lugar de reclusión un tratamiento acorde con el respeto de los derechos humanos, como el de no ser víctima de los tratos crueles, degradantes o inhumanos".**

La corte continua con lo que denomina **sociología de la pena**. Comienza diciendo que para nadie es un secreto que debido a la superpoblación en las cárceles y las malas condiciones sanitarias en que se encuentran estas, es claro que el prisionero se encuentra en una situación de vulneración de sus derechos como la dignidad humana. Problemas que tienen que ver con la falta de presupuesto y aumento de la

criminalidad son algunos de los argumentos que da la administración para justificar el deterioro de la situación penitenciaria. Pero, dice la corte, que más allá de estos problemas de tipo material, se mantiene dentro del núcleo social y en la administración el ideario de que el delincuente, por su posición de tal y por haber atentado contra la sociedad, pierde la calidad de sujeto pleno de derechos, incluso aquellos que no estén en relación directa con los que ha sido objeto de privación.

Nada más alejado del concepto de dignidad humana y del texto constitucional mismo, que esta visión dominante de la violación de derechos de los presos. Aclara la corte que, Los presos no tienen derechos de menor categoría; tienen derechos restringidos o limitados. Insiste en que es necesario eliminar la perniciosa justificación del maltrato carcelario que consiste en aceptar como válida la violación del derecho cuando se trata de personas que han hecho un mal a la sociedad. El castigo de los presos es un castigo reglado y sujeto a limitaciones que están contenidas en la ley penal y carcelaria que deben ser respetadas. El delincuente al entrar a la prisión no entra a un territorio sin ley.

Análisis del caso en concreto. La corte tomo la decisión de acumular pretensiones ya que todas ellas tienen que ver con la misma violación y la misma petición: tratos degradantes como consecuencia de la inadecuada evacuación de excretas en recintos cerrados de la penitenciaría. Los prisioneros se quejan por la lamentable situación sanitaria en la que se encuentran.

Esto, además de ser una violación al derecho a la salud, también resulta una situación degradante e inhumana. Los jueces del conocimiento no encontraron violación del derecho fundamental debido a que en sus consideraciones sobre la dignidad y los tratos crueles no tienen en cuenta el caso concreto y la manera como se aplican las normas, sino simplemente la confrontación de validez de las normas legales y reglamentarias.

Por eso, el juez segundo penal del circuito de Calarcá, no considera que las sanciones impuestas a un recluso no sean inhumanas, ni crueles, ni constituyan un trato degradante por cuanto son de consagración legal y fueron establecidas con anterioridad a la ocurrencia de los hechos materia de la queja. El juez reduce el valor de la dignidad al de la legalidad, pasando por alto que los derechos fundamentales merecen una especial revisión, y están por encima de los preceptos legales.

La corte termina explicando que, La falta de recursos económicos no puede ser una disculpa para que el Estado no disponga de agua suficiente para limpiar los servicios sanitarios de las personas que, bajo su responsabilidad, están en una cárcel. Se trata de recursos mínimos que solucionan dolencias mayores, y su no observancia podrían constituir una falta en la legitimidad de la sanción impuesta.

Conclusiones. Algunas que la corte plantea son: La protección de los derechos fundamentales no puede reducirse al juicio de legalidad acerca de la decisión tomada por la autoridad pública correspondiente.

Toda aflicción excesiva y que no corresponda al fin de la pena, debe ser considerada ilegítima y ajena.

Toda pena, independientemente del delito del cual provenga, debe respetar unas reglas mínimas relativas al tratamiento de los reclusos, que se encuentran ligadas, de manera esencial, al concepto de dignidad humana y al principio según el cual la pena no tiene por objeto el infligir sufrimiento corporal.

Siguiendo con el análisis, en sentencia **T-273 DE 93** la corte ratifica lo que había dicho esta entidad en sentencia T 596 de 1992, según la cual expresaba que las personas reclusas en cárceles no están ajenas a ser sujetos de derechos, continua diciendo que si bien estas personas ven limitados el ejercicio de algunos de sus derechos hay otros que se gozan plenamente puesto que no han sido suspendidos por orden judicial.

Puesto que la carta política del país en su artículo 13 establece: “todas las personas nacen iguales ante la ley y recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”. Dice la corte que es de esperar entonces que los presos estén gozando de libertades y derechos que no le han sido suspendidos. Sin embargo, al hacer una revisión de la situación constatan que el goce de esos derechos (como por ejemplo, la libertad sexual y de elegir si se quiere tener un hijo) está limitado por las condiciones de reclusión. La corte expresa: “así que, en la vida carcelaria nacional, el trato que las autoridades dan a los reclusos, no es uniforme como lo manda la norma antes citada y no todos gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades. Es el tipo de lugar de reclusión y no el Fiscal o Juez, el que está determinando en el país qué trato se recibirá y de qué derechos, libertades y oportunidades, se podrán gozar mientras se está recluso”.

Después, la corte llega a la conclusión de que existe trato discriminatorio contra la mujer en las prisiones, por lo menos en cuanto al régimen de visitas conyugal, en el cual le piden unos requisitos a las mujeres (como programas de planificación) que no le piden a los hombres a la hora de recibir la visita, configurando esto, además de trato discriminatorio, un atentado a la dignidad humana y al desarrollo de la libre personalidad.

Sigue la corte, haciendo una defensa a ultranza de la institución familiar, la cual, como institución fundante de la sociedad y del estado colombiano goza de especial protección por parte del estado.

Además, expresa la corte que ese trato discriminatorio viola los pactos y convenciones que a nivel internacional ha ratificado Colombia y hacen parte del bloque de constitucionalidad, como por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), aprobada por la Ley 16 de 1972 y vigente para Colombia desde el 18 de Julio de 1978, el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Humanos; aprobado por Ley 74 de 1968 y vigente

desde el 23 de marzo de 1976. Igualmente se vulneró el artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

En sentencia **T-388 DE 93** la corte refiere que la protección de los derechos que tiene el recluso va más allá de la actitud pasiva que toma el estado al no interferir en el desarrollo de estos, y por el contrario debe garantizar por medio de acciones la protección de los mismos. Es decir, la administración penitenciaria no puede desentenderse de los derechos de los reclusos y se constituyen como deberes a su cargo. A su vez, explica que el no atender oportuna y eficazmente el derecho a la salud constituye violación a los derechos fundamentales del recluso, así como la integridad física del mismo.

“Advierte la Sala que el derecho que tienen los reclusos a la salud compromete la actuación del Estado en cuanto constituye un deber a su cargo”⁶⁹.

Plantea la corte que: “La desatención de la salud tiene potencialidad suficiente para afectar derechos fundamentales como el trabajo y la integridad física o síquica y en casos extremos la vida del interno”⁷⁰.

Esta vez, la corte resalta la importancia de la dignidad humana como valor fundante de la constitución y del estado colombiano, y además, afirma que constituye el soporte de un gran catálogo de derechos que deben ser respetados por el estado.

También hace un breve repaso de la protección que se brinda a los derechos de los presos tanto a nivel nacional –código nacional penitenciario- como a nivel internacional en convenciones y tratados que ha ratificado Colombia. Por ejemplo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 10) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículo 5).

⁶⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 388 de 1993. MP: HERNANDO HERRERA VERGARA.

⁷⁰ Ibíd. P 7

La sentencia **T-437 DE 93** ratifica lo dicho en anteriores fallos por este ente, y reconoce que los presos deben tener la misma garantía de goce de los derechos que no le han sido suspendidos por orden judicial o legal. No dice nada más respecto al tema en cuestión, y se ocupa de hacer un análisis de las condiciones en que se debe ordenar una detención hospitalaria.

Así pues, con la Sentencia **T- 420 DE 1994**, la corte tuvo ocasión de empezar su análisis con la conocida situación de violación de normas por parte de instancias administrativas o judiciales que de una manera directa vulnera los derechos fundamentales que no han de tocarse por ningún concepto; en palabras de la Corte “Las personas reclusas en una prisión se encuentran bajo el cuidado de las autoridades administrativas carcelarias. Por esta circunstancia, el Estado adquiere una serie de responsabilidades que debe cumplir, algunas de las cuales - como por ejemplo la salubridad y la seguridad del establecimiento - están directamente vinculadas con la protección de derechos fundamentales de los presos. El incumplimiento de estos deberes puede dar lugar a la violación de otros derechos fundamentales de personas no involucradas en la relación Estado-prisionero. Se trata de un caso singular en el cual el origen de la violación del derecho cuya tutela se solicita, se encuentra en el incumplimiento de disposiciones normativas que a su vez coartan derechos fundamentales.”⁷¹

Dejando este punto claro, continúa el magistrado ponente entonces con una pequeña explicación de lo que ha de ser la correcta interpretación de la compleja situación de los presos, siendo algunos de sus derechos fundamentales limitados, sin embargo otros no pueden ser desafectados ni por fuerza mayor. Empero las palabras de la corte fueron las siguientes: “El prisionero es una persona que se

⁷¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 420 DE 1994. MP: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

encuentra a cargo del Estado y este no puede, de manera negligente y fundado en una moral utilitarista, poner a dichas personas a soportar una vida por debajo de las condiciones mínimas de existencia.⁷²»

Con todo esto, en el año de 1995 la Corte volvió a pronunciarse mediante la providencia **T-065 DE 1995**, y esta vez deja constancia nuevamente de lo que significa la Dignidad Humana para el ordenamiento Jurídico Colombiano, además de darle soporte a las anteriores sentencias, así lo enunció la corte: " La persona reclusa en un centro carcelario mantiene su dignidad humana, como lo reconoce el artículo 5º constitucional al expresar que "el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona" (subrayas fuera de texto). El hecho de la reclusión no implica la pérdida de su condición de ser humano, porque, como lo indica la función y finalidad de la pena, ésta se ejecuta para la protección de la sociedad, la prevención del delito y, principalmente, como un proceso de resocialización del sujeto responsable del hecho punible."⁷³

Sin detenerse, la Corte en el año de 1996 siguió manejando el mismo antecedente jurisprudencial, dejando impresa la siguiente interpretación : "No puede olvidarse, además, que la situación del detenido o preso no es argumento ni razón para que se pierda la perspectiva fundamental sobre su condición humana, lo que significa que permanece inalterado e intocable el núcleo esencial de la dignidad que en tal carácter corresponde a todo individuo aunque haya delinquido y, con mayor razón, si no ha sido condenado."⁷⁴

En este momento podemos observar como la corte mantiene fijo su criterio con respecto a los derechos fundamentales de los presos, en pocas palabras, se

⁷² Ibíd.

⁷³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T - 065 de 1995. MP: ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

⁷⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T - 247 de 1996. MP: JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

podría decir, que existen unos derechos fundamentales que por las notorias condiciones se ven limitados, como la libertad o la movilidad, pero bien, eso no implica que otros derechos de gran envergadura como lo son la vida y la dignidad humana se vean afectados. Siendo potestad del estado tomar parte activa en la consecución y garantía de los mismos.

Habiendo llegado a este punto, vale mencionar entonces la sentencia **C- 261 DE 1996**, la cual analiza en primera medida lo concerniente a la intención del legislador a la hora de, dicho de esta forma: “Por ello la doctrina penal más avanzada considera que tal función sólo puede encontrar explicación en principios diferentes, que actúan en momentos diversos del ejercicio de la acción punitiva por el Estado. Así, en el primer momento, se considera que el Legislador define los delitos orientado esencialmente por consideraciones de prevención general, y secundariamente por principios retributivos. Conforme a tal criterio, la tipificación legal de hechos punibles pretende desestimular conductas lesivas de bienes jurídicos dignos de ser tutelados por el derecho penal (prevención general) pero de manera tal que exista una cierta proporcionalidad entre el daño ocasionado por el delito y la pena que le es atribuida (componente retributivo en esta fase).”⁷⁵

Bajo este entendido, ya entra la Corte a tratar el tema de la finalidad de la pena, dejándonos por el momento dos puntos, por un lado la prevención general, o principio de legalidad y por el otro la proporción entre pena y delito o daño causado. De esta forma, y como consecuencia de la facultad de castigar del estado se encuentra también la potestad de garantizar los derechos de los que reclusos se encuentran. En palabras de la corte: “se considera como propio del Estado social de derecho que la ejecución de la sanción penal esté orientada por finalidades de prevención especial positiva, esto es, en esta fase se debe buscar ante todo la resocialización del condenado, obviamente dentro del respeto de su

⁷⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 261 de 1996. MP:ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

autonomía y dignidad puesto que, como se verá más adelante, es necesario armonizar estos valores.”⁷⁶

Es este el punto de partida entonces para que la Corte se ocupe de la finalidad resocializadora de la pena de prisión: “lo cierto es que durante la ejecución de las penas debe predominar la búsqueda de resocialización del delincuente, ya que esto es una consecuencia lógica de la definición de Colombia como un Estado social de derecho fundado en la dignidad humana (CP art. 1º), puesto que el objeto del derecho penal en un Estado de este tipo no es excluir al delincuente del pacto social sino buscar su reinserción en el mismo.”⁷⁷

En consecuencia, no queda duda de la interpretación dada por la corporación perteneciente a la rama Judicial Colombiana, es la resocialización el fin que ha de perseguirse en este país.

Posteriormente, en la misma providencia se abordan el tema de la dignidad humana, ratificándose en esta oportunidad nuevamente el precedente jurisprudencial, “En efecto, en el aspecto sustancial de la dignidad humana, se concentra gran parte del debate moderno sobre la función resocializadora de la pena y del sistema penal en general.”⁷⁸

Y continua la Corte Constitucional: “la resocialización se entiende más como una garantía material en cabeza del condenado, consustancial a la función del sistema penal en el Estado social de derecho.”⁷⁹

Con todo esto, y según la sentencia, se presupone que el preso a la hora de cumplir la pena en la prisión sienta que su espacio, todo lo que le rodea le incita hacia el “bien”, sus palabras os ilustraran mejor: “no consiste en la imposición estatal de un esquema prefijado de valores, sino en la creación de las bases de

⁷⁶ Ibid. p.18

⁷⁷ Ibid. P.18

⁷⁸ Ibid P.20

⁷⁹ Ibid P.20

un autodesarrollo libre y, en todo caso, como disposición de los medios y de las condiciones que impidan que la persona vea empeorado, a consecuencia de la intervención penal, su estado general y sus opciones reales de socialización.”⁸⁰

Salta a la vista en este punto de la lectura de la Sentencia un punto que no se había tocado hasta el momento en los cinco años anteriores de desarrollo Jurisprudencial, el punto en cuestión no solo no enuncia a la dignidad humana como base de la función resocializadora de la pena de prisión, sino que también involucra al derecho al libre desarrollo de la personalidad, de tal manera que el estado no puede entorpecer por ningún modo la resocialización del condenado, en sus palabras:

La función resocializadora del sistema penal adquiere relevancia constitucional, no sólo desde el punto de vista fundamental de la dignidad (CP art. 1º), sino también como expresión del libre desarrollo de la personalidad humana (CP art. 16). 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 este desarrollo. Adquiere así pleno sentido la imbricación existente entre la dignidad, la humanidad en el cumplimiento de la pena y la autonomía de la persona, en relación todas con la función resocializadora como fin del sistema penal.⁸¹

Terminado el estudio de la anterior sentencia de constitucionalidad volvemos sobre una de revisión de Tutela, la **T-705 DE 1996**, la cual comienza por plantearse la siguiente cuestión: “hasta que punto es legítima la restricción de los derechos fundamentales de los reclusos, por parte de las autoridades

⁸⁰ ibid. P.21

⁸¹ ibid P.21

penitenciarias y carcelarias, con base en facultades de carácter discrecional que les otorgan normas de orden legal y reglamentario.”⁸²

De esta manera, nos introducimos entonces en el planteamiento de la existencia de una relación de especial sujeción entre el condenado y el estado, sujeción que crea obligaciones y garantías que regirán las más cotidianas formas de vida en las prisiones. Así quedo escrito:

El vínculo existente entre la administración penitenciaria y carcelaria, y los internos en los establecimientos de reclusión, constituye una especie dentro del ámbito más genérico de las relaciones administrativas. Esta especial relación, se caracteriza, fundamentalmente, por una inserción del administrado dentro de la organización administrativa. Lo anterior determina que el administrado - en este caso, el interno - queda sometido a un régimen jurídico especial, caracterizado por la particular intensidad con que la Administración puede regular y modular sus derechos y obligaciones. Sin embargo, las restricciones a los derechos no pueden ser arbitrarias, y, sobre todo, deben atender siempre a la finalidad específica para la cual fue establecida por el ordenamiento legal esa relación de especial sujeción.⁸³

Esta especial relación de sujeción, conminara a los administrativos a cumplir fiel y estrictamente los derechos humanos de los reclusos, dado que como hemos visto anteriormente Colombia es un estado social de derecho basado en la Dignidad del ser Humano, derecho fundamental que no ha de ser violado siquiera siendo cualquiera prisionero.

Bajo este entendido, mencionar que cualquier acción violatoria a los derechos humanos de los presos por parte de los administrativos de las cárceles o los

⁸² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 705 DE 1996. MP: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. P. 10

⁸³ Ibid.p.11

vigilantes mismos resulta ser evidentemente contraria al constitucionalismo Colombiano, razón por la cual la Corte se ocupa de la siguiente manera del asunto: “Como se dijo más arriba, todo sufrimiento innecesario impuesto a un recluso, pierde la justificación del ejercicio legítimo de la violencia por parte del Estado y se convierte en una atropello que debe ser evaluado de la misma manera como se evalúa cualquier violencia injustificada, ejercida contra un ciudadano que no se encuentra privado de la libertad.”⁸⁴

De esta manera, continúa entonces manteniendo la Corte su criterio jurisprudencial con respecto de los derechos fundamentales que no han de ser limitados y menos vulnerados a los presos. Palabras más, palabras menos la Corte lo explicó de la siguiente manera:

Sin embargo, en razón de la situación de privación de la libertad, los derechos de los internos se encuentran sometidos a tres regímenes distintos: (1) algunos derechos fundamentales se encuentran suspendidos (como es el caso del derecho a la libertad); (2) otros se encuentran limitados (como la libertad de expresión y el derecho a la intimidad); y, (3) otros derechos tienen plena vigencia (como es el caso de los derechos a la vida, la integridad personal, etc.).⁸⁵

Al poco tiempo, vuelve la Corte Constitucional sobre el tema de los derechos fundamentales de los reclusos, esta vez profiriendo la Sentencia **T-435 DE 1997**, en donde reitera su precedente jurisprudencial:

No cabe duda de que, además de custodiarlos para que cumplan las penas y medidas de seguridad y para la preservación de su vida e integridad personal, los centros carcelarios tienen a su cargo la función -propia del principio de solidaridad (art. 1 C.P.) e incorporada a los fines del Estado (art. 2 C.P.)- de

⁸⁴ Ibíd. P.12

⁸⁵ Ibíd. P.13

velar por los derechos de los reclusos -cuya indefensión es manifiesta dada precisamente la circunstancia de estar privados de libertad-, evitando las ocasiones que propicien abuso o indebido aprovechamiento de sus necesidades y expectativas por parte de terceros.⁸⁶

No obstante, pese a la claridad con la que se expresa la Corte, pareciera que el país no acaba por amoldarse ni por entender estos pronunciamientos, por lo que el año de 1998 fue un año muy rico en pronunciamientos de la corte, tanto así, que se rubrico la famosa Sentencia **T-153 DE 1998** mediante la cual se declaró el estado de cosas Inconstitucional en los centros de Reclusión de todo el territorio Colombiano.

Para comenzar la Corte, que previamente había ordenado sendas inspecciones judiciales, las trae a colación, con el propósito airado de dar por sentado el hacinamiento en las centros de reclusión, dado que este es evidente, mas formal lo mencionó la Corporación en su momento: “El hacinamiento se evidenciaba también en los pasillos. En los corredores aledaños a las celdas yacían también muchos reclusos, y en las celdas mismas se observaba que dormían, dependiendo del patio, entre 3 y 6 internos, a pesar de que habían sido diseñadas para albergar a una sola persona.”⁸⁷

Continúan los magistrados de la Corte: “A lo largo de los corredores se observan filas interminables de internos acostados, a tan poca distancia el uno del otro que se hace muy difícil caminar hasta el final del corredor.”⁸⁸

Todas las situaciones que quedaron registradas en las mencionadas inspecciones judiciales, daban sana muestra de no cumplimiento del criterio Jurisprudencial por parte de las autoridades administrativas, razón que se iba abonando a los

⁸⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 435 DE 1997. MP: JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO. P.7

⁸⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-153 DE 1998. MP: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. P.48

⁸⁸ Ibíd. 49

fundamentos jurídicos que más tarde expondría la Corte para la declaración de estado de cosas Inconstitucional en el país de Colombia a partir del año 1998.

Sin más, concluye entonces que la corte: “Las inspecciones le permitieron a la comisión judicial llegar a la conclusión de que las condiciones de reclusión en las dos cárceles citadas son absolutamente infrahumanas, indignas de una persona humana, cualquiera sea su condición personal. Las condiciones de albergue de los internos son motivo de vergüenza para un Estado que proclama su respeto por los derechos de las personas y su compromiso con los marginados.”⁸⁹

Así pues, la corte preciso ser más específica toda vez que para el año de 1997 en el país se estaba evidenciando un valor aproximado al 50% de hacinamiento. Las Cárceles en Colombia no soportaban más de 30.000 presos y la existencia física de estos ascendía a 42.000 aproximadamente.

En seguida, la Corporación se propone hacer un análisis histórico político de la situación carcelaria, basándose en un documento elaborado por el mismo INPEC. Siguiendo este margen, sostiene la corte que existen 4 etapas en el desarrollo de la ocupación carcelaria, a saber comenzando por el primero:

La época de asentamiento, entre 1938 y 1956, tendría como antecedentes la expedición del código penitenciario de 1934 - que crea la División de Prisiones dentro del Ministerio de Gobierno -, y la construcción de algunas cárceles como las de Cúcuta y Palmira y el inicio de otros reclusorios distritales como el de Sincelejo. La etapa se inicia, en 1938, con una población carcelaria de 8.686 internos. Hasta 1945, este número aumentó anualmente en una cifra promedio de mil internos. En 1946, se presenta una baja importante en el total de los reclusos (2.765 internos menos), a causa de un proceso de desjudicialización, pero este descenso fue rápidamente compensado por los

⁸⁹ Ibíd. P.50

incrementos de los próximos años, hasta llegar en el año de 1957 a la cifra de 37.770 internos.⁹⁰

Es evidente el aumento de reclusos, no obstante, la historia Colombiana dice que estos años fueron años de guerra y de represión en este país, donde entre hermanos se mataban sin piedad y sin razón.

Como segundo punto histórico encontramos según la Corte “La época del desborde, entre 1957 y 1975, se inicia con un nuevo proceso de desjudicialización, en 1957, que reduce en 12.771 internos la población carcelaria. En esta etapa se da comienzo a una serie de obras carcelarias (en lo que el estudio denomina el boom de la construcción) y se expide el nuevo estatuto carcelario, mediante el Decreto 1817 de 1964.”⁹¹

Sin embargo, los hacinamientos eran notorios mostrando números interesantes de hasta 58.000 reclusos en todo el país para el año de 1971.

Continuando nuestro estudio encuentra la corte el tercer periodo, el cual según ellos mismos y el informe elaborado por el INPEC, debió ser un periodo de “estabilidad” carcelaria. No ocurrieron aumentos significativos, o en palabras de la corte: “La época del desborde, entre 1957 y 1975, se inicia con un nuevo proceso de desjudicialización, en 1957, que reduce en 12.771 internos la población carcelaria. En esta etapa se da comienzo a una serie de obras carcelarias (en lo que el estudio denomina el boom de la construcción) y se expide el nuevo estatuto carcelario, mediante el Decreto 1817 de 1964.”⁹²

Cabe resaltar que en esta época se crea el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC mas precisamente para el año de 1993.

⁹⁰ Ibíd. P 55

⁹¹ Ibíd. P. 56

⁹² Ibíd. P.57

Y por último, encontramos la etapa en la que la Corte se detuvo para hacer el análisis objeto de este estudio, así quedo consignado: “La época de la alarma tiene su comienzo en 1995 y se prolonga hasta el día de hoy. Ese año se inicia con una cifra similar al promedio de la época anterior (29.537), pero el número de reclusos aumenta progresivamente hasta llegar a 31.960, todo ello a pesar de que la aplicación del Decreto 1370 de 1995, sobre des judicialización, contrarrestaba la tendencia al incremento de la población carcelaria.”⁹³

Seguido de esto, la corte se da a la tarea de entregar unas causas explicativas de este hacinamiento carcelario, dando en primer orden con normas fuertes a la hora de sancionar: “En los últimos años han sido expedidas distintas normas dirigidas a sancionar con mayor rigidez una serie de conductas delictivas. Ello ha implicado el ingreso de un número siempre mayor de internos a las cárceles, y una más larga permanencia en ellas.”⁹⁴

Además, se enunciaron otro tipo de causas a la delicada situación de hacinamiento en los centros de reclusión, esta vez fue evidente que el número de presos también había aumentado toda vez que proporcionalmente aumento el número de detenidos preventivamente. No podemos dejar tampoco de decir que para esa época se hacía uso nulo de los llamados subrogados penales.

Como consecuencia de lo anterior, podemos observar entonces fallos evidentes dentro del debido proceso a las personas que han sido detenidas preventivamente; de tal manera que se están llevando a cabo numerosos retrasos para definir la situación jurídica de aquellos que están detenidos sin siquiera haber sido juzgados. Mejor lo expresó la Corte: “el hacinamiento provocado por el uso frecuente de las medidas de aseguramiento se ve agravado por el incumplimiento de los términos por parte de las autoridades judiciales, situación que impide definir la situación jurídica

⁹³ Ibíd. P.59

⁹⁴ Ibíd. p 62

de los sindicatos con la celeridad debida y los obliga a permanecer en el centro carcelario durante períodos prolongados.”⁹⁵

Ahora bien, pasa la Corte a analizar la infraestructura carcelaria en Colombia, para lo cual se basa nuevamente en la inspección judicial ordenada, informe rendido por la procuraduría y en el documento CONPES 2797 de julio de 1995. Todo esto, le permite a la Corporación llegar a la conclusión de que en este país no se cumple con los mínimos requeridos para que la infraestructura carcelaria garantice la Resocialización del recluso. En palabras de los magistrados: “Finalmente, la falta de espacios comunes, la imposibilidad de creación de talleres, áreas educativas en lugares impropios y nada motivadores, dormitorios colectivos, etc., son común denominador de la infraestructura carcelaria, dificultando la prestación de los servicios que, como oferta de la resocialización y la reinserción, son garantizados por la legislación y la razón de ser del sistema penitenciario.”⁹⁶

Bajo el anterior marco, continua la Corte con su extenso análisis, dando esta vez importancia a las consecuencias que pueden acaecer por el evidente problema de hacinamiento en las cárceles Colombianas, dado que un hacinamiento como el acá desglosado, no podrá traer más que indignidad humana e incumplimiento a los fines de la pena de prisión. De esta manera lo expresó la Corte en aquella oportunidad.

“Evidentemente, las condiciones de hacinamiento impiden brindarle a todos los reclusos los medios diseñados para el proyecto de resocialización (estudio, trabajo, etc.). Dada la imprevisión y el desgüeño que han reinado en materia de infraestructura carcelaria, la sobrepoblación ha conducido a que los reclusos ni siquiera puedan gozar de las más mínimas condiciones para llevar una vida digna en la prisión, tales como contar con un camarote, con agua

⁹⁵ Ibíd. P.66

⁹⁶ Ibíd. P.68

suficiente, con servicios sanitarios, con asistencia en salud, con visitas familiares en condiciones decorosas, etc.”⁹⁷

Así las cosas, y luego de abordar los temas que dejamos atrás, retoma la Corte Constitucional el ámbito de los derechos fundamentales de los reclusos, para retomar su precedente con respecto de los derechos fundamentales que aun encontrándose el ciudadano recluso en un centro carcelario no podrán aquellos ser vulnerados por ninguna circunstancia, esto es, por ser Colombia un estado social de Derecho fundado en la dignidad humana ha de garantizar y velar por que la vida y la dignidad humana se protejan dentro de los centros de reclusión.

La Corte no podría haberlo dicho mejor: “Con todo, otro grupo de derechos, tales como la vida e integridad personal, la dignidad, la igualdad, la libertad religiosa, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la salud y al debido proceso, y el derecho de petición, mantienen su incolumidad a pesar del encierro a que es sometido su titular”⁹⁸

En este aspecto, se entiende entonces que no basta con enunciar la condición indemne de dichos derechos fundamentales, sino que también recaen sobre el aparato estatal, más precisamente, sobre las directivas de la los centros penitenciarios y carcelarios la obligación de no inmiscuirse en la libre espontaneidad de los mismos, la corte lo enunció así: “el Estado debe ponerse en acción para garantizarle a los internos el pleno goce de otros derechos, tales como la dignidad, la salud, la alimentación, el trabajo, etc.”⁹⁹

Por esta razón, se le imprime al Estado la obligación de poner en marcha todos los medios a su disposición para que se cumpla con la función resocializadora de la pena, y que por el contrario no se acentúe la des socialización dentro de los centros penitenciarios y carcelarios, y así lo ha venido repitiendo la Corte año tras

⁹⁷ Ibíd. P.78

⁹⁸ Ibíd. P.85

⁹⁹ Ibíd. P.86

año a partir de su creación con la carta de 1991: “El Estado debe brindar los medios y las condiciones para no acentuar la des socialización del penado y posibilitar sus opciones de socialización (...) La función de reducación 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.”¹⁰⁰

En últimas, la SENTENCIA T-153 DE 1998 expone sus conclusiones, las cuales, como podrá pensarse, giran en torno a la Declaración del Estado de Cosas Inconstitucional en el sistema penitenciario Colombiano. En palabras de Carlos Gaviria: “Las condiciones de vida en los penales colombianos vulneran evidentemente la dignidad de los penados y amenazan otros de sus derechos, tales como la vida y la integridad personal, su derecho a la familia, etc.”¹⁰¹

Además, nos plantea la Corte que a causa de estas condiciones, lo que se evidencia dentro de los centros penitenciarios y carcelarios, no es ni de cerca algo similar a la Resocialización, y más bien lo que se viene presentando es todo lo contrario. “la situación descrita anteriormente tiende más bien a confirmar el lugar común acerca de que las cárceles son escuelas del crimen, generadoras de ocio, violencia y corrupción.”¹⁰²

Por ende, interpreta la Corte que por ser los presos una población excluida y denigrada dentro del territorio Colombiano, y que su voz no interesa en lo más mínimo al ejecutivo nacional, ha de ser el Juez Constitucional quien eleve su voz en nombre de los presos, para intentar sanear tan indignante situación: “la Corte Constitucional está llamada a actuar en ocasiones como la presente, llamando la atención sobre el estado de cosas inconstitucional que se presenta en el sistema penitenciario colombiano y que exige la toma de medidas por parte de las

¹⁰⁰ Ibíd. P. 89

¹⁰¹ Ibíd. P.92

¹⁰² Ibíd. P.92

distintas ramas y órganos del poder, con miras a poner solución al estado de cosas que se advierte reina en las cárceles colombianas.”¹⁰³

Culmina entonces la corte esta Sentencia, conminando al ejecutivo y el legislativo en aras a que tomen las medidas necesarias para contrarrestar el mencionado Estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario Colombiano.

Para continuar, en el año de 1999 la Corte Constitucional, reitera su precedente constitucional mediante Sentencia **T-265 DE 1999**, no cambiaría para nada lo pertinente al derecho a la vida y la dignidad humana de los internos. Aun así, también comenta la responsabilidad especialísima que tiene el estado de velar por la garantía de los derechos anteriormente mencionados. Pero dejemos que sean las palabras de la Corte las que hablen “el Estado tiene la responsabilidad de velar por el buen trato que se le debe dar a los internos, y de garantizar que las condiciones básicas y mínimas de la infraestructura carcelaria, sean respetuosas del núcleo esencial de la generalidad de sus derechos fundamentales, cumpliendo con condiciones mínimas de higiene, salubridad y seguridad entre otras”¹⁰⁴

En la sentencia **T 718 DE 1999** la corte entrara a hacer un amplio análisis de la pena, sus funciones y los principios que debe respetar; empezando por decir que aunque una persona sea privada de la libertad tiene derecho al pleno goce de los demás derechos (fundamentales) que no le han sido restringidos, pueden ser reclamados vía tutela.

Respecto al carácter resocializador de la pena, la corte señala: “La pena no tiene un sentido de retaliación social o de venganza, ni puede ser aplicada con saña ni con desprecio hacia el ser humano que purga sus faltas anteriores. Ella tiene un carácter resocializador que debe aplicarse de modo civilizado, conforme al

¹⁰³ Ibid. P.95

¹⁰⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 265 DE 1999. MP: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

Derecho, sin que el Estado -que tiene la función de administrar justicia- abuse de sus atribuciones ni se iguale al delincuente”¹⁰⁵.

Señala además, la importancia que tiene el derecho al trabajo, por lo menos en lo que tiene que ver en la resocialización del delincuente, ya que esta le permite al mismo la realización como persona y facilita el reintegro del mismo a la sociedad. También menciona que el no respetar un derecho fundamental como lo es el del trabajo, sería un trato discriminatorio para un recluso, ya que este derecho les es garantizado a todos los presos del país.

Expresa en líneas siguientes, la importancia que cobra una adecuada alimentación para el recluso, sobre todo cuando se busca garantizar la vida digna del mismo dentro del penitenciario y que el incumplimiento de esto comportaría una situación de desconocimiento de la dignidad humana, así como también es abiertamente violatorio de derechos como la vida, la salud y la integridad personal.

Al contrario de lo que muchos pueden pensar, la pena no cumple una función de retaliación o tiene un carácter de venganza estatal por el daño causado por el delincuente. La pena, por el contrario, tiene un carácter resocializador que se debe aplicar de forma civilizada, sin desprecio por el infractor, y mucho menos busca que el estado abuse de sus atribuciones o se iguale al delincuente.

A su vez, la corte hace un breve análisis de las normas que regulan el tratamiento penitenciario, y en especial lo que tiene que ver con el aspecto resocializador de la pena por medio del trabajo o del estudio. Estas normas básicamente las vamos a encontrar en el código penitenciario y carcelario art. 10 y 79, o también encontraremos mención a esto en el código de procedimiento penal art. 530. (Esto para el año 1999).

¹⁰⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-718 DE 1999. MP: JOSE GREGORI HERNANDEZ GALINDO.

En sentencia de constitucionalidad numero **C- 806 DE 2002**, la corte entra a decidir sobre una norma de la ley 599 del 200, art. 64 el cual establece: **“ARTICULO 64. LIBERTAD CONDICIONAL.** El Juez concederá la libertad condicional al condenado **a pena privativa de la libertad mayor de tres (3) años**, cuando haya cumplido las tres quintas partes de la condena, siempre que de su buena conducta en el establecimiento carcelario pueda el Juez deducir, motivadamente, que no existe necesidad para continuar con la ejecución de la pena.

No podrá negarse el beneficio de la libertad condicional atendiendo a las circunstancias y antecedentes tenidos en cuenta para la dosificación de la pena.

El período de prueba será el que falte para el cumplimiento total de la condena”.

Considera el demandante, que este texto es excluyente y por lo tanto viola el derecho a la igualdad en tanto que establece que solo se puede dictar libertad condicional a personas que cumplen pena privativa de la libertad superior a 3 años, excluyendo a quienes purgan penas de menos tiempo.

Después, la corte entra a hacer un análisis respecto a **la finalidad de la pena**. Para esto empieza diciendo que el derecho penal cumple una labor de prevención general tanto como de prevención especial. En cuanto a la primera, dice que no solo se refiere a la amenaza de una sanción contra el delincuente (prevención general negativa), sino que debe revestir también un elemento estabilizador en cuanto a la pena, que debe presentarse como socialmente necesaria para proteger la estructura social (prevención general positiva). Igualmente, la pena no solo debe dirigirse solo a la defensa de la comunidad der quien infringe la norma, sino que debe componer unos elementos que respeten la dignidad humana y elementos que permitan una efectiva readaptación social.

Así, las anteriores finalidades no solo deben observarse en el momento judicial de su determinación, sino que deben acompañar en general toda la ejecución de la pena.

Siguiendo con el análisis de la finalidad de la pena, la corte señala que esta tiene un fin preventivo (establecimiento de la sanción por parte del legislador), un fin retributivo (imposición judicial de la pena) y un fin resocializador que debe orientar toda la ejecución de la pena, de conformidad a los principios humanistas e internacionales adoptados por el país.

Rescata que el código penal (ley 599 del 2000) establece que la imposición de la pena responderá a principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. Así, debe entenderse que la pena, entre sus finalidades, debe “cumplir una función de prevención especial positiva; esto es, debe buscar la resocialización del condenado, obviamente dentro del respeto de su autonomía y dignidad, pues el objeto del derecho penal en un Estado social de derecho no es excluir al infractor del pacto social, sino buscar su reinserción en el mismo.”¹⁰⁶

la corte continua, explicando que la función preventiva especial de la pena se configura con los “mecanismo sustitutivos de la pena” los cuales deben estar encaminados hacia la efectiva resocialización de quienes han cometidos hechos punibles y favorezcan el desestimulo de la criminalidad.

Hoy en día la institución de los **subrogados penales** teniendo en cuenta que la pena debe responder al principio de necesidad, el legislador colombiano ha considerado que si un condenado, bajo ciertas circunstancias, no necesita de la privación física de la libertad para adaptarse, debe brindársele la oportunidad de

¹⁰⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 806 de 2002. MP:CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

cumplir su condena mediante mecanismos, que sin dejar de ser eficaces, comporten una menor aflicción.

Así, se entiende que “Los subrogados penales son mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad que se conceden a los individuos que han sido condenados, siempre y cuando cumplan los requisitos objetivos y subjetivos establecidos por el legislador.”¹⁰⁷ Los subrogados penales son: la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la libertad condicional.

La corte, entra a hacer un análisis de si es violatorio a la dignidad humana y al derecho a la igualdad, el trato diferenciado que se le otorga a las personas privadas de la libertad con condena cuya pena se configura en mas de 3 años , y las personas privadas de la libertad con una pena menor a tres años. Si bien explica que para las segundas, el subrogado penal es de la suspensión condicional de la pena, el cual significaría que el condenado a razón de algunos factores –como lo es el hecho de no necesitar la ejecución de la condena privativa de la libertad para su readaptación social- no cumpla la pena dictada; para aquellos que si se considera necesario la ejecución de la pena resultaría discriminatorio que no puedan recurrir al subrogado de la libertad condicional cuando hayan cumplido con tres quintas partes de la condena y hayan configurado comportamientos de buena conducta, los cuales son indicativos de la resocialización del condenado.

La finalidad de ese trato diverso, su justificación y razonabilidad se desprenderían del hecho de que la pena privativa de la libertad que no exceda de tres años se constituye en un factor objetivo para estimar que el delito cometido, unido a circunstancias puramente subjetivas como los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible, son indicativos de que, en principio, no

¹⁰⁷ Ibíd. P 17

existe necesidad de la ejecución de la pena (...); y, en sentido contrario, aquel factor objetivo referido al mínimo de la pena impuesta que supera los tres años, hace pensar que la persona requiere tratamiento penitenciario, con independencia de cualquier ingrediente o consideración de naturaleza subjetiva que pudiera ser objeto de examen por el juez.¹⁰⁸

Sin embargo, a juicio de la Corte el trato diferente fundado en el término de duración de la condena a pena privativa de la libertad carece de una justificación objetiva y razonable, puesto que los condenados a penas inferiores a tres años que están efectivamente privados de su libertad por no habérseles otorgado el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, se encuentran en la misma situación fáctica de los condenados a penas superiores que también se encuentren reclusos en los centros carcelarios cumpliendo una pena; es decir, son condenados que se encuentran efectivamente privados de la libertad y que pueden cumplir las tres quintas partes de la condena observando buena conducta en el establecimiento carcelario.¹⁰⁹

(...) la razón por la que los infractores a quienes se les condena a pena privativa de la libertad de tres años o menos y tienen que cumplirla de manera efectiva en el establecimiento carcelario, radica en que no se hicieron acreedores al beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Aspecto que no puede ser motivo para que una vez hayan descontado las tres quintas partes de su condena y observen buena conducta, no puedan solicitar la libertad condicional, pues según se anotó, la función de prevención especial que cumple la pena debe predicarse de todos los condenados y no solamente de aquellos que han sido condenados a pena privativa de la libertad mayores de tres años.¹¹⁰

¹⁰⁸ Ibíd. P 25

¹⁰⁹ Ibíd. P 25

¹¹⁰ Ibíd. P 26

Termina la corte diciendo que esta diferenciación efectivamente configura una violación al derecho a la igualdad, toda vez que las personas privadas de la libertad que están cumpliendo penas inferiores a tres años se encuentran en la misma situación fáctica de quienes están privados de la libertad por mas de tres años, estos, a diferencia de los primeros, si pueden recurrir al subrogado penal de la libertad condicional, constituyéndose así, una diferenciación injustificada y además desproporcionada respecto de unos con los otros, y respecto a la ejecución de la pena.

Por todo lo anterior, la Corte declarará la inexequibilidad de las expresiones “mayor de tres (3) años” del artículo 64 de la Ley 599 de 2000.

En sentencia **T-881 DE 2002** se aborda una situación en la cual los presos consideran vulnerados ciertos derechos fundamentales, originada esta vulneración en reiterados cortes de energía por parte de la empresa de electricidad del caribe (debido al razonamiento por falta de pago del INPEC) a la cárcel distrital de Cartagena, haciéndose difícil la situación respecto al uso, por ejemplo, de baterías sanitarias (que dependen de motobombas), de cocción de alimentos y falta de luz en sitios oscuros de la penitenciaría. Por lo anterior, se considerarían vulnerados principios como la dignidad humana y vida digna de los reclusos.

La corte, plantea que la situación que presentan los reclusos de la cárcel distrital de Cartagena, puede configurar una violación al principio de dignidad humana, entendido este en los tres lineamientos que ya ha establecido la corte, a saber: “(i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de

los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).”¹¹¹

Mas adelante, la corte ratificara la existencia del derecho a la dignidad humana, derivado este del principio de la dignidad humana, el cual como derecho comporta todos sus elementos esenciales. Es decir: “un titular claramente identificado (las personas naturales), un objeto de protección más o menos delimitado (autonomía, condiciones de vida, integridad física y moral) y un mecanismo judicial para su protección (acción de tutela). Se consolida entonces como verdadero derecho subjetivo” ¹¹²

Siguiendo, la corte explica que en los casos en que esta entidad ha utilizado la expresión “dignidad humana”, se ha utilizado para propender por la garantía de esta, así como para velar por la garantía de demás derechos y principios que vienen conexos al respeto de la mencionada “dignidad humana”.

Considera además, que no se puede anteponer el interés contractual, a los intereses de los terceros relacionados directamente con la ejecución del contrato, y menos aun, cuando la actitud contractual de estos puede configurar violación de derechos fundamentales de los segundos. Es decir, que por encima de conflictos a la hora de la ejecución de un contrato debe ponerse por encima el respeto por la dignidad y por los derechos fundamentales de las partes que resultan involucradas en la aplicación del contrato.

Después, la corte hace un análisis de la situación de especial sujeción en la que se encuentran los reclusos frente al estado, así como hace un reconocimiento de las obligaciones que contrae el estado respecto al preso (respeto de la dignidad humana, acciones positivas que conlleven a la concreción de los principios

¹¹¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 881 de 2002. MP:EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

¹¹² Ibíd. P 29

constitucionales y derechos que no le han sido jurídicamente limitados). Constituyendo así, la plataforma ideal para la concreción de el principal cometido de la pena “la resocialización”.

(...)del perfeccionamiento de la “relación de especial sujeción” entre los reclusos y el Estado, surgen verdaderos deberes jurídicos positivos del Estado que se encuentran estrechamente ligados a la garantía de la funcionalidad del sistema penal, que viene dada por la posibilidad real de la resocialización de los reclusos, a partir del aislamiento en condiciones cualificadas de seguridad y de existencia vital de la población carcelaria. Deberes positivos de cuyo cumplimiento depende la legitimidad del sistema penal y ante cuya inadvertencia este último resulta convertido en una sombra ridícula de los valores y principios propios del Estado social de derecho.¹¹³

Para finalizar, respecto del caso en concreto la corte ha identificado una posible violación a derechos como: El derecho a la vida (artículo 11), el derecho a ser protegido por el Estado por la indefensión física derivada de la privación de la libertad (artículo 13), el derecho a la salud (artículo 49) y el derecho a gozar de un ambiente sano (artículo 79).

Concluye el tema diciendo “Del hecho de encontrarse los actores y los demás reclusos sometidos a las referidas condiciones existenciales originadas en la suspensión periódica del suministro de energía eléctrica, deriva una incuestionable vulneración a sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la salud por conexidad con la vida y a la integridad física.”¹¹⁴

En sentencia **T 1303 DE 2005** la corte comienza explicando que respecto al derecho al trabajo, las autoridades penitenciarias tienen unos deberes de acción y otros de omisión, para salvaguardar este derecho. “(...) En cuanto a lo primero, las

¹¹³ Ibíd. P 43

¹¹⁴ Ibíd. P 44

mencionadas autoridades están obligadas a crear espacios que garanticen, promuevan y hagan posible el acceso a fuentes de trabajo de manera que se materialice el carácter imperativo del trabajo penitenciario. En cuanto a lo segundo, se trata de un derecho frente al cual las autoridades penitenciarias se deben abstener de realizar actos vulneratorios”.¹¹⁵

Encuentra además la corte, que hay sanciones impuestas a los reclusos sin atención a derechos fundamentales como lo son el debido proceso, el derecho a la contradicción de la prueba, etc. En este sentido se expresa, “La imposición de sanciones o medidas correctivas por parte de las autoridades penitenciarias, debe sujetarse en consecuencia, a garantías tales como el derecho de defensa, de contradicción y, particularmente, el principio constitucional de la presunción de inocencia”.¹¹⁶

Sigue, haciendo un amplio análisis de lo que significa el respeto por el debido proceso, el cual cobra más relevancia a la hora de examinar la situación de un preso, ya que según la corte “En el ámbito penitenciario (el debido proceso) se proyecta de manera significativa el papel regulador, de control y de contención del ejercicio del poder, que cumple el derecho, aspecto que cobra particular relevancia en el campo sancionatorio en el cual el debido proceso se perfila como la herramienta por excelencia para garantizar tal pretensión”¹¹⁷.

Volviendo al tema del derecho al trabajo, la corte señala que este cuenta con total coherencia respecto a las garantías mínimas que deben tener los presos en cuanto a sus derechos fundamentales y el objetivo resocializador de la pena. Es decir, el respeto de este derecho es armonioso con el objetivo de la pena.

¹¹⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 1303 de 2005. MP: JAIME CORDOBA TRIVIÑO.

¹¹⁶ Ibíd. P 13

¹¹⁷ Ibíd. P 14

Finalmente, la corte termina redondeando estos temas y refiere la importancia de estos derechos (trabajo y debido proceso) para el desarrollo libre de la personalidad, la resocialización del infractor y finalmente el respeto a su dignidad.

En sentencia **T 1145 DE 2005** la corte aclara que hay una situación de especial sujeción entre el estado y el recluso, por lo tanto, le corresponde al primero satisfacer los derechos que no le fueron limitados al segundo. La corte ha dicho “(...) a fin de satisfacer las necesidades básicas de existencia de los internos, la Corte Constitucional ha señalado que surge en cabeza del Estado el deber de satisfacerlos”¹¹⁸.

También, señala que el no suministrarle los elementos de aseo a los internos, va en clara contradicción del respeto por la dignidad humana, a su vez que también configuran una vulneración al derecho a la salud.

Después, explica que hay una serie de reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, estas son:

(i) el derecho de los reclusos a ser ubicados en locales higiénicos y dignos, (ii) el derecho de los reclusos a contar con instalaciones sanitarias adecuadas a sus necesidades y al decoro mínimo propio de su dignidad humana, (iii) el derecho de los reclusos a recibir ropa digna para su vestido personal, (iv) el derecho de los reclusos a tener una cama individual con su ropa de cama correspondiente en condiciones higiénicas, y (v) el derecho de los reclusos a contar con alimentación y agua potable suficientes y adecuadas¹¹⁹.

“Con todo, la jurisprudencia constitucional ha señalado que ese contenido mínimo de las obligaciones estatales frente a las personas privadas de la libertad son de

¹¹⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1145 de 2005. MP:RODRIGO ESCOBAR GIL

¹¹⁹ Ibíd. P 12

imperativo cumplimiento, independientemente de la gravedad de la conducta por la cual la persona ha sido privada de la libertad, y del nivel de desarrollo socioeconómico del Estado”¹²⁰

Continúa la corte, resaltando la importancia de la dignidad humana, la cual se erige como un valor absoluto dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Por lo cual, exige que se configuren medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de este principio.

Finalmente, dice que es necesario garantizar los elementos de aseo a los reclusos, toda vez que, la falta de estos indudablemente causara una vulneración al principio de la dignidad humana y el derecho a la salud.

En sentencia **T-1275 DE 2005** la corte hace un análisis de lo que son los derechos fundamentales para los reclusos, explicando que si bien se entiende que una pena privativa de la libertad constituye una limitación a dichos derechos, es también cierto que esa limitación debe proceder dentro de los términos estrictamente necesarios para lograr el fin propuesto, de manera, que una limitación innecesaria será entendida como un exceso, y por lo tanto, una violación a los derechos del recluso.

“(…) en este punto la Corte Constitucional ha sido enfática en rechazar la visión dominante, de acuerdo con la cual, dado que los reclusos han cometido delitos y, en ese orden de ideas, han infringido los derechos fundamentales de otras personas, ellos no tienen por qué gozar de derechos”¹²¹.

Continúa, diciendo que es necesario que el estado se haga cargo de satisfacer las necesidades mínimas de los reclusos, de manera tal, que su estadía en el presidio

¹²⁰ Ibíd. P 14

¹²¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1275 de 2005. MP:HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

sirva como elemento de reintegración social y no como elemento de des socialización. Es decir, que mediante la satisfacción de las necesidades mínimas de los reclusos, se contribuye para que se haga efectiva la resocialización del mismo.

Después, la corte plantea algunos temas; Como que la política carcelaria ha denotado históricamente un carácter retribucionista. Es decir, busca la vendetta contra la persona que ha delinquido, por lo cual en la práctica vemos cómo opera el sistema penitenciario con un carácter eminentemente represivo.

En su repaso, se detiene un poco a analizar los objetivos principales de la política carcelaria, que según la entidad, tiene como objetivo primario la resocialización del condenado “(...) para ello acuden al examen de su personalidad y mediante “la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario.” ¹²²

Así, plantea que es imposible la readaptación social si no hay contacto con su entorno familiar, que en la mayoría de los casos, es el único contacto con el mundo exterior que tiene el preso en su estancia en la prisión. Por lo cual, encuentra que es acertado realizar el traslado de un prisionero, siempre y cuando mejore las condiciones para la resocialización del sujeto y constituyan respeto a la dignidad humana.

En la sentencia **T-615 DE 2008** la corte entra a revisar una situación de posible violación de derechos como la salud, la vida y la dignidad humana de los reclusos (en este caso, solo un recluso).

En esta oportunidad, la corte empieza reiterando que la relación entre un sujeto que cae en manos del aparato penitenciario y el estado, es una relación de especial sujeción, en la cual por un lado el sujeto se somete a las

¹²² Ibíd. P 32

determinaciones que se adopten en relación con las condiciones del centro carcelario respectivo y el estado por su parte debe asumir la responsabilidad por la protección y cuidado del interno durante su reclusión.

La corte plantea que en anteriores pronunciamientos se ha expresado que en esta relación de sujeción, el estado podrá hacer limitación de algunos derechos del recluso (también derechos considerados fundamentales), siempre y cuando estas limitaciones sean a razón de “garantizar el ejercicio de los demás derechos de los internos y lograr el cometido principal de la pena: la resocialización”. Sin embargo, también surgen en cabeza del estado obligaciones tendientes a garantizar el goce de derechos que no le han sido limitados al recluso, que se hacen absolutamente necesarios para garantizar la dignidad humana del preso. Entonces, por ejemplo, encontramos que el estado debe garantizar oportunamente a todos los internos de un centro penitenciario el derecho a la salud, garantizar una alimentación digna, garantizar una habitación digna y darle acceso a los servicios públicos.

Respecto al derecho a la salud, deja claro que es uno de aquellos que permanecen incólumes ante la situación del preso, es decir, es un derecho que deberá ser garantizado por el estado con acciones positivas y el cual no podrá vulnerar ni omitir ninguna acción en pro de asegurar la salud del recluso.

Continúa, señalando que la garantía de este derecho a los reclusos se encuentra plasmada en el título IX de la ley 65 de 1993. También, en dicho título se establece que el acompañamiento de salud para los presos, deberá estar integrado por profesionales del área de salud como psicólogos, odontólogos, psiquiatras, enfermeros, terapeutas y auxiliares de enfermería quienes deberán estar prestos a garantizar la buena salud de los reclusos.

También, explica que la garantía de un derecho como la salud trae consigo importantes aportes a la resocialización del preso y de la ejecución de su plan de

vida, en el cual, se tiene la necesidad y la expectativa de que llegado el momento de la libertad, el preso se encuentre en un buen estado de salud, o por lo menos el mismo estado en el que fue puesto bajo custodia.

Así, termina la corte explicando que no es necesario que el preso se encuentre en una situación de urgencia o de riesgo de muerte para ser atendido por el personal médico y brindarle la oportuna asistencia al recluso.

“Para que la obligación del Estado de velar por la salud del recluso se haga exigible, no es necesario que se encuentre en riesgo la vida del interno, ya que, como se anotó, la mencionada obligación no se refiere únicamente a aquellas situaciones de urgencia, o de peligro para la vida de quien se encuentra internado en un centro de reclusión, sino que comprende también la atención de la salud en dolencias de otra índole y en medicina preventiva”.¹²³

En la sentencia **T-185 DE 2009** la corte realiza un análisis en primera medida del derecho a la salud con su carácter de “fundamental”, en el cual, reitera que este derecho merece especial protección, toda vez que comporta la satisfacción de otros derechos y principios consagrados en la constitución, como lo es el derecho a la vida digna. En palabras de la corte “ (...) precisamente el carácter fundamental que ostenta el derecho a la salud, se deriva no sólo de su misma esencialidad para el bienestar del individuo, sino del inescindible vínculo que posee para la satisfacción de otros derechos de rango fundamental”.¹²⁴

Plantea además, que es necesario garantizar el derecho a la salud para que el ser humano pueda así realizar sus proyectos y aumentar el rango de oportunidades para escoger como quiere desarrollarse. La corte lo expresa así: “La salud constituye así un presupuesto indispensable para la realización de diversas

¹²³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 615 de 2008. MP: RODRIGO ESCOBAR GIL.

¹²⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-185 de 2009. MP: JUAN CARLOS HENAO PEREZ

funciones y actividades naturales del ser humano, de este modo su afectación repercute en el rango de oportunidades para la escogencia y el posterior cumplimiento de un estilo de vida, pues de su satisfacción -derecho económico, social y cultural- depende consecuentemente el ejercicio pleno del derecho al libre desarrollo de la personalidad -derecho civil y político- y de las demás libertades (...)

Después, entra a aclarar que debido a la relación de especial sujeción que hay entre el detenido y el estado, es obligación del estado a través de la institución carcelaria, prestarle los servicios de salud que necesite el recluso, sin poder excusarse de ningún modo en cuestiones administrativas para justificar el no cumplimiento de su obligación. “La obligación de proteger a los reclusos por parte del Estado y específicamente por el Establecimiento Carcelario y Penitenciario, se deriva de la relación especial de sujeción en la que aquél se encuentra respecto de éste”(…) ¹²⁵

Respecto a la inexcusabilidad de la ausencia de prestación de servicios médicos, la corte ha dicho “debido al especial estado de sujeción en que se encuentran (los detenidos), esta Sala resalta que del cumplimiento de esta obligación constitucional (garantizar el derecho a la salud) es injustificado exonerarse aduciendo la realización de trámites administrativos y la ausencia de recursos económicos”. ¹²⁶

Para finalizar, expresa que permitir la excusabilidad de la prestación del derecho a la salud sería contradecir los principios del estado colombiano, el cual, siendo un estado social y democrático de derecho y siendo fundado bajo el principio de la dignidad humana, tiene la obligación de ponerse al servicio del ciudadano, y no al revés, es decir, que el ciudadano se ponga al servicio del estado.

¹²⁵ Ibíd. P 8

¹²⁶ Ibíd. P 9

En sentencia **T-190 DE 2010** la corte repite los conceptos emitidos en los anteriores fallos, reafirmando lo dicho en anteriores oportunidades respecto a la dignidad humana como principio fundante del estado colombiano y los derechos de las personas privadas de la libertad. Por lo anterior, no vamos a hacer mayor reparo en lo pronunciado por la corte respecto a estos temas, toda vez que no aportan mucho más en este punto del análisis jurisprudencial.

Más adelante, explica la importancia que le da el derecho internacional a la protección a la salud para los detenidos, haciendo la advertencia que al ser un derecho protegido internacionalmente por los pactos que Colombia ha ratificado (Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión de la Organización de Naciones Unidas), el estado colombiano incurriría en una falta importante si no se cumplieran los parámetros que se ha comprometido a respetar.

Continuando, se expresa respecto al principio de la buena fe, el cual debe ser presumido de todas las actuaciones que adelante un ciudadano, y por qué no, los ciudadanos privados de la libertad, por lo cual la corte ha dicho: “Por lo tanto, la manifestación de la persona reclusa referente a un padecimiento o enfermedad, reviste un especial valor y debe darse aplicación al principio de buena fe por parte de las autoridades carcelarias y de quien tenga a su cargo la prestación del servicio médico”.¹²⁷

Para finalizar, afirma (como lo había hecho antes) que el derecho a la salud es de carácter absoluto y no puede ser negado bajo fundamentos de carácter administrativo o de orden económico, lo cual atentaría contra la concepción misma del estado colombiano. Al respecto pronuncia: “Finalmente, es claro que la prestación del servicio de salud que lleva implícita la garantía y ejercicio de tal

¹²⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-190 de 2010. MP:JORGE IVAN PALACIO PALACIO

derecho, recae directamente sobre el Estado en la relación de especial sujeción, además de gestionar todos los medios administrativos y económicos para cumplir con dicho fin”.¹²⁸

Además, mediante Sentencia **T-690 DE 2010** la Corporación enuncia lo que ella denomina los seis elementos esenciales de la relación de especial sujeción que existe entre el recluso y el Estado Colombiano. A saber: 1. Subordinación por parte del recluso 2. El límite del ejercicio de ciertos derechos incluso fundamentales que se ejerce sobre el recluso. 3. El anterior régimen ha de ser Constitucional y dado por previa ley. 4. Mencionado límite a los derechos fundamentales busca satisfacer otros de igual envergadura, así como garantizar el fin de la pena que es la RESOCIALIZACION. 5. Surgen condiciones materiales de existencia mínimas que el estado debe velar. 6. El estado debe garantizar y respetar los derechos fundamentales que no se vulneran.

De la misma manera deja por sentadas las consecuencias jurídicas más importantes que se desprenden de esta relación recluso-estado. 1. La posibilidad del estado de vulnerar algunos derechos fundamentales. 2. La imposibilidad del mismo de violentar otros derechos también fundamentales. 3. Deber positivo del estado de garantizar los derechos fundamentales y no fundamentales que no sean objeto de limitación. 4. El estado debe cuidar muy bien que se cumpla el fin resocializador que tiene la pena.

En sentencia **T-319 DE 2011** la corte hará un análisis en relación con la garantía familiar que tienen los reclusos ante la presencia de menores de edad. Explica que derechos como la intimidad familiar y personal se encuentran restringidos por la situación especial en la cual se encuentra el preso. Sin embargo, hay derechos que no sufren ninguna restricción ni limitación, como lo es el derecho a la salud o a la vida.

¹²⁸ Ibíd.

Después, hace un repaso de las características jurídicas de la relación entre el preso y el estado (estas ya han sido expresadas en jurisprudencia anterior). Respecto a estas se puede decir entonces que la administración dos obligaciones frente a los retenidos: 1. de hacer, esto es prever y controlar los peligros que pueda sufrir una persona retenida. 2. De no hacer, referida a la abstención de cualquier conducta que pueda vulnerar o poner en peligro los derechos que no hayan sido limitados con medida cautelar.

Así, este cuerpo ha emitido concepto diciendo que “dentro de las restricciones legítimas de los derechos fundamentales que deben soportar los reclusos con ocasión de su internamiento en un establecimiento carcelario, además de la pérdida de la libertad, se encuentra el de la unidad familiar, entendida esta como la comunidad de vida y convivencia plena que se da alrededor de la familia”¹²⁹.

Sin embargo, también señala que dicha limitación debe hacerse de acuerdo a los lineamientos del tratamiento penitenciario, donde se le debe brindar al recluso la posibilidad de la reinserción social una vez cumplida la condena. Es por eso que se debe propender por la adecuada resocialización de los internos, donde juega un papel muy importante la familia del mismo, puesto que ese vínculo familiar representa muchas veces el único contacto que tiene el preso con el mundo exterior. Es por ello que se debe propender por la presencia de la familia en el proceso de resocialización del recluso.

Seguido, aclara la corte que si bien es cierto que el INPEC tiene discrecionalidad respecto al traslado de los presos, esa discrecionalidad no puede ejercerse perdiendo de vista los objetivos de la pena y la proporcionalidad que debe existir

¹²⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 319 de 2011. MP: JORGE IVAN PALACIO PALACIO.

entre la causa y la decisión (de traslado) y respetando los derechos fundamentales de los reclusos.

Por último, asegura que en la medida de lo posible, los establecimientos carcelarios deben permitir que el recluso tenga contacto permanente con su grupo familiar, esto para asegurar también que se están tomando las medidas coherentes para cumplir el objetivo resocializador de la pena.

Con esto damos por terminado el análisis del nacimiento del derecho Penal en un país como Colombia, así como el desarrollo jurisprudencial de lo que se entiende por resocialización y los derechos a la vida y dignidad de los internos en prisión que ha realizado la Corte Constitucional desde su creación.

SEGUNDO CAPITULO

En este punto, Intentaremos explicar como todos esos postulados humanistas que se impusieron a lo largo de la historia (tanto en Europa como acá) y se reflejan en la creación de la norma, han servido como principal legitimador de un accionar socio político, que ofrece a partir de una supuesta mayor soberanía la entrega de la libertad, no ya solamente al momento de la reclusión y del castigo, sino que implica una entrega de libertad y mayor control en todos los aspectos en los que se desarrolla el ser humano.

En este punto no nos detendremos a hacer una verificación directa y critica de la norma penal colombiana, puesto que, como vimos en el análisis normativo unido al estudio teórico, la norma penal colombiana, es solo una aplicación de la norma y las teorías nacientes a partir de la revolución francesa, son teorías traídas de Europa y aplicadas casi al pie de la letra en nuestro ordenamiento jurídico.

En otras palabras, intentaremos hacer un análisis del discurso humanista, así como de algunos postulados que se desprenden de la norma creada a partir de la revolución, no quedarnos en hacer solo un análisis cerrado y específico de la norma penal y carcelaria colombiana, sino hacer un análisis tomándolo desde las bases mismas de las cuales provienen a sus vez las bases de una sociedad como la colombiana, haciendo un análisis de la estructura y de los efectos que ha generado la aplicación del discurso humanista.

En nuestra consideración, no es correcto solo quedarnos en el análisis directo de la norma, puesto que ella solamente es un instrumento mas dentro del sistema disciplinar y de control. La norma, si se quiere, solo es un punto coyuntural y pequeño que no trasciende y hace parte de una estructura gigantesca como lo llega a ser el panóptico y la sociedad disciplinar.

Para aclarar un poco mas, lo que haremos en este capitulo es explicar históricamente, ahora desde el discurso de Foucault, como todo este humanismo sirvió para generar toda una sociedad disciplinar y de control, que existe no solamente en este país, sino que es un control disciplinar que se ejerce a nivel general, el cual trasciende a un estado.

Nos basta con hablar solamente de la evolución y aplicación histórica del discurso humanista en Europa, y con ello será suficiente para dar explicación a como se introdujo esa sociedad de control que se nos presenta hoy, en este estado llamado Colombia.

Ahora bien, una lectura rápida sugeriría que estamos volviendo a dar aportes teórico – históricos respecto a la evolución del castigo y la legitimación del mismo en Europa. Lo cierto es que vamos a darle explicación a esa aplicación humanista en la ciencia jurídica, y explicaremos también como ese discurso ha generado la sociedad en la cual hoy convivimos.

LA EPOCA DEL SUPPLICIO

Tradicionalmente se ha entendido que la política criminal es un conjunto de normas encaminadas a contrarrestar el crimen y la criminalización. En otras palabras, la política criminal es la encargada de que el sujeto no incurra en conductas consideradas “desviadas” o que no estén establecidas como permitidas.

De esta forma se evidencia que en una primera instancia la política criminal ha tenido que recurrir a la imposición de lo que ella misma ha denominado “ilegalismos”, para así determinar las conductas que van a ser permitidas y las que serán prohibidas, las buenas y malas. Entendiendo por buenas las que se adaptan a las normas a través de la costumbre y por malas las que se apartan de este discurso.

Así pues, dentro del grupo social colombiano se evidencia cómo emerge un sujeto que es de suma importancia para el estudio del sistema penal: el delincuente, sujeto que nace en Francia, a partir de la reforma penal de la primera mitad del siglo XIX. Dicha reforma, dentro de su contenido específico pretendía el fomento del delincuente por medio de una sociedad disciplinar que se nos muestra ahora presente, de forma solemne, ya que su forma más general al actuar es la exclusión de saberes.

En realidad funciona según todo un juego de represión y de exclusión: exclusión de aquellos que no tienen derecho al saber, o que no tienen derecho más que a un determinado tipo de saber; imposición de una cierta norma, un cierto filtro de poder que se oculta bajo el aspecto desinteresado, universal, objetivo del conocimiento; existencia de lo que podría llamarse: <<los circuitos del saber>>, aquellos que se forman en el

interior de un aparato de administración o de gobierno, de un aparato de producción, y a los cuales no se tiene acceso desde fuera¹³⁰

Con todo esto, resulta importante entender como el ejercicio del poder produce verdad, determinándose según la filosofía que desarrolla FOUCAULT en su texto la verdad y las formas jurídicas, el conocimiento no es algo anterior al sujeto cognoscente, más por el contrario es producto de la interacción de este sujeto cognoscente con el medio en el cual se desarrolla, así pues, basta con que el ser humano por medio de sus sentidos perciba para sacar sus propias conclusiones o juicios de valor con respecto de lo que le circunda. Para comprender mejor esto, FOUCAULT se muestra de acuerdo con lo planteado por NIETZSCHE de la manera siguiente: “Dice NIETZSCHE que el conocimiento esta de hecho relacionado con los instintos pero no puede estar presente en ellos ni ser siquiera un instinto entre otros; el conocimiento es simplemente el resultado de un juego, el enfrentamiento, la confluencia, la lucha y el compromiso entre los instintos. Es precisamente debido a que los instintos chocan entre sí, se batan y llegan finalmente al término de sus batallas, que hay un compromiso y algo se produce. Este algo es el conocimiento.”¹³¹

Ahora bien, se evidencia que, este conocimiento adquirido, por el hombre tiende a convertirlo en verdadero, es decir, al sujeto cognoscente nunca le ha bastado con obtener el conocimiento para sí mismo, sino que busca socializarlo, ponerlo en oídos de terceros; no obstante, este ponerlo en vanguardia de otros sujetos cognoscentes tiene como objetivo la creación de verdad.

Pero para continuar, antes hemos de detenernos en tan ambiguo concepto como lo es el de Verdad, a saber, una verdad es aquel saber que ha logrado imponerse a los demás por medio del ejercicio del poder, es decir, utilización de la fuerza o

¹³⁰ FOUCAULT, Michel. La Microfísica del Poder. Más allá del bien y del mal. Madrid. Las ediciones de la Piqueta. 1992. pág. 32

¹³¹ FOUCAULT, Michel. La Verdad y las formas Jurídicas. En: Ciclo Michel Foucault (21-25 de Mayo de 1973 Rio de Janeiro, Brasil) Pontificia Universidad Católica do Rio de Janeiro. 1973. P. 8

de una constante actividad normalizadora y disciplinante. El profesor FOUCAULT deja muy claro entonces este tema, al señalarnos:

Estas relaciones de poder no pueden disociarse, ni establecerse, ni funcionar sin una producción, una acumulación, una circulación, un funcionamiento de los discursos. No hay ejercicio del saber posible sin una cierta economía de los discursos de verdad que funcionen en, a partir de y a través de esta cupla: estamos sometidos a la producción de la verdad del poder y no podemos ejercer el poder sino a través de la producción de la verdad¹³²

Bajo este marco, podemos deducir, que la creación de un saber que se convierte en verdadero, pasa por el ejercicio del poder, que podrá hacerse visible sobre los demás, los excluye, y se pone a sí mismo, en el pedestal que llama verdad, o lo verdadero. En su tiempo, lo escribía NIETZSCHE de la siguiente manera: “La verdad necesita el poder.- En sí, la verdad no es en absoluto un poder,- ¡a pesar de lo que acostumbra a proclamar el engañoso progresista!- Por el contrario, la verdad ha de atraer al poder a su lado o pasarse al bando del poder, ¡si no siempre sucumbirá! ¡Está demostrado hasta la saciedad!”¹³³

Ahora bien, al encontrarnos en Colombia, un país que se adhiere a los principios de un Estado social de derecho, sabemos que el ordenamiento jurídico sienta sus bases en el desarrollo intelectual occidental, por lo tanto, para empezar, es por muchos conocido, que gracias a ROUSSEAU podemos hablar de un pacto social entre los hombres, el cual les permitiría garantizarse la seguridad a cambio de la cesión de parte de sus derechos. Bien lo estudiábamos en el primer capítulo de la presente investigación; por causa de lo anterior, se conforma un cuerpo social soberano –soberanía del pueblo- que podrá dictar leyes, y podrá juzgar según estas mismas.

¹³² FOUCAULT, Michel. La Genealogía del Racismo. Buenos Aires. Editorial Altamira. P.28

¹³³ NIETZSCHE, Friedrich. Aurora. Barcelona. Editorial Debolsillo. 2009. P.338

Vemos entonces, la importancia de esta teoría dentro del desarrollo constitucional occidental, pues mantiene en pie el discurso histórico desarrollado desde la revolución francesa. Además, resulta que es un discurso creador de una verdad absoluta, y como lo vimos anteriormente utilizó en su momento, y requiere actualmente de todo un armazón de tecnologías y mecanismos que diariamente fomentan la creación del sujeto ser humano. Una verdad que se impuso y que aún es venerada en casi todos los países del mundo. Incluyendo que el concepto de país es de igual forma la imposición de un saber fundamento para la soberanía, es decir que todo el arquetipo está perfectamente estructurado, pues la idea de país está completamente interiorizada, solo quedan algunos pueblos o comunidades que se resisten a la misma.

Sin embargo, vale la pena detenernos y mirar de cerca esta soberanía, indagar dentro de ella, pues nos crea la duda de una conformación contractual de las relaciones sociales; En esa medida, en los países occidentales al imponerse éste saber, hubo de derrocar al existente, utilizando conquista y no como se inscribe en la historia conformando una “gran asamblea”, sino todo lo contrario pues ese ejercicio del poder se ratifica en la utilización de un mecanismo por excelencia la guerra. Según FOUCAULT se podría decir:

La guerra nunca desaparece porque ha precedido el nacimiento de los Estados: el Derecho, La paz y las leyes han nacido en la sangre y el fango de rivalidades que no eran precisamente –como imaginaban los filósofos y juristas- batallas y rivalidades ideales. La ley no nace de la naturaleza, junto a las fuentes a las que acuden los primeros pastores. La ley nace de conflictos reales: masacres, conquistas, victorias que tienen su fechas y sus horribles héroes, la ley nace de las ciudades incendiadas, de las tierras devastadas; la ley nace con los inocentes que agonizan al amanecer.¹³⁴

¹³⁴ FOUCAULT, Michel. La Genealogía del Racismo. Buenos Aires. Editorial Altamira P 47

De igual manera ocurriría en América, al imponerse con la llegada de los españoles, un saber determinado, que en primera medida fue monárquico, con el Rey a la cabeza, y años después se convirtió en Contractualista, paso por paso hasta que se crea la Republica de Colombia.

Por lo tanto, la línea histórica nos permite ver que esta soberanía –basada en el contractualismo- ha utilizado mecanismos de poder como (la familia, el colegio, la universidad, la cárcel, la fábrica, el hospital) para determinar y excluir saberes, de modo tal, que podrá, como ya se dijo anteriormente crear una verdad, verdad esta que únicamente ha podido establecerse luego de un choque de un saber contra otro, donde el saber “soberano” ha logrado imponerse.

Bajo este marco, tal como se nos plantea el estudio jurídico, podemos observar cómo el sistema penal se refiere siempre a un saber que es determinado y que ha sido impuesto y petrificado por el tiempo y las costumbres, podemos afirmar entonces, que este saber ha sido desarrollado a partir de grandes juristas (franceses, Italianos) y filósofos que han determinado la forma de organización Estatal, así pues, observamos cómo por medio del contrato social, se ha impuesto un saber determinado sobre otro; Lo anterior, se evidencia de forma clara en el desplazamiento de saber que sufrió el orden monárquico, tras la imposición de la lógica revolucionaria francesa. Hubo lucha, hubo combate cognoscitivo. Tal como lo explica Foucault “El conocimiento es el efecto de los instintos, es como un lance de suerte o el resultado de un largo compromiso. Decía NIETZSCHE que es como <<una centella que brota del choque de dos espadas>>, pero que no es el mismo hierro del qué están hechas las espadas.”¹³⁵

¹³⁵ FOUCAULT, Michel. La Verdad y las formas Jurídicas. En: Ciclo Michel Foucault (21-25 de Mayo de 1973 Rio de Janeiro, Brasil) Pontificia Universidad Católica do Rio de Janeiro. 1973. Págs. 3-63

Sobreviene entonces la necesidad de un análisis al sistema penal que no se encuadre netamente en lo jurídico ya que a consideración nuestra podría ser insuficiente.

Como vimos en el primer capítulo, la Historia del derecho carcelario en Colombia, basada en doctrina, ley y jurisprudencia de la corte Constitucional da al estudio un discurso que nos habla desde lo más alto, en fin, es un solo punto de vista, lo que llamaremos “saber oficial”.

Según el profesor FOUCAULT, si se quiere hacer una historia del derecho penitenciario, se ha de hacer, estudiando las relaciones de poder, no desde las manos del ejecutivo, el legislativo o el judicial, por el contrario, se trata de darle más presencia a los pequeños detalles, a lo que podemos verificar y que ha sido documentado.

Por lo tanto, será a manera de genealogía, sentándonos en la historia, acudiendo a la prisión y verificando con nuestros propios ojos que se desarrollará la presente investigación. Sin embargo, aquí se preguntará el lector ¿Qué es una Genealogía?, pues bien, como nos incumbe sobremanera, trataremos de dar respuesta a este interrogante basándonos en los profesores FOUCAULT y NIETZSCHE.

“La genealogía sería pues, oposición a los proyectos de una inscripción de los saberes en la jerarquía del poder propia de la ciencia, una especie de tentativa para liberar a los saberes históricos del conocimiento, es decir, hacerlos capaces de oposición, y de lucha contra la coacción de un discurso teórico, unitario, formal y científico.”¹³⁶

¹³⁶ FOUCAULT, Michel. Microfísica del Poder. Curso del 7 de enero de 1976. Madrid. Las Ediciones de la Piqueta. 1992 P.

En primera medida podemos decir que se trata de un método de investigación basado en la historia verificable, pero que no simplemente enuncia, sino que por el contrario da cuenta de los conflictos que se presentaron en el momento histórico que busca describirse: en nuestro caso la historia del derecho penitenciario en Colombia.

De esta manera, para una genealogía es de suma importancia acudir allí donde se encuentran aquellos saberes soterrados, excluidos y que de cierta forma se han logrado apartar del circuito común del saber, aunque las palabras de FOUCAULT pueden ser más precisas: “Se trata en cambio de la insurrección de los saberes. Y no tanto contra los contenidos, los métodos y los conceptos de una ciencia, sino contra los efectos de poder centralizadores dados a las instituciones y al funcionamiento de un discurso científico organizado dentro de una sociedad como la nuestra”¹³⁷

No bastando, nos parece preciso dar conocer la función de un genealogista, desde la óptica de NIETZSCHE, quien con poéticas palabras lo escribió así:

-La dirección hacia la auténtica historia de la moral- y alertarle, cuando aún es tiempo, contra esas hipótesis inglesas que se pierden en el vacío, en el azul del cielo; ya que está claro que color ha de ser cien veces más importante que el azul para un genealogista de la moral: me refiero al gris, es decir, a lo que se basa en documentos, a lo realmente verificable, a lo que ha existido efectivamente: en pocas palabras toda esa escritura jeroglífica, larga y difícil de descifrar, referente al pasado de la moral humana¹³⁸

Por ende, trataremos de realizar un análisis ascendente del poder, es decir, dejaremos de lado el discurso que nos indica que el poder siempre lo ha ostentado

¹³⁷ FOUCAULT, Michel. Genealogía del Racismo. Buenos Aires. Editorial Altamira P.19

¹³⁸ NIETZSCHE, Friedrich. Genealogía de la Moral. Bogotá. Editorial Esquilo. 2000 P 15

una gran entidad soberana, o incluso una clase aristocrática en la lejana Grecia Democrática, para estudiarlo en sus formas más cotidianas, a saber:

No se trata de analizar las formas reguladas y legitimadas del poder en su centro, en lo que pueden ser sus mecanismos generales y sus efectos constantes. Se trata, por el contrario, de coger al poder en sus extremidades, en sus confines últimos, allí donde se vuelve capilar, de asirlo en sus formas e instituciones más regionales, mas locales, sobre todo allí donde, saltando por encima de las reglas de derecho que lo organizan y lo delimitan, se extiende más allá de ellas, se inviste en instituciones, adopta la forma de técnica y proporciona elementos de intervención material, eventualmente incluso violentos.¹³⁹

Este estudio nos permite darnos cuenta, tal como lo afirma FOUCAULT, que el poder no es una cosa, no es un objeto que pueda pasar de una mano a otra, o de una clase social a otra, así como lo muestra la eterna costumbre. Por el contrario, podemos en este punto argumentar que el poder se ejerce de cuerpo en cuerpo en relaciones cotidianas. Desde la perspectiva de Michel Foucault, se tiene que este (el poder) no es un objeto, ni un “algo” que se pueda tener o sostener, es más bien el ejercicio o puesta en movimiento de una serie de tecnologías que se materializan en unos instrumentos que confluyen para imponer un saber y determinar la creación de sujetos de conocimiento.

Para ilustrar un poco esto tenemos lo mencionado por ALVARADO “el cuerpo está inmerso en el campo político, las relaciones de poder operan sobre él, lo cercan, lo marcan, lo doman, lo someten a suplicio, lo someten a trabajar, lo obligan. El saber y el dominio sobre el cuerpo, constituyen la tecnología política

¹³⁹ FOUCAULT, Michel. La microfísica del poder. Curso del 14 de enero de 1976. Madrid. Las Ediciones de la Piqueta. 1992. P 142

sobre el cuerpo, que no es posible localizarla ni en las instituciones ni en el aparato estatal, se localiza a nivel microfísico...”¹⁴⁰

Así pues, desde la llegada de los españoles en el ya lejano siglo XIV, en estos territorios se impuso sobre el saber Indígena, el saber conquistador, el saber proveniente de occidente. "Durante la colonia en lugar del encierro en prisión, al delincuente le eran impuestas formas de castigo que pudieran resarcir mediatamente la ofensa o daño provocado a la sociedad; los mecanismos punitivos que se empleaban no contenían fines correctivos o reeducadores, puesto que la corrección de las conductas era más que todo un proceso interno de contrición moral, al pesar sobre la conciencia la pena que debía purgarse.”¹⁴¹

Por ese entonces, no nos es muy difícil observar en tierras Europeas absolutismos monárquicos, los cuales se llamaban a sí mismos soberanos, padres de la patria; sobre ellos recaía la ofensa cometida por cualquiera de sus súbditos, tal como lo afirma FOUCAULT: "Ahora bien, esta parte del príncipe, en sí misma, no es simple: por un lado, implica la reparación del daño que se ha hecho a su reino, del desorden instaurado, del ejemplo dado, perjuicio considerable y sin común medida con el que se ha cometido respecto de un particular; pero implica también que el Rey procura la venganza de una afrenta que ha sido hecha a su persona”¹⁴²

De esta manera, resulta válido hablar del surgimiento de un saber que permitió la creación de un derecho de castigar, derecho este que pertenecía a la figura monárquica, puesto que era esta quien con su fuerza había logrado imponer su ley. Derecho de castigar éste que no se aleja mucho de lo que se concebía en

¹⁴⁰ ALVARADO, Abu. Notas sobre la representación del cuerpo en la obra de Michel Foucault. *Cuerpo Prisión Vigilancia*. En: *Estudios sobre las culturas contemporáneas*. Diciembre, 2003, vol. 9 no 18. P. 136-138

¹⁴¹ CARDOZO, Manuel. Tres versiones sobre la cárcel "la concordia" de Bucaramanga 1930-1942: La ley, Un presidiario y el periódico. Trabajo de Grado Historiador. Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander. Facultad de ciencias Humanas. Escuela de Historia. 2006. P 22

¹⁴² FOUCAULT, Michel. *Vigilar y Castigar*. La resonancia de los suplicios. Madrid: Siglo XVI editores. 1999 P 53

épocas primigenias. Podríamos afirmar, como lo hace NIETZSCHE, que si observamos en los orígenes de las civilizaciones más remotas que se conocen hasta el momento en el mundo y de las cuales se tiene información, damos con que el origen del derecho de castigar surge con la relación compra-venta en el momento en que el acreedor lo obtiene cuando su deudor no cumple la promesa entregada. Así lo escribió el filósofo Alemán “En virtud del castigo aplicado al deudor, el acreedor participa de un derecho señorial: por fin llega a experimentar el sentimiento exaltador de que le está permitido despreciar y maltratar a un individuo como a un <inferior>, o, al menos, en el caso de que el poder de castigar y de aplicar el castigo haya pasado ya a la <autoridad>, el verle despreciado y maltratado. La compensación consiste, en un emplazamiento y en un derecho a ser cruel”¹⁴³

Ahora bien, este poder legítimo de castigar tenía al suplicio como bandera a la hora de ejercerse; en últimas eran las marcas en el cuerpo, los latigazos, y las condenas la forma predilecta de pena para el ejercicio penal de la época. No obstante, no era este el único objetivo que se trazaba la penalidad de la época, puesto que si, por una parte el rey ha de vengar la ofensa que contra su persona se levantó, también este circo del suplicio debía representar en los demás súbditos el miedo al crimen. “Un suplicio que hubiese sido conocido, pero cuyo desarrollo se mantuviera en secreto, no habría tenido sentido. El ejemplo se buscaba no solo suscitando la conciencia de que la menor infracción corría el peligro de ser castigada, sino provocando un efecto de terror por el espectáculo del poder cayendo sobre el culpable.” ¹⁴⁴

Bajo este marco, podemos decir que no se tenía en cuenta la prisión como método encierro-corrección; Por el contrario se utilizaban los calabozos de los castillos o de los grandes “fueres” así como las torres para encerrar a los criminales por el

¹⁴³ NIETZSCHE, Friedrich. La Genealogía de la moral. Bogotá. Editorial Esquilo. 2000. P 64

¹⁴⁴ FOUCAULT, Michel. Vigilar y Castigar. La resonancia de los suplicios. Madrid: Siglo XVI editores. 1999. P 62

tiempo que pudiese durar la toma de la decisión de su caso. Si era dejado en libertad o condenado al suplicio.

Así bien, se creía tener atemorizada a toda la población con el solo () hecho de mostrarles un espectáculo horrible y un patíbulo sangriento, el aparato penal de la época, en cabeza del Rey, dormía tranquilo, sin imaginar los sucesos que empezarían a acaecer en la vieja Europa.

Como lo estudiamos anteriormente, surge en ese continente hacia fines del siglo XVI todo un movimiento que se denominó a sí mismo, ILUMINISTA que le entregó nuevamente su lugar al ser humano en la tierra, poniéndolo nuevamente ante sus ojos, con valores intrínsecos como la dignidad o la libertad. Este desarrollo teórico empezó por entregarles una nueva conciencia de lo “humano” a los pensadores, de tal manera que influyo fuertemente en penalistas del siglo XVIII. “Beccaria, en hora muy temprana, lo había dicho: <el asesinato se nos presenta como una crimen horrible, lo vemos cometer fríamente, sin remordimientos> La ejecución publica se percibe ahora como un foco en el que se reanima la violencia.”¹⁴⁵

Sin embargo esto llamará nuestra atención más adelante, importándonos ahora el hecho de que el pueblo mismo empieza a repudiar los actos de violencia y crueldad con los que diariamente castigaba su rey, el soberano. Artos de esta situación, los criminales mismos empezaron por llamarse mártires y héroes de la patria. Basta con escuchar las palabras de FOUCUALT: “Hay en esas ejecuciones, que no deberían mostrar otra cosa que el poder atemorizante del príncipe, todo un aspecto carnavalesco en el que los papeles están cambiados, las potencias escarnecidas y los criminales convertidos en héroes.”¹⁴⁶

¹⁴⁵ Ibíd. P 16-17

¹⁴⁶ Ibíd. P 66

O para no ir muy lejos, recordemos lo que se enseña hasta en los libros de escuela, los gritos de los próceres de la patria Colombiana, en nombres propios, Policarpa Salavarrieta o José A. Galán. Ambos muertos en la revolución comunera

Además, se evidencia fallos en los procesos de audiencia, lo que da cuenta de un nulo acceso de los implicados a la justicia, la cual era oscura, secreta y algunas veces mística.

Visto esto, evidenciamos el surgimiento en la monarquía de un temor por este efecto anverso y no pensado que estaba produciéndose gracias a los suplicios. Temor este que terminaría con la caída de la Monarquía Francesa, y el implemento de una nueva forma de pensar, encabezada por los reformadores.

IMPLANTACION Y USO DEL CASTIGO

Señala el profesor Foucault ¹⁴⁷ que, en general, la sociedad francesa del siglo XVIII muestra su rechazo rotundo a las prácticas supliciantes que por esa época estaban aún implantadas en el cuerpo jurídico, haciéndose necesario pensar en otros tipos de castigo que no tuvieran que ver con el dolor infringido al cuerpo como forma de venganza por el delito cometido.

Es allí, que surgen como esenciales las principales ideas de los reformadores que claro está, traían una nueva concepción de la forma de castigar, de la base sobre la cual se legitimaba el castigo, y de la concepción de humanismo que hasta ese momento no se había tenido en cuenta en la aplicación del castigo.

Es decir, en primera medida el castigo ya no debe ser el resultado de la confrontación física entre el soberano (el rey) y el condenado la cual se consumaba con la aplastante victoria de la fuerza del soberano, la cual generaba la verdad (por medio de la confesión y/o la condena) y también el resultado fatal de la muerte y el dolor del condenado. Además, a partir de este momento, la legitimación del castigo será la protección social, por medio de la reforma del individuo; y por supuesto, el humanismo viene a erigirse como el principal legitimador del castigo, puesto que al no castigarse violenta y supliciantemente se hace más tolerable y por tanto más legítimo el mismo.

Así, nace como medida del castigo la humanidad de la pena. Se podrá castigar, pero respetando siempre la dignidad humana del condenado. Los castigos ya no serán por supuesto físicos, lo cual no implica que no sean ejecutados sobre el cuerpo del condenado.

¹⁴⁷ FOUCAULT, Michel. Vigilar y castigar. 29 ed. Madrid: siglo veintiuno de España editores, s.a., 1999. P 77.

Es decir, con la “humanidad de la pena”, se impone un limitante al poder de castigar, el cual implica que para todo castigo que se imponga debe tenerse en como medida la humanidad del condenado. Con esto, se le da una amplia legitimidad al poder de castigar, puesto que se castiga humanamente, por lo cual no resulta excesivo el castigo; se castiga buscando proteger a la sociedad; y se castiga buscando reformar y regenerar socialmente al delincuente.

Con esto, también se genera lo que el profesor Foucault denomina “economía de los castigos”, la cual se refiere básicamente a una forma de sacar el mayor provecho del castigo, un provecho, en teoría, no solo para el que castiga, sino por supuesto para el castigado. Casi como una forma de que todos salgan ganando al momento de castigar. Por una parte, el soberano no deberá cargar con el peso simbólico de la confrontación física que se genera entre el condenado y su figura, y por otra parte, el condenado no deberá sufrir los tormentos del suplicio y por el contrario será tratado con humanidad, sin importar la falta cometida.

Ahora bien, la reducción de la violencia en el castigo no surge de la nada, ésta más bien, es el resultado varios fenómenos. Entre ellos, está en primera medida el fenómeno de la reducción en la violencia del delito.¹⁴⁸ Además, de cómo la figura del delincuente ha sufrido una mutación de ser el enemigo social número uno, a ser un héroe (debido a la crueldad del suplicio).

Entonces, es importante hacer hincapié en la mutación de los ilegalismos, puesto que como vemos, se hace evidente el cambio de las actuaciones criminales, que ya no están encaminadas principalmente a los delitos de sangre y primeramente violentos; y se hacen presentes los delitos encaminados a violar la propiedad y delitos económicos en diferentes formas y modos. Por cual, es claro que hay primero una suavización de los delitos, antes de la suavización de la pena.¹⁴⁹

¹⁴⁸ Ibíd., p. 79.

¹⁴⁹ Ibíd., p. 80.

Por otra parte, este suavizamiento de las penas, que viene de la mano del suavizamiento del delito, servirá en principio para aumentar el espectro de conductas sancionables. Es decir, muchos pequeños ilegalismos que se escapaban debido a la excesiva crueldad de la pena, ya no se escaparán puesto que las penas ya no son crueles y será posible castigar cualquier tipo de delito mayor, menor, más cruel, menos cruel, más dañoso, menos dañoso, etc. Es decir, cualquier tipo de conducta podrá ser castigada ya que castigar no representa una violación a la humanidad del condenado, y en cierta medida trae un beneficio para todos, hasta para el condenado.

Ahora bien, este tipo de conductas encaminadas a delitos contra la propiedad se dan en razón a una gran variedad de circunstancias, las cuales van desde presiones económicas que se generan en la Europa del siglo XVIII, elevación general del nivel de vida, un fuerte crecimiento demográfico, la multiplicación de riquezas que conlleva a una “necesidad de seguridad”, etc.

Con esta naciente necesidad de seguridad podemos observar un aumento en la severidad de la norma para sanciones a delitos contra la propiedad. Así, también vemos aumento en la severidad de castigo para conductas que sin ser delictivas “pueden conllevar a cometer delitos”, como es el ejemplo de la legislación francesa sobre la vagancia la cual había sido renovada y agravada para finales del siglo XVII, evidenciando también que es un proceso que se viene madurando cuando menos un siglo atrás (y que hoy en día ve sus frutos).

Vemos como la justicia del Siglo XVIII se convierte en una justicia más lenta, más pesada, más severa para delitos contra la propiedad, y adquiere definitivamente unos tintes de justicia de clase burguesa. Es importante hacer esta profundización, puesto que más adelante se podrá evidenciar el triunfo burgués en la revolución y

en la reforma, lo que trae como consecuencia que se persigan más delitos que afectan directamente sus intereses de clase.

A partir de allí, el ilegalismo popular por excelencia será el delito contra la propiedad, dicho ilegalismo, goza de cierta legitimación social, puesto que la formulación de irrupción a la propiedad de alguien que tiene mucho evoca la reminiscencia de viejas luchas de reivindicación, dicha protección social al delincuente surge también casi como una respuesta de clase a esa justicia burguesa. Por otra parte, si ese ilegalismo popular era utilizado para atacar a su misma clase, el delincuente se convertía fácilmente en objeto de odio particular, puesto que había vuelto contra los más desfavorecidos un ilegalismo que estaba integrado a sus condiciones de existencia.

Entonces, vemos en realidad como la reforma desde sus formulaciones más generales no tiene por objeto fundar un derecho de castigar más equitativo, más humano, sino establecer una economía del poder de castigar, distribuir mejor el poder de castigo, haciendo que no se concentre demasiado en ciertos puntos privilegiados y que no se vea demasiado dividido en instancia que se le oponen. Hacer la facultad de castigo más continua, más general, más regular, más eficaz y con efectos más detallados, dirigidos y aprovechados. Básicamente aumentar los efectos del castigo disminuyendo su costo económico y político.

Es decir, evidentemente no hay un punto único de partida sobre el cual se haya generado la reforma, son múltiples los factores que decantaron en ella y que coincidieron en la nueva distribución del poder de castigar y de una nueva repartición de sus efectos.

Además, vemos que en el siglo XVIII, en la práctica penal cotidiana y también en la crítica que se formula a las instituciones penales, se nota la formación de una nueva estrategia para el ejercicio del poder de castigar. Así entendida, la reforma

no es más que la prolongación filosófica o política de esta estrategia, teniendo como objetivos principales: universalizar el castigo y hacerlo extensivo a todo el cuerpo social. “hacer del castigo y de la represión de los ilegalismos una función regular, coextensiva a la sociedad; no castigar menos, sino castigar mejor; castigar con una severidad atenuada quizás, pero castigar con más universalidad y necesidad; introducir el poder de castigar más profundamente en el cuerpo social.”¹⁵⁰

Se hace necesario que todas las prácticas ilícitas que de una u otra forma se escapaban a la mano de la justicia, entren en regla y se empiecen a sancionar. Estas prácticas ilícitas, que ahora en su mayoría giran en torno a la protección de la propiedad privada, someterán al autor a un castigo que no sea posible eludir. Es decir, se evidencia una ampliación de las conductas sancionadas debido a que es posible por la benignidad que se ha implantado al castigo; y las conductas ilegales ampliadas son una clara muestra del triunfo burgués en la reforma puesto que son conductas que principalmente afectan al que tiene el poder sobre la propiedad. Es volcarse sobre el ilegalismo de los bienes dejando atrás o superando el ilegalismos de los derechos. El ilegalismo de los bienes casi que queda reservado para un sector social que es el que directamente no tiene acceso a la propiedad, mientras que el ilegalismo de los derechos queda reservado para la clase dirigente.

Ahora bien, es claro que la revolución y la reforma se fundamentan en los principios presentados por los teóricos contractualistas, así como políticamente están enmarcados dentro del liberalismo que brindaba especial protección a la propiedad privada, justificando el castigo como necesario debido primeramente a la infracción de la ley y del contrato social que cometía el delincuente, y después justificándolo en la protección social y el beneficio para la sociedad y el infractor que es castigado.

¹⁵⁰ Ibíd., p. 86.

Sería decir que, al suponerse que el ciudadano ha aceptado de una vez y para siempre el contrato social, así también debe aceptar las leyes y los castigos contemplados para el que las incumpla, haciendo legítimo entonces el castigo y fundamentándolo con el discurso de que se debe sancionar a quien ha incumplido el pacto, puesto que le ha hecho daño a todos con este acto. Con este discurso, el derecho de castigar deja de ser la venganza del soberano, para convertirse en la defensa de la sociedad.

Así, se logra espléndidamente que el castigo sea más tolerable, puesto que es totalmente justificado y también es totalmente moderado. Como vemos, surge una necesidad de hacer tolerable el castigo para que sea legítimo castigar. En palabras de Foucault “lo que es preciso moderar y calcular son los efectos del rechazo del castigo sobre la instancia que castiga y el poder que esta pretende ejercer.” ¹⁵¹

Ahora, con esta nueva concepción del delito y la pena que ha traído la reforma, se busca no atender a la ofensa pasada – es decir, la que genera la sanción-, sino concentrarse en el desorden futuro, que el infractor no tenga ni el deseo de cometer el delito, ni la posibilidad de contar con imitadores del mismo. Castigar se convierte en un arte y en una constante evaluación de los efectos que produce, puesto que precisamente se castiga para generar unos efectos sociales e individuales, que están totalmente dirigidos, previstos y controlados.

Así mismo, es importante aclarar que no es que la reforma haya traído como nuevos estos conceptos, es decir, no es que con la reforma se empezara a pensar en la función ejemplarizante del castigo, concepción por cierto bastante antigua en los ordenamientos jurídicos europeos. La diferencia está en que la prevención se tenía como un efecto del castigo y de su resonancia – es decir, dejaban la labor

¹⁵¹ Ibíd., p. 96.

prevencionista al efecto del temor y al castigo excesivo que quedaba grabado en la memoria colectiva-, ahora la prevención tiende a convertirse en el principio de la economía del castigo y la medida de sus justas proporciones. Solo se debe castigar exactamente lo necesario para impedir. Vemos como la función prevencionista y ejemplificadora cambia de foco. El profesor Foucault lo resume así : “en una penalidad de suplicio, el ejemplo era la réplica del crimen; tenía, por una especie de manifestación gemela, que mostrarlo y mostrar a la vez el poder soberano que lo dominaba; en una penalidad calculada de acuerdo con sus propios efectos, el ejemplo debe remitir al crimen, pero de la manera más discreta posible, indicar la aparición del poder pero con la mayor economía, y en el mejor de los casos impedir una aparición ulterior de uno y otro.”¹⁵²

Por otro lado, vemos que el poder de castigar tiende a fundarse en ciertas reglas:

- ➔ Regla de la cantidad mínima. Esta se refiere básicamente a la medida necesaria que se le debe dar al castigo. Es decir, si se comete un delito por que este representa de una u otra forma un beneficio para quien lo comete, bastaría con asociar a la idea del delito la idea de una desventaja un poco mayor a la comisión del mismo, así el delito dejaría de ser deseable.
- ➔ Regla de la idealidad suficiente. Si se comete un delito por la ventaja que de él se representa, la eficacia de la pena radica en la desventaja que del delito se espera. Por lo cual el delito no debe utilizar el cuerpo sino la representación. O más bien, utilizar el cuerpo pero en la medida menos como el sujeto de sufrimiento, que el objeto de una representación. Es necesario llevar al máximo la representación de la pena, no su realidad corporal.
- ➔ Regla de los efectos laterales. La pena debe obtener sus efectos sobre todo en quien no ha cometido la falta, si vamos más allá, si se pudiera estar

¹⁵² Ibíd., p. 98.

seguro en que el delincuente no va a reincidir, bastaría con hacerle creer a la gente que el delincuente fue castigado.

- ➔ Regla de la certidumbre absoluta. Es preciso que a la idea del delito vaya ligada la idea de la sanción, así como es necesario que nada rompa este vínculo. Que las leyes establezcan los delitos y establezcan las penas de una forma totalmente clara. También es necesario que se acabe con cierta tradición oral y sanciones tacitas que se tenían para generar una legislación totalmente escrita, que sea la muestra del “pacto social”, textos impresos facilitados para que todos lo conozcan. Es decir, asegurar a todos los ciudadanos que cualquier conducta ilícita que cometan será efectivamente sancionada, que en ningún momento va haber impunidad, y que ningún delito se va a sustraer a la mirada de quien deba hacer justicia. Esta forma resulta efectiva a la hora de garantizar la efectiva aplicación de la pena, desalentando la comisión del delito.

Se busca no imitar al antiguo sistema y ser más severo con la sanción, sino más bien lo que se busca es ser más vigilantes. De allí surge la idea de un aparato de vigilancia que esté totalmente coordinado que permita: o detener la comisión de los delitos o detener a sus autores para ser sancionados.

- ➔ Regla de la verdad común. Establecer la verdad, con toda evidencia y según unos medios válidos para todos, se convierte en una tarea primordial al momento de imponer una sanción. Como se había visto históricamente, la aplicación de justicia estaba ligada a la verdad generada por el suplicio, es decir, una verdad arrancada por medio de la tortura y a través del dolor del condenado, sin tener en si que tan veraz sea esta, solo importando la confesión del delincuente y la venganza del soberano. Así, resulta importante que se llegue a la verdad por medio de unos mecanismos, unas

pruebas, unas formas y unas reglas, aceptadas generalmente, y que van a llevar a la necesaria y justa creación de verdad.

Esta regla también está profundamente ligada al principio del debido proceso, el cual deberá ser respetado para que dicha creación de verdad sea legítima y que pueda generar una sentencia con una condena o una absolución.

- ➔ Regla de la especificación óptima. Su título es claro, se hace necesario que estén calificadas todas las infracciones, de forma tal que no escape ninguna de ellas. Por lo tanto se hace necesario un código suficientemente preciso para que cada tipo de infracción pueda estar claramente presente. Por último, ya que el castigo debe impedir la reincidencia, es necesario conocer a fondo la naturaleza del criminal, el grado de su perversidad y las cualidades de su voluntad. Todo esto también debe estar claramente delimitado a la hora de castigar.¹⁵³

Además de lo anterior, es evidente que en la búsqueda por la resocialización y reformatión del delincuente hay una necesaria búsqueda por la transformación del alma del delincuente. El castigo deberá recaer sobre el espíritu del infractor. Es decir, si bien es cierto que hay una utilización del cuerpo para la reproducción del castigo, no es el cuerpo el que está encaminado a transformar sino el espíritu del delincuente, que se extravió de la moral y terminó por cometer un delito. Por medio de la sanción, ya no se eliminará el cuerpo del condenado, por el contrario se le recogerá, se le aislará, se le observará y se le transformará el alma, de forma tal que en el delincuente sirva de ejemplo tanto de castigo, como de reforma del individuo.

Esto se torna, según FOUCAULT en la existencia de un discurso más falaz y falto de fundamento que el anterior, puesto que ese intento por la transformación del

¹⁵³ Ibíd., p. 98 – 103.

alma, se convierte en una imposición de valores moralizantes, que en todo caso solo evocan y aportan al aparato de producción de verdad, que convierte a las instituciones en generadores de individuos, generando la escuela estudiantes, la universidad profesionales, y la prisión delincuentes, etc.

El castigo visto desde dos puntos de vista: por un lado, el infractor que faltó al pacto social, y que debe ser castigado en procura de la protección de la sociedad de quien comete un delito, y por otra parte, el castigo utilizado para obtener un saber que permitirá estudiar al delincuente, las razones de su conducta, la organización de los mismos, y la forma de reprimir estas conductas, o mas bien de intentar que el infractor por medio de la resocialización no cometa las mismas conductas.

En líneas generales, lo que se buscará en un principio con la reforma, será que el castigo deje de ser tan brutal con el cuerpo, para que pase a ser un castigo medido y mostrado como necesario; con lo cual será posible que se amplíe el espectro de conductas sancionables. Al castigar más mesuradamente es posible castigar más conductas, hasta las más ínfimas.

Lo anterior, nos da el disparador preciso para entrar a analizar lo que se busca y lo que se entiende por “la benignidad de las penas”, que desde una lectura sencilla nos sugiere que son penas pensadas en la humanidad del castigado, así como penas que sean “amables” con su principal receptor. Pero además, también debemos entender la formulación de la benignidad de las penas como una búsqueda por mostrar lo bueno de las penas y mostrar la utilidad del castigo.

En primera medida, si queremos entender la aplicación de la benignidad de las penas, debemos decir que en esta benignidad se buscará encontrar para cada delito el castigo que más convenga, con esto se le arrancará al criminal la idea seductora del delito.

Es decir, una búsqueda por que el castigo sea análogo al delito. Por ejemplo, para castigar la vagancia, se forzará al delincuente a trabajar. Es como si al momento de castigar se atacara directamente la razón del delito, quitándole toda la seducción a la idea de la acción delictiva; y no simplemente castigar por el deseo de refrendación del acto cometido. El profesor Foucault cita a Le Peletiere, quien en 1971 presentaba la nueva legislación penal: “son necesarias unas relaciones exactas entre la naturaleza del delito y la naturaleza del castigo”; el que ha sido feroz en su crimen padecerá dolores físicos; el que haya sido holgazán se verá forzado a un trabajo penoso; el que haya sido abyecto sufrirá la pena de la infamia.¹⁵⁴

Así como la marca - venganza organizaban el antiguo ritual del suplicio, ciertos signos – obstáculo deben constituir los nuevos principios de las penas:

- ➔ Ser lo menos arbitrario posible. Esto implica necesariamente la proporción entre la pena y el delito. Con esto no solo se da una justificación al castigo, sino que se da una legitimación al mismo, puesto que si se castiga solo en la medida de lo necesario entonces será legítimo castigar, ya que no hay un uso excesivo de este poder de castigo.

Bien es cierto que la sociedad es la que define, según le convenga a sus intereses lo que es señalado como delito; por lo cual este no es en absoluto natural. Pero si se busca que el castigo pueda ser vinculado apenas se piensa en el delito, es necesario que el vínculo entre ellos sea el más inmediato posible, es decir un vínculo de semejanza, de analogía, de proximidad. En pocas palabras, vinculación del castigo a las diferentes formas de criminalidad, por medio de la supresión de lo que hace seductora la idea de delinquir. Ahora bien, esto representa una ventaja, ya que si se toma la concepción de castigo como algo natural, no se vinculará el mismo

¹⁵⁴ Ibíd. p. 109.

como un efecto arbitrario del poder humano, sino como un efecto totalmente regulado y definido de un aparato judicial.

- ➔ Aumentar el temor de la pena, eliminar el móvil que anima la representación del delito. Se trata de “ir directamente a la fuente del mal”, es decir, tras los delitos de vagancia esta la pereza; esta es la que se debe combatir. Le arrancan lo que pueda resultar atractivo al momento de cometer el delito y mediante la pena se aseguran de causar una representación de más daño que la ventaja que se procuran con el acto delictivo. No se logrará mayor cosa si se encierra a los mendigos y los vagabundos, puesto que allí, en la in oficiosidad terminaran por crear mas vicios que los que tienen cuando entraron; será necesario en todo caso ponerlos a trabajar, “utilizarlos es el mejor medio para castigarlos”. El malhechor que roba, calumnia, secuestra o mata, ha perdido el respeto por la propiedad (de las riquezas, pero también la del honor, la de la vida, etc.) por lo cual habrá que hacérselo entender de nuevo, inculcarle de nuevo el respeto por los bienes jurídicos.
- ➔ Es necesario que toda pena tenga un término; modulación temporal de la pena. ¿Qué utilidad tendría una pena si esta no tuviera término? Pues bien, toda pena que no tenga termino entraría a ser contradictoria; ya que la pena modifica, transforma, etc., al delincuente que ha cometido una infracción. Por lo tanto para darle una verdadera funcionalidad a la pena se hace necesario que esta sea por un tiempo determinado en la sentencia. En todo caso, si se encuentra con “personas incorregibles”, se debe tomar la decisión de eliminarlos definitivamente. Pero, en cuanto a todos los demás, las penas solo tendría razón de ser en cuanto a un término. Termina durante el cual se mostrara la reducción y resocialización del delincuente, que ahora hace parte y le aporta al aparato de producción. Por otra parte, no servirá de nada prescribir penas que no tengan fin, puesto que el condenado perderá toda deseo de mejorar a cambio de la

ilusión de volver a estar en libertad. La resocialización como parte fundamental de la pena esta estrictamente relacionada con los términos de la pena, si esta no tiene duración específica, se le sustraería de su elemento más fundamental a la pena, es decir, su carácter resocializador.

- ➔ La pena es la es la retribución a la sociedad del mal que ha causado el delincuente. Habría que señalar que el autor de la falta no es el único que es blanco del castigo. El castigo, debe ser coextensivo a la sociedad, y debe afectar principalmente a quien no es castigado. La representación es la que logra esta afectación por medio del signo – obstáculo que representa la pena.

Será necesario que se acaben esas penas espectaculares pero que poco aportaban y eran inútiles. Que el castigo pueda ser considerado como una retribución que el culpable da a cada uno de sus ciudadanos, por el crimen que ha perjudicado a todos. Ya no se ve ese juego de fuerza en la cual el soberano dejaba su marca y dejaba caer los efectos de su poder contra el cuerpo del condenado. Ahora, el cuerpo deberá convertirse en un bien social, en una propiedad colectiva y útil. “el ideal sería que el condenado apareciera como una especie de propiedad rentable: un esclavo puesto al servicio de todos.”¹⁵⁵

- ➔ Es la ley la que debe castigar, ya no el actuar del rey. Es decir, en las antiguas practicas supliciantes era la confrontación física entre el soberano y el condenado la que se manifestaba, dejando sum marca sobre el cuerpo del mismo. El discurso de castigo por parte del soberano cambia de figura y ahora recae en la soberanía del pueblo, con lo cual cambia de fundamentación el discurso del castigo, puesto que ya no se castiga buscando venganza, sino que se castiga para retribuir a la sociedad, la cual

¹⁵⁵ Ibíd., p. 109.

ha sido la principal afectada con la conducta delictiva, haciendo necesario y legítimo el castigo. “inmediatamente cometido el crimen y sin que se perdiera tiempo, el castigo vendrá, convirtiendo en acto el discurso de la ley y mostrando que el código, que enlaza las ideas, enlaza también las realidades.”¹⁵⁶

También, la ley debe gozar de un principio de publicidad, es decir, debe ser conocida por todos, tanto la infracción como la sanción. Así, reproduciendo la sanción y mostrándola ya no se deberá infundir un efecto físico de terror, por el contrario, la sanción debe ser un libro que le enseñe a los ciudadanos a respetar la norma mostrando como necesario y justo el castigo. Debe hacer esto público para que se den a conocer sobre todo, los efectos del castigo y mostrarlos a la población, que como ya se dijo, seguirá creando el símbolo que relaciona con el delito todos los efectos negativos que de él provienen, empezando por el castigo.

➔ se hace necesaria la tipificación de las conductas; para cada delito su ley, para cada criminal su pena. La respuesta a la pregunta de, ¿Cómo se debe hacer apagar el resplandor que genera la figura del delincuente?, ¿Cómo apagar la dudosa gloria de los criminales?; Pues bien, si el ritual del duelo por la infracción cometida está bien encaminado y bien aplicado, se le habrá suprimido el valor que se le encuentra al delito. El crimen no podrá aparecer sino como una desdicha y quien lo comete como un enemigo, a quien por medio de la sanción se le enseña de nuevo la vida en sociedad.

Continuando, vemos como los reformadores de la época tenían toda una convicción de la sanción análoga, creando todo tipo de pena para todo tipo de conducta, es decir, la única forma de garantizar la resocialización y la efectiva sanción del condenado era mediante una pena, que le quitara lo atractivo al delito

¹⁵⁶ Ibíd., p. 114.

que se piensa cometer. Más específicamente, los proyectos de prisión no son ni siquiera tenidos en cuenta por los primeros reformadores. Vemos como la prisión es una pena más dentro del arsenal de penas que se tenían pensadas para sancionar al delincuente, ejecutada sobre todo en aquellos delincuentes que atentan contra la libertad. También se tiene la prisión como una forma de garantizar la ejecución de otras penas como el trabajo forzado. Es más, varios legisladores de la época ya elevaban profundas críticas a la prisión aduciendo que no lograba el cometido resocializador y que por el contrario solo va a alentar al delincuente y lo llenará de más vicios que los que tenía al entrar. Cito específicamente “porque es incapaz de responder a la especificidad de los delitos. Porque esta desprovisto de efectos sobre el público. Porque es inútil a la sociedad, perjudicial incluso: es costoso, mantiene a los condenados en la sociedad, multiplica sus vicios.”¹⁵⁷ Con esto queremos mostrar que lejos de la prisión ser pensada en un principio como un castigo general, esta estaba desprovista de aprobación y no generó una aceptación en los legisladores. Sin embargo, más adelante vamos a ver cómo es que esta pena se enquistó en el cuerpo social y legislativo y pasó a ser la sanción por excelencia.

Entonces, vemos un fenómeno bastante trascendental en el problema de la prisión, el cual es, que precisamente este tipo de penalidad en muy poco tiempo se convierte en la sanción por excelencia, en el transcurso de casi veinte años (1790 – 1810) la detención vino a ocupar la mayor parte del campo legislativo penal en Francia. Vemos como en realidad, los diferentes tipos de sanciones que se tenían previstas remitían al encarcelamiento: “el trabajo forzado es una forma de encarcelamiento; el presidio es una prisión al aire libre; la detención, la reclusión, la prisión correccional no son sino distintas formas de llamar al mismo castigo.”¹⁵⁸

¹⁵⁷ Ibíd., p. 118.

¹⁵⁸ Ibíd., p. 119.

Sin embargo, la prisión no dejó en absoluto de tener detractores y se formularon varias críticas respecto a este tipo de sanción dentro del cuerpo legislador francés, tanto así, que en los archivos parlamentarios se encuentran críticas como la siguiente: “de manera que si he traicionado a mi país se me encierra; si he matado a mi padre, se me encierra; todos delitos imaginables se castigan de la manera más uniforme. Me parece estar viendo un médico que para todos los males tiene el mismo remedio”.¹⁵⁹

La pregunta que nos surge respecto al anterior problema es ¿Cómo es que la detención tan visiblemente criticada, ha podido y en tan poco tiempo se ha podido convertir en una de las formas más generales de castigo legal? A esa pregunta se le ha dado mayormente respuesta en el sentido de afirmar que se debe a la formación durante la edad clásica de los grandes centros punitivos. Estos, muy afamados debido al prestigio que tenían en Inglaterra y sobre todo en América (E.E.U.U). Tal vez, encontraron en el modelo de detención la forma indicada para respetar el imperativo del humanismo y lograr la sanción reivindicatoria a la sociedad. También el factor demográfico como se explicó con Rusche y la proliferación de tipos penales hace que se necesiten las cárceles.

Para observar los primeros modelos de prisión, tenemos que mostrar el ejemplo de “RASPHUIS”, en la Ámsterdam de 1596, centro punitivo destinado principalmente a los mendigos y malhechores, que en general eran a quienes se acusaba de cometer las infracciones. Este sistema, se basaba en un estricto empleo del tiempo de reclusión, un sistema de prohibiciones y obligaciones, vigilancia continua, lecturas espirituales, etc. En fin, un juego de medidas constituidas para “atraer el bien” y “apartar el mal”.¹⁶⁰

¹⁵⁹ Ibíd. p. 120 – 121.

¹⁶⁰ Ibíd. p. 125.

Vemos que aparece como primordial para la práctica penitenciaria la aplicación permanente del ejercicio moralizante, señalándonos entre otras cosas la sanción en busca de transformar el alma delincuente. Este modelo, encamina la readaptación del delincuente mediante la transformación pedagógica y espiritual de los individuos, procurando la no reincidencia.

En esta misma línea, encontramos otras correccionales (Gante) que han organizado el trabajo penitenciario en torno a los imperativos económicos. Es decir, se denota que los que cometen los delitos no son en su mayoría labradores, sino “holgazanes dedicados a la mendicidad”. Por ello, nace la idea de una casa que garantizase la pedagogía universal del trabajo para aquellos que se muestran refractarios al mismo. Básicamente lo que se busca es reinstaurar el “homo economicus” y generar en el individuo la convicción de ganarse sus bienes mediante el trabajo, sin tener que recurrir al delito.

A partir de allí, surgen dos modelos de prisión punitiva: uno es el modelo británico, que tiene como principal atributo el aislamiento casi total del individuo. Esto se debía a que aislar al individuo se supone trae una consecuencias positivas, puesto que ese espacio de aislamiento servirá para la reflexión y escuchar en el fondo “la voz del bien”.

Por otra parte, vemos el modelo de filadelfia, el más famoso, puesto que aparecía unido a las innovaciones políticas del sistema americano. Este modelo se diferencia en una cosa al sistema Británico, puesto que comprendía: trabajo obligatorio en talleres, ocupación constante de los presos, financiación de la prisión a costa de este trabajo, pero también retribución individual de los presos para garantizar su reinserción moral y material en el mundo de la economía. Es decir, le imprime el factor económico al encierro, el cual no estaba totalmente instaurado en el sistema penitenciario británico.

En general, y teniendo en cuenta los modelos penitenciarios, se nota que el castigo y la corrección que deben obrar en los detenidos, son procesos que se desarrollan entre el preso y aquellos que lo vigilan. Es decir, es un trabajo primordialmente de la administración penitenciaria.

Entonces, vemos como se hace necesario por parte de la penitenciaría realizar un trabajo sobre el alma del preso, puesto que no bastan las exhortaciones religiosas. La prisión, aparato administrativo, será al mismo tiempo una máquina de modificar los espíritus.

Ahora bien, hay que decir que lo más importante, es que ese control y esa transformación de comportamiento generan la formación de un saber de los individuos. Esta vigilancia, control y transformación sirven también para generar un saber de la figura del delincuente, de la cual se va a sacar un gran provecho. En palabras de Foucault “la prisión se convierte en una especie de observatorio permanente que permite distribuir las variedades del vicio o de la flaqueza.”¹⁶¹

Este conocimiento, permite a su vez organizar al delincuente mediante las distribuciones espaciales que se consideren necesarias. Con esto, se podrá modificar mediante acciones específicas y delimitadas la conducta del condenado. Así, se organiza un saber individualista, el cual tiene como punto de referencia no el crimen cometido, sino los peligros que puede representar un individuo, y que se manifiesta en la conducta cotidianamente observada. Es decir, la prisión como un aparato de saber no castiga para resarcir un crimen, sino para transformar culpable; básicamente, se establece que el castigo debe llevar inmersa una técnica correctiva.

¹⁶¹ Ibíd. p. 131.

Con lo anterior, notamos un cambio en la aplicación de la justicia y del castigo, puesto que no se está castigando solo por el crimen cometido, sino que se castiga por la personalidad y el daño que puede representar un individuo.

Como conclusión de este punto La prisión se convierte así en un aparato de generación de saber.

Vemos como no se castiga para resarcir un crimen, sino para transformar al culpable; es necesario que el castigo lleve cierta técnica correctiva.

Sin embargo, se manifiesta una disparidad en cuanto a definir las técnicas de corrección individualizadora; donde se marca la diferencia es en el procedimiento de acceso al individuo. Por un lado, el método de los reformadores considera que el blanco sobre el que recae la pena son las “representaciones” de las consecuencias de la condena. Este método hacía referencia a la corrección individual, la cual debía asegurar el proceso de recalificación del individuo como sujeto de derecho.

Por otro lado, el aparato de penalidad correctiva actúa de manera distinta. Acá, el punto de aplicación de la pena no es la representación; es el cuerpo, el tiempo, los gestos y las actividades de todos los días. El cuerpo y el alma, como principios de comportamiento, forman el elemento en el cual se centra la intervención punitiva. Los instrumentos utilizados en este aparato son las formas de coerción, los esquemas de coacción aplicados y repetidos.

Por último, decir que es claro que lo que se trata de reconstruir con esta técnica (como lo mencionamos en líneas anteriores) no es el sujeto de derecho, que se encuentra perdido de los intereses del pacto social; lo que se busca reconstruir es el sujeto obediente, el individuo sometido a hábitos, a reglas, a órdenes, etc.

Así, vemos en estos dos sistemas, dos formas de reaccionar a la infracción: la primera, busca reconstruir el sujeto del pacto social; mientras que la otra busca formar un sujeto de obediencia.

Con lo anterior, se han despejado las dudas respecto a la implantación del castigo, de donde viene la facultad de castigar, las mutaciones que ha tenido esta facultad, y también claro está, se ha encontrado en la reforma una aplicación del discurso contractualistas de justificación de la pena, se ha detectado el triunfo burgués en la reforma, y se ha explicado el castigo como elemento coercitivo y de control social.

LA DISCIPLINA, INSTRUMENTO DE CONTROL SOCIAL

En este punto de la investigación, nos gustaría introducir un elemento que es de suma importancia para lograr los fines penitenciarios, este elemento es un elemento normalizador, que está presente en la gran mayoría de discursos y de instituciones que buscan encausar hacia “el bien” a los sujetos sobre los cuales se aplica. La disciplina, método que hace varios siglos viene ejerciendo influencia en los diferentes tipos de sujeto, entra a formar parte de la vida cotidiana de las personas, imponiendo una estricta distribución del tiempo y el espacio, para lograr los fines perseguidos.

Siendo así, notamos que la figura del soldado fue sobre la que primero se aplicó el ejercicio de docilidad que comprende la disciplina. En esta medida, el soldado nos representa la figura ideal de “cuerpo dócil” y disciplinado. La disciplina, ha logrado que la figura del soldado pueda ser reconocida fácilmente, puesto que ha impreso sobre ella la marca de algunos signos como lo son: los signos que denoten vigor y valentía; su cuerpo debe ser una muestra de su fuerza y de su ánimo; también debe ser hábil principalmente batiéndose, es decir, en la lucha; habilidades como la marcha, o actitudes como la posición de la cabeza, dependen en buena parte de una retórica corporal del honor, que debe manifestarse un cada uno de los soldados.¹⁶²

Ya para la segunda mitad del siglo XVIII, “el soldado se ha convertido en un sujeto que se fabrica; de una pasta uniforme, de un cuerpo inepto, se ha hecho la máquina que se necesitaba”.¹⁶³ Lentamente, una coacción calculada del cuerpo, lo

¹⁶² Ibíd. p. 139.

¹⁶³ Ibíd. p. 139.

domina, lo vuelve perpetuamente disponible, y se prolonga, en silencio, en el automatismo de los hábitos.

Vemos como, “ha habido, en el curso de la edad clásica, todo un descubrimiento del cuerpo como objeto y blanco de poder”¹⁶⁴ Es objeto de poder, toda vez que al cuerpo se le ha dado un valor como objeto productivo, exigiendo ejercicios y maniobras para tal fin. También el cuerpo ha sido blanco de poder, puesto que se ve inmerso en un campo político que lo rodea en un campo de dominio y sumisión.

Entonces, encontramos que el cuerpo se encuentra en una sociedad que en general le ha limitado los espacios para moverse, ha organizado el área, trazando fronteras y controlando el mismo (el cuerpo), conservar localizado el cuerpo, vigilado para mantener la estructura de la sociedad disciplinar. Clara muestra de lo que hace la disciplina sobre el cuerpo y de cómo lo utiliza.

Aclarando lo anterior, precisamos que el cuerpo del condenado viene a ser traspasado por el discurso disciplinar, para generar el sujeto dócil y obediente que necesitan, esa primera utilización del cuerpo, viene realizándose varios siglos atrás y se imponía básicamente sobre el cuerpo del soldado, que debe ser el cuerpo obediente por excelencia. Esto se evidencia a las claras, en el sistema de jerarquías que utiliza la disciplina militar, que se utiliza en las “fuerzas civiles armadas”, que se ha trasladado a espacios como la escuela o el trabajo, y por supuesto se refleja en la utilización del cuerpo del condenado, y en general en el tratamiento penitenciario.

Dejando claro eso y avanzando en el tema, queremos mostrar, que dentro del desarrollo y la diversidad social de las diferentes poblaciones en el mundo, todos, aunque con diferencias sustanciales y bien marcadas en cuanto a las costumbres

¹⁶⁴ Ibíd. p. 140.

y demás, han sido formados e instruidos mediante la aplicación de la disciplina. Esta se nota (aunque en diferentes niveles) primero, en las relaciones familiares – las cuales son fundamentales, en cuanto a la creación del sujeto, y puesto que la familia es entendida como la base de la sociedad – donde se intenta inculcar principios “positivos”, valores religiosos y de respeto hacia si mismo y hacia los demás. Además, también se nota la aplicación de estas técnicas en instituciones como el colegio, donde se enseña a través del sistema de castigos y recompensas. Así, en la mayoría de las instituciones sociales se nota la aplicación de técnicas disciplinarias, las cuales forman parte y rigen a la vida del individuo. La aplicación de esta disciplina varía de institución en institución, dependiendo de la función que esta cumpla en la sociedad. Es decir que, las técnicas disciplinarias se van aplicando con mayor rigurosidad según el tipo de institución que transite el sujeto. Claro está, cada institución aplica la disciplina necesaria para crear el sujeto que está encaminada a crear.

Para hacer un análisis puntual, centrándonos en la prisión, notamos que la sanción ha cambiado sus formas de aplicarse, puesto que ya no se aplica en la forma de tortura contra el cuerpo – la cual solo dejaba como resultado el dolor y la muerte del condenado; y dejaba impresa la marca del soberano que se vengaba – sino que ahora se trata de la búsqueda por mejorar y encausar al hombre por medio de mecanismos de vigilancia que le enseñan a los individuos como debe comportarse.

Si nos fijamos, en todas estas instituciones se ejerce un sistema de castigo, control y vigilancia sobre las personas. El cual empieza a regir desde el desarrollo del cuerpo y lo forma en el proceso de crecimiento, lo moldea hasta el punto de “obligar”, o más bien, digamos que le enseña al sujeto a realizar los diferentes tipos de actividades cotidianas que contribuyen a su formación, es decir, a la formación específica del sujeto que se busca crear. Para ser más claros, fijémonos en el ejemplo disciplinar que se ejerce en los colegios. Allí, se busca crear al

sujeto obediente, que responda a los estímulos, respete la jerarquía y el orden. Estructuras o prácticas como la formación en fila de los estudiantes, los cuales se les enseña tomar distancia con su compañero, acto seguido se les hace cantar el himno de la institución, hacer algún tipo de juramento o de oración; son prácticas que no suenan extrañas si nos remitimos a la institución escolar. Otro tipo de estímulos como lo es el toque de la campana para cambio de horario, el silbato utilizado por los profesores, son técnicas de disciplina que se tienen en cuenta; como vemos, no solo en la disciplina militar, sino en la escolar y también claro está, en las técnicas disciplinares que se aplica a los trabajadores.

Entonces, vemos claramente la formación y asimilación del sujeto por medio de la disciplina, la cual se pone en contacto con el mismo desde las mismas normas impuestas por la familia, atravesando por la institución escolar y después en el desarrollo de su vida se encontrará con más. Es decir, hay una asimilación casi natural de la vigilancia y por supuesto del castigo, desde la edad misma en que la persona tiene uso de razón. También, se le debe naturalizar en el uso de normas cotidianas, las más mínimas, como lo son el comportamiento en la mesa, la censura por el dormitorio de los padres, o el respeto jerárquico hacia a los mismos. Para no hacernos repetitivos, solo queremos subrayar la importancia que le da la sociedad disciplinar a las normas y técnicas impuestas al sujeto desde temprana etapa, incorporando como natural el castigo, e imponiendo el respeto a la estructura jerarquía, y la santidad e incuestionabilidad de la moral.

El profesor Foucault, se refiere a la disciplina en los siguientes términos: “a esos métodos de las operaciones del cuerpo, que garantizan la sujeción constante de sus fuerzas y les imponen una relación de docilidad – utilidad, es a lo que se puede llamar “las disciplinas”.¹⁶⁵

¹⁶⁵ Ibíd. p. 141.

En general, el objetivo de las disciplinas, es fabricar hombres, que sean dóciles, fáciles de conducir y que se dejen enseñar. Volvemos a repetir que el mejor ejemplo de esto es el soldado, el cual, a consecuencia de la implantación de una disciplina, la militar. Es un hombre con unas características físicas específicas, las cuales han sido logradas ejercitando una rutina diaria de ejercicios; cuenta con una actitud de valentía frente al peligro; su principal oficio es estar siempre listo para el combate, pues para ello se le ha entrenado. Debe mantenerse siempre erguido, pendiente, alineado y dócil frente a sus superiores, quienes siempre estarán atentos, evaluando que sus movimientos sean coordinados y disciplinados.

“La disciplina aumenta las fuerzas del cuerpo (en términos económicos de utilidad) y disminuye esas fuerzas (en términos políticos de obediencia) en una palabra: disocia el poder del cuerpo; de una parte, hace de este poder una “aptitud”, una “capacidad” que trata de aumentar, y cambia por otra parte la energía, la potencia que de ello podría resultar y la convierte en una relación de sujeción estricta.”¹⁶⁶

En efecto, lo que intenta explicar Foucault, es que un hombre disciplinado es un cuerpo dócil y útil – en términos económicos -, pero en términos políticos, es un hombre que cede la capacidad de su poder a la voluntad de otros. Deja de ser autónomo, para en cambio, dejar que sobre él confluyan multiplicidad de discursos que lo vienen a moldear y a utilizar.

Por lo anterior, se afirma que la relación que existe entre el cuerpo – poder no se puede disolver, ya que sobre el cuerpo se aplican los diferentes discursos de poder. En ese sentido, empezamos a ver que no se debe analizar el poder solo en términos negativos y de represión, el poder que dice NO; y más importante aún, empezar a estudiar en términos positivos y de fomento del sujeto.

¹⁶⁶ Ibíd. p. 142.

Para resumir, vemos en el soldado el modelo perfecto de sujeto disciplinado, dócil. El cual ya no piensa sino que solo obedece; aquel que no se cuestiona, sino que solo responde a estímulos que están previamente determinados y conducidos. Así, vemos que este mecanismo disciplinar aplicado en un principio solo a la milicia, se traslada a casi todas las instituciones sociales, aplicando el mismo sistema de examen – sanción, logrando los mismos resultados en términos docilidad, obediencia y control.

Entonces, es así que encontramos que hay un diseño social caracterizado por la utilización de métodos disciplinarios, así como de la utilización estricta y controlada del tiempo, y demás características, que nos permite formular que estamos en medio de una “sociedad disciplinar”, cuya principal tarea es producir y mantener sujetos dóciles y útiles.

Este tipo de sociedad surge precisamente en el momento en que los sistemas penales aplicaron unas tácticas y estrategias específicas en la aplicación de la pena. Como vimos anteriormente, entre el siglo XVIII y XIX, castigo se vuelve más sutil y se le empieza a dar mayor importancia a la vigilancia y observación de los individuos, respecto de las actividades que realizan o pretenden realizar.

Recordemos que a partir de allí, no se castiga principalmente debido al acto dañino realizado por la persona, sino en la medida del peligro que represente socialmente y si es necesaria la intervención en el sujeto.

"toda la penalidad del siglo XIX pasa a ser un control, no tanto sobre si lo que hacen los individuos está de acuerdo o no con la ley sino más bien al nivel de lo

que pueden hacer, son capaces de hacer, están dispuestos a hacer o están a punto de hacer".¹⁶⁷

El cuerpo se encuentra enmarcado en diferentes disciplinas que se han impuesto socialmente, lo que buscan es lograr un determinado comportamiento, encasillando al sujeto dependiendo el espacio en el cual se desenvuelve. (Taller, fabrica, escuela, prisión, etc.)

El sujeto, se ve limitado en su movilidad, ya que ha perdido esta libertad debido a que está vigilado constantemente; por ello, las expresiones de su cuerpo y el desarrollo de su mente se ha visto coartado, viendo también limitada su capacidad de actuar libremente.

Ahora bien, el sujeto que no cumple con parámetros de moralidad y demás, expresados por la sociedad disciplinar, estará destinado al aislamiento social que, paradójicamente lo que logra es insertarlo al sistema de producción burgués, convertir al sujeto precisamente en productivo. En otras palabras, es casi como si el sujeto se encontrara encerrado en una prisión material o simbólica. Es decir que, da igual si el sujeto va a una prisión o a un hospital psiquiátrico por no comportarse como se le exige o por que se le atribuya una patología (la cual, por ser proveniente de un saber médico y normalizador, constituye necesariamente un discurso de dominación), o simplemente aislar su saber o conocimiento, y por lo tanto, aislar su poder y convertirlo en un discurso inutilizado y desechado, imponiendo de una vez y por todas una verdad.

Ahora, es necesario analizar la disciplina como tipo de poder. Si hacemos esto, notamos que se aplica sobre los cuerpos, formándolos con técnicas rigurosas como la vigilancia, la sanción, el examen, las cuales se aplican desde distintas

¹⁶⁷ FOUCAULT, Michel. La Verdad y las formas Jurídicas. En: Ciclo Michel Foucault (21-25 de Mayo de 1973 Rio de Janeiro, Brasil), cuarta conferencia. Pontificia Universidad Católica do Rio de Janeiro. 1973. P. 39 – 51.

instituciones; lo que implica un conjunto de discursos que le enseñan a la persona como debe pensar y actuar. Así, se controla y selecciona a los individuos, caracterizándolos en cientos de utilidades: bueno, malo; trabajador, perezoso; loco, sano, etc., para así, conseguir el conocimiento, el saber, y por ultimo, el encaminamiento del sujeto.

"La "disciplina" no puede identificarse ni con una institución ni con un aparato. Es un tipo de poder, una modalidad para ejercerlo, implicando todo un conjunto de instrumentos, de técnicas, de procedimientos, de niveles de aplicación, de metas; es una "Física" o una "anatomía" del poder, una tecnología".¹⁶⁸

Siendo así, vemos que la disciplina ya no es perteneciente a un único discurso, o a una sola relación de poder. Por el contrario, se encuentra inmerso en todas las relaciones de poder que se encuentran cotidianamente en la sociedad. Siendo que el cuerpo se ve involucrado en todo momento en un sistema disciplinario que se ve reflejado permanentemente, en el hogar, en la escuela, en el hospital, la prisión y en general en todo sitio donde existan relaciones de poder y sistemas de control; en el desarrollo de su formación se le somete a una especie de laboratorio de poder que lo forma, lo instruye en la casa o en la escuela, lugares donde el individuo es evaluado constantemente y confrontado por las normas que se rigen en la sociedad.

Entonces, si partimos de la base de que la disciplina crea cuerpos dóciles, es necesario explicar que un cuerpo dócil es aquel que puede ser sometido, puede ser utilizado, que puede ser transformado y perfeccionado. En esa medida, mas adelante observaremos como la prisión por medio del discurso disciplinar, no termina por alcanzar todos sus postulados de readaptación social. Sin embargo, terminará en algunos casos triunfando en la creación del hombre dócil, que no

¹⁶⁸ FOUCAULT, Michel. Vigilar y castigar. Disciplina. 29 ed. Madrid: siglo veintiuno de España editores, s.a., 1999. 218 p.

piensa sino que responde a estímulos, y que en su propio cuerpo no encuentra la fuerza para rebelarse a esta implantación totalitaria del discurso.

La disciplina en la prisión, viene a organizar las “celdas”, los “lugares” y los “rangos”, fabricando así, espacios complejos; arquitectónicos, funcionales y jerárquicos a la vez. Este régimen jerárquico, propio de la distribución de los cuerpos no es más exclusivo de la milicia, vemos como también se aplica en los colegios (donde por el régimen de castigos y recompensas se identifica fácilmente al estudiante de “mejor rango”, dándole el reconocimiento cada que es posible – izadas de bandera, etc.-), en el trabajo de los obreros, en la prisión y en general en todos los espacios sociales.

Respecto a la disciplina, solo queda decir que fabrica cuatro tipos de individualidad, o más bien una individualidad que consta de cuatro características: es celular, pues plantea una distribución espacial; es orgánica, puesto que cifra las actividades del cuerpo; es genética, por que consiste en acumular el tiempo y darle utilidad; y es combinatoria, debido a la composición de fuerzas que convergen en el cuerpo.

Hay que recordar que la “política” ha sido concebida como la continuación de la guerra, o al menos del modelo militar como medio fundamental para prevenir la alteración civil. Vemos que en el siglo XVIII, en los estados más grandes el ejército es el encargado de garantizar la paz civil; primero, por qué es una fuerza real, visible, armada, siempre amenazante; pero también por qué es un técnica y un saber que pueden proyectar su esquema hacia todo el cuerpo social.

En si, el éxito del poder disciplinario se debe al uso de unos instrumentos bastante simples: la inspección jerárquica, la sanción normalizadora y su combinación con el examen.

En cuanto a la vigilancia jerárquica, la disciplina se convierte en un aparato en el que las técnicas que permiten ver inducen efectos de poder, es decir, la disciplina permite ver al poder manifestándose, esto principalmente, debido a la vigilancia estricta sobre los sujetos. De allí, se podrá obtener un gran saber que permitirá normalizar la conducta.

El aparato disciplinar, supone la aplicación de “unas miradas que deben ver sin ser vistas”, es la constante percepción de vigilancia que conducirá a los sujetos a actuar como se les exige.

El modelo de campamento militar, con la distribución espacial estricta que supone, se convierte en el diagrama de poder que actúa por el efecto de una visibilidad general. Durante mucho tiempo encontraremos en el urbanismo, en la construcción de las ciudades obreras, de los hospitales, de los asilos, de las prisiones este modelo de campamento o al menos sus principios.

Desde allí, se desarrolla toda una problemática: la de una arquitectura que ya no está hecha solo para ser vista, o para vigilar el espacio exterior, sino sobre todo, una arquitectura que permita el control interior, articulado y detallado. Una arquitectura que habría de ser un operador para la transformación de los individuos.

Por último, decir que el poder de la vigilancia jerarquizada de las disciplinas no se tiene como se tiene una cosa, ni se transfiere como si fuera una propiedad, mas bien, funciona como una maquinaria. Y si bien su organización piramidal le da un “jefe”, es el aparato entero el que produce poder y distribuye a los individuos en ese campo permanente y continuo.

La disciplina, Utiliza lo que se denomina “medios del buen encausamiento”, que están comprendidos por mecanismos como lo son: la sanción normalizadora y el examen, los cuales se le unen a la vigilancia jerarquizada, comprendiendo

mecanismos fundamentales en la corrección y el encausamiento de la buena conducta por parte del sujeto.

Para explicar los dos mecanismos restantes, primero debemos mostrar la importancia de lo que se conoce como la sanción normalizadora. Esta, opera dentro de las instituciones y los sistemas disciplinarios casi como un pequeño mecanismo penal. Opera con sus propias leyes, sus delitos especificados, sus propias sanciones. En el taller, en la escuela, en el ejército, reina una verdadera micro penalidad del tiempo (retrasos, ausencias, etc.), de la actividad (falta de atención, descuidos), de la personalidad (descortesía, desobediencia), de la palabra (charla, insolencia), del cuerpo (gestos impertinentes, suciedad), de la sexualidad (falta de recato, indecencia). Se trata pues, de hacer penables las fracciones más pequeñas de la conducta y de dar una función punitiva a los elementos en apariencia indiferentes del aparato disciplinario, al límite que todo puede servir para castigar las cosas más pequeñas.¹⁶⁹

La disciplina lleva consigo una manera específica de castigar. Lo que le importa a la sanción disciplinaria es la inobservancia de la regla, lo que no se ajusta a ella, lo que se aleja de ella, las desviaciones. Lo punible, es no alcanzar el nivel de excelencia exigido.

Ahora bien, si el castigo disciplinario tiene por función reducir las desviaciones, este debe entonces ser esencialmente correctivo.

El castigo, hablando de disciplina, no es sino un elemento de un sistema doble: gratificación - sanción. Al contrario de lo que se pueda pensar, no es tan conveniente castigar demasiado, es mucho más importante que se gratifiquen con mayor frecuencia las conductas correctas. Este mecanismo comprendido por dos elementos permite cierto número de operaciones características de la penalidad

¹⁶⁹ Ibíd. p. 183.

disciplinaria. Primero, la calificación de las conductas y las cualidades a partir de valores opuestos como lo son el bien y el mal.

Después, vemos que la distribución según los rangos juega un doble papel: señalar las desviaciones, jerarquizar las cualidades, las competencias y las aptitudes; pero también debe castigar y recompensar. La disciplina recompensa con el juego de ascensos y rangos; castiga haciendo retroceder, degradando.

En segundo término, el examen. Debemos decir que este combina e incorpora parte de los dos mecanismos anteriores, es decir, toma algo de la jerarquía que vigila y de la sanción que normaliza. El examen, establece sobre los individuos una visibilidad a través de la cual se les diferencia y se les sanciona. A esto le debemos que, en los dispositivos de disciplina, el examen se halle altamente ritualizado. En esta técnica tan pobre encontramos implicados todo un dominio de saber, todo un tipo de poder.

De la misma forma que otras instituciones, la escuela se convierte en una especie de examen ininterrumpido, que acompaña a lo largo de la operación de la enseñanza. Ya hemos dicho, que por medio de este se califica y se les clasifica constantemente, tanto es así que se les califica a diario, semanalmente, bimestralmente, semestralmente, y al final de todo el periodo escolar. Esto para poder determinar quién asciende y quien no; que se reconoce por su mérito y quien no, etc.

Por otra parte, el examen es el que le permite al maestro, a la par de la transmisión de su saber, establecer sobre sus dirigidos todo un campo de conocimiento. El examen también permite crear un verdadero y permanente intercambio de saberes: garantiza la verificación del paso de conocimientos del maestro al alumno, pero también toma del alumno un saber que está reservado para el maestro.

Dejando claro lo anterior, entraremos a desarrollar todo lo que tiene que ver con el sistema panóptico y vamos a tratar de explicarlo como un sistema disciplinario.

Para esto, primero vamos a empezar por incorporar el concepto que daba el profesor Foucault del panóptico: “El panóptico era un sitio en forma de anillo en medio del cual había un patio con una torre en el centro. El anillo estaba dividido en pequeñas celdas que daban al interior y al exterior y en cada una de esas pequeñas celdas había, según los objetivos de la institución, un niño aprendiendo a escribir, un obrero trabajando, un prisionero expiando sus culpas, un loco actualizando su locura, etc. En la torre central había un vigilante y como cada celda daba al mismo tiempo al exterior y al interior, la mirada del vigilante podía atravesar toda la celda, en ella no había ningún punto de sombra y por consiguiente, todo lo que el individuo hacía estaba expuesto a la mirada de un vigilante que observaba...”¹⁷⁰

En principio, el panóptico consiste en una organizada y determinada distribución de los cuerpos, claramente especificada, permitiendo el control total de los cuerpos y permitiendo observar cualquier irregularidad en el control de los mismos, permitiendo así, tomar cualquier decisión que sea necesaria para normalizar. Es un medio específico que consiste en alinear el espacio arquitectónico de tal modo que los individuos se vean atrapados en una disciplina institucionalizada regida a una visibilidad total de todos sus movimientos.

El panóptico tiene una estrecha relación con la disciplina, se puede decir que está al servicio de la sociedad disciplinaria; sociedad esta, que diariamente está vigilando; donde se enfrentan múltiples poderes y más allá micro – poderes, que al actuar en contra de ellos, o en el caso de cometer algún ilícito que atente contra la

¹⁷⁰ FOUCAULT, Michel. La Verdad y las formas Jurídicas. En: Ciclo Michel Foucault (21-25 de Mayo de 1973 Rio de Janeiro, Brasil), cuarta conferencia. Pontificia Universidad Católica do Rio de Janeiro. 1973. P. 39 – 51.

integridad social, se nos juzgará, castigará y encerrarán en una prisión, con el fin de educar y corregir al sujeto.

En nuestra casa somos vigilados y corregidos por nuestros padres; en la oficina, por el jefe; en el colegio por el maestro; en el hospital por el medico; en la calle por la fuerza pública, para resumir, estamos sometidos a una constante vigilancia. En las diferentes instituciones sociales, estamos vigilados por personas destinadas para tal fin.

Vemos también que el diseño arquitectónico de las construcciones toman u reproducen el sistema panóptico para poder controlar mejor los cuerpos. La distribución espacial de los estudiantes en el salón de clase también reproduce el sistema panóptico. El profesor se encuentra en frente de sus estudiantes, garantizando la vigilancia desde un lugar privilegiado. Esto también se ve en el trabajo con el supervisor, en la casa, en la iglesia, etc.

La prisión, como lugar de aislamiento y vigilancia para las personas que han cometido un delito, es un sitio que cumple con las características arquitectónicas del panóptico, permitiendo la observación de los cuerpos, y que es especial, puesto que tiene la capacidad de que un mínimo de personas pueda ejercer el control de gran cantidad de internos, cuenta con medidas para no permitir la fuga, se apoya en la aplicación de gran cantidad de sanciones disciplinarias; con un seguimiento estricto del tiempo que exige a los internos levantarse a una hora determinada, realizar los ejercicios que se les indiquen, estudiar, trabajar, en fin, se esta pendiente de los movimientos de los individuos, estos vigilantes se encargan de mantenerlos aislados del espacio moral, psicológico y público.

El objetivo de la prisión es corregir el cuerpo de los condenados, el de transformar y encausar la buena conducta, se le instruye en el trabajo, se le educa buscando cambiar su actitud destructora y mala. Por último, se plantea que el objetivo de la

prisión en las sociedades occidentales era tener el dominio pleno del alma y la conducta humana.

Haciendo un análisis un poco más detallado, debemos decir que el gran aporte del panóptico consistió en introducir y hacer natural el castigo y el poder de castigar en el cuerpo social. El panóptico fue la forma de transpolar la aplicación de la disciplina que se tenía en la milicia y de poder llevar un control minucioso de las actividades y las correcciones humanas.

Como hemos dicho, este traslado del sistema disciplinar que se logra, se le debe atribuir principalmente al sistema panóptico de Bentham, el cual, como modelo de representación de la vigilancia perfecta, consigue llevar el sistema disciplinar, el sistema punitivo, a todas las esferas del desarrollo del saber humano, las limita y las conduce de manera detallada.

En esta misma línea, decir que el panóptico básicamente fue utilizado para trasladar la forma de poder de la disciplina a todos los aspectos sociales y del desarrollo del ser humano. Precisamente la disciplina, a través del panóptico, fue la que añadió el elemento normalizador al castigo. Es decir, concibió el castigo como una forma de encausar el comportamiento hacia la rectitud con la que contaba la actuación de quienes no eran merecedores de castigo.

El principal atributo del panóptico es inducir a un estado consciente y permanente de visibilidad que garantiza el funcionamiento del poder. El panóptico logra hacer que la vigilancia sea permanente en sus efectos, incluso si es discontinua en su acción. Es decir, el panóptico se asegura de hacer saber al individuo que esta siendo vigilado, no se sabe exactamente en qué momento, pero seguro que es vigilado. Por ello, el cuerpo se ve obligado a normalizar su conducta, de lo contrario se verá inmerso en una sanción.

Señalar también que en el siglo XIX, fue donde tuvo origen la sociedad disciplinar que descansa en las bases del panóptico. ¿Cómo se dio esto? Con el traslado del discurso disciplinar a otras instancias e instituciones sociales.

A partir de allí, nos vemos inmersos en “un sistema general de vigilancia – encierro que penetra a través del espesor del tejido de la sociedad, adoptando formas que van desde las grandes prisiones construidas a través del modelo de panóptico, hasta las sociedades filantrópicas dirigidas a socorrer no solo a los delincuentes, sino también a los niños abandonados, a los huérfanos, a los aprendices, los estudiantes del liceo, los obreros, etc.”¹⁷¹

En la anterior cita, vemos una sugerencia que afirma que el sistema de control y vigilancia del panóptico trasciende los muros de la prisión, para instalarse hasta en los discursos más benignos y filantrópicos que se pueden aplicar, que sin embargo, pierden fuerza a la hora de verificarse y de verse inmersos en la aplicación del mismo sistema.

Por último, respecto al panóptico señalar como desde la perspectiva del profesor Foucault, se convierte en una de las características de nuestra sociedad, que poco a poco se acostumbró y naturalizó el hecho de estar vigilada. “...intenté definir el panoptismo que, en mi opinión, es uno de los rasgos característicos de nuestra sociedad: una forma que se ejerce sobre los individuos a la manera de vigilancia individual y continua, como control de castigo y recompensa y como corrección, es decir, como método de formación y transformación de los individuos en función de ciertas normas. Estos tres aspectos del panoptismo –vigilancia, control y

¹⁷¹ FOUCAULT, Michel. La vida de los hombres infames. La sociedad Punitiva. Madrid. Las Ediciones de la Piqueta. P 61.

corrección- constituyen una dimensión fundamental y característica de las relaciones de poder que existen en nuestra sociedad".¹⁷²

¹⁷²FOUCAULT, Michel. La Verdad y las formas Jurídicas. En: Ciclo Michel Foucault (21-25 de Mayo de 1973 Rio de Janeiro, Brasil), quinta conferencia. Pontificia Universidad Católica do Rio de Janeiro. 1973. P 52 – 63.

PRISION Y ARCHIPIELAGO CARCELARIO

El derecho penal colombiano desde sus orígenes, ha estado impregnado como ya se ha dicho de conceptos desarrollados en Europa; esto nos permite inferir que lo que entendemos por prisión no está muy lejos de confirmarlo.

Así pues, vemos como la cárcel antes de la segunda reforma penal iniciada de comienzos del siglo XIX no pasaba por ser más que un sitio de encierro, en donde se abandonaba a su suerte al criminal mientras la administración de justicia le indicaba su pena. Por lo tanto encontramos en pensadores como BECCARIA no ocupaba esta –la cárcel- un lugar privilegiado en su teoría. Es decir, sí se estructura su función, más no se le encomienda otra cosa que no sea resguardar a uno que delinquir.

De esta manera, podemos entonces observar actualmente un modelo de prisión, que acá en Colombia, encuentra su causa en métodos ajenos a las leyes penales que la enuncian. Tal como sucede en Europa, la prisión según las palabras de FOUCAULT:

Se ha constituido al exterior del aparato judicial, cuando se elaboraron, a través de todo el cuerpo social, los procedimientos para repartir a los individuos, fijarlos y distribuirlos espacialmente, clasificarlos, obtener de ellos el máximo de tiempo y el máximo de fuerzas, educar su cuerpo, codificar su comportamiento continuo, mantenerlos en una visibilidad sin lagunas, formar en torno de ellos todo un aparato de observación, de registro y de notaciones, constituir sobre ellos un saber que se acumula y se centraliza¹⁷³

¹⁷³ FOUCAULT, Michel. Vigilar y castigar. Unas Instituciones completas y austeras. Madrid: Siglo XVI editores. 1999 P 233

De aquí se desprenderán las raíces de una nueva forma de pensar la prisión, ya no como la entendían los primeros reformadores como BECCARIA, sino, con unos ojos que por una parte se desentenderían del hecho criminal o la acción criminal, para paso seguido tomar al hombre como sujeto de saber y le imprimirían un concepto totalmente nuevo: la resocialización del sujeto criminal o delincuente. Por ende ya no es solo castigo por violentar al contrato social, a esto se le suma la corrección del individuo, a esta conclusión llega FOUCAULT: “En suma el encarcelamiento penal, desde el principio del siglo XIX, ha cubierto a la vez la privación de la libertad y la transformación técnica de los individuos”¹⁷⁴

Como punto clave, surge entonces la nueva episteme que indica que la prisión ha de ser un mecanismo del poder que se pone en movimiento, por lo menos en teoría, de forma rígida, estricta y totalmente disciplinante, en donde un cuerpo que se muestre rebelde y criminal, será docilizado mediante sus propios métodos y procedimientos, castigos que han de imponerse si se quiere la readaptación del sujeto delincuente. Esto claramente se nos muestra bastante lejos de los reformadores clásicos, de esta manera lo ilustraba el profesor FOUCAULT: “Este <reformatorio> integro prescribe una trasposición del orden de la existencia muy diferente de la pura privación jurídica de la libertad y muy diferente también de la simple mecánica de las representaciones en que pensaban los reformadores de la época de la ideología.”¹⁷⁵

Así pues la prisión coincidirá en métodos con la Escuela, el Cuartel, La Fábrica, La Universidad, sin embargo esto lo veremos más adelante, por ahora nos embargarán los principios rectores del nuevo sistema penitenciario, aquel que supo administrar los tiempos y los cuerpos para crear verdades tradicionales:

¹⁷⁴ Ibíd. P 235

¹⁷⁵ Ibíd. P 238

PRIMER PRINCIPIO: El aislamiento, podemos indicar que sería clave a la hora de llegar a la resocialización del condenado. No obstante, este aislamiento deberá antes que nada, evitar poner en contacto al grupo criminal dentro de un establecimiento penitenciario, de esta manera el aislamiento celular garantizaría la nula confluencia de presos entre si dentro de las prisiones, así mismo lo aseveraba FOUCAULT “En suma, que la prisión no forme con los malhechores que reúne una población homogénea y solidaria”¹⁷⁶

Así pues, este aislamiento cumple otra función determinante para la nueva teoría penal, el encuentro del preso consigo mismo, que le “hará pensar” o le “hará recapacitar” es justo lo que necesita la nueva criminología que se ocupa de ahora n adelante del sujeto, es decir del delincuente. De esta manera al mantenerlo aislado, en silencio y sin ningún contacto externo lo que se buscaba en las penitenciarías de esa época y también en Colombia hacia comienzos del siglo XX era precisamente un delincuente consciente en regresar a la sociedad cuando haya cumplido su condena, buscaban un resocializado.

FOUCAULT lo escribiría así: “En fin, y quizá sobre todo, el aislamiento garantiza que se puede ejercer sobre ellos, con el máximo de intensidad, un poder que no será contrarrestado por ninguna otra influencia; la soledad es la condición primera de la sumisión total”¹⁷⁷

SEGUNDO PRINCIPIO: Trabajo, el hecho de que como el elemento fundamental de esta nueva reforma se plantea la corrección del individuo a resocializar mediante unos mecanismos que pone en marcha diariamente, el trabajo consiste precisamente en eso, es decir, en ser un agente o mecanismo mediante el cual el sujeto se ve atado a unas normas de conducta laborales así como a cumplir un

¹⁷⁶ Ibíd. P 239

¹⁷⁷ Ibíd. P 240

estricto horario que en definitiva le llevará a acostumbrarse y aprenderá a trabajar. En palabras más precisas escribía FOUCAULT

Es un principio de orden y de regularidad; por las exigencias que le son propias, acarrea de manera insensible las formas de un poder riguroso; pliega los cuerpos a unos movimientos regulares, excluye la agitación y la distracción, impone una jerarquía y una vigilancia que son tanto más aceptadas, y se inscribirán tanto más profundamente en el comportamiento de los penados, cuanto que forman parte de su lógica: con el trabajo se introduce la regla en una prisión, donde reina sin esfuerzo, sin el empleo de ningún medio represivo y violento¹⁷⁸

Vemos entonces como se busca que el trabajo actúe de una manera positiva sobre el cuerpo del condenado, de tal manera que por efecto de la repetición constante y cotidiana ayude a desarrollar una costumbre que permita la normalización del condenado. Si antes, a un condenado no le gustaba trabajar, ahora la mecánica repetitiva de disciplina le llevará a los cauces de la labor productiva.

TERCER PRINCIPIO: Modulación administrativa de la Pena, es decir, se encuentra que quien dirige las prisiones no es tanto el Juez, como si lo es la administración carcelaria; latente es que el Juez una vez fallado un caso declarando responsable penalmente a un individuo, fija una la pena carcelaria y por ende la duración de esta. En palabras de FOUCAULT “La justa duración de la pena, debe por lo tanto variar no solo con el acto y sus circunstancias, sino con la pena misma, tal como se desarrolla totalmente”¹⁷⁹

Lo anterior ilustra de manera importante como la pena misma podrá variarse al salir de las manos del Juez –el condenado- para ser puesto en las de la

¹⁷⁸ Ibíd. P 245

¹⁷⁹ Ibíd. P 248

administración carcelaria, verá como dentro de la prisión coexisten diferentes saberes que luego de la clasificación y el examen, establecerán la verdadera duración de la pena. Al hablar de esto FOUCAULT lo hacía de la siguiente manera:

Indispensable autonomía, por consiguiente del personal que administra la detención cuando se trata de individualizar y de variar la aplicación de la pena: Unos vigilantes, un director, un capellán o un maestro son más capaces de ejercer esta función correctiva que los que detentan el poder penal. Es su juicio (entendido este como comprobación, diagnóstico, caracterización, precisión, clasificación diferencial), y no ya un veredicto en forma de culpabilidad lo que debe servir de soporte a esta modulación interna de la pena, a su suavizamiento o incluso a su suspensión.¹⁸⁰

Ahora bien, este tercer principio permite a la administración carcelaria un control total sobre la población carcelaria lo que dará paso a la constitución de lo que el propio filósofo Francés FOUCAULT denomina lo “penitenciario”.

De esta forma, analizaremos de qué manera estos nuevos principios del derecho penal, buscan por medio de su aplicación diaria y cotidiana la creación de un sujeto determinado, en este caso el “delincuente”.

Por primera vez, la prisión se iba a convertir en un lugar de observación continuada mediante el cual podrán observarse las conductas de cada uno de los detenidos así como sus costumbres más arraigadas, de manera tal que esta observación permitirá extraer todo un saber a partir de los detenidos. FOUCAULT no duda mucho en afirmar la evidencia de la utilización del sistema panóptico ya descrito, en la reforma penal de comienzos del siglo XIX. “El tema del panóptico – a la vez vigilancia y observación, seguridad y saber, individualización y

¹⁸⁰ Ibíd. P 250

totalización, aislamiento y transparencia- ha encontrado en la prisión su lugar privilegiado de realización”¹⁸¹

Así pues, para lograr esta perpetua vigilancia de la cual hablamos, el modelo panóptico permite que desde su estructura central se pueda vigilar a cada uno de los reclusos en su interior, de forma que ellos mismos –los detenidos- sientan que en todo momento alguien les está vigilando, es decir, una certidumbre de vigilancia que nunca termina.

Bajo este marco, y como ya se explicó en páginas anteriores, la estructura panóptica hunde su clave del éxito en dos aspectos fundamentales, a saber, por una parte el aislamiento celular de cada uno de los detenidos se traduce en la posibilidad de observar de manera individual a cada uno de los reclusos. No obstante, esta vigilancia cumple un segundo objetivo, el cual es vigilar también al personal de vigilancia. En palabras más prolijas lo escribió FOUCUALT “Ahora bien, la vigilancia será perfecta si el director o el encargado en jefe, desde una sala central y sin cambiar de lugar, ve sin ser visto no solo la entrada de todas las celdas y hasta el interior del mayor número de ellas cuando sus puertas están abiertas, sino además a los vigilantes encargados de la guarda de los presos en todos los pisos”¹⁸²

En este entendido, vemos como el modelo panóptico colabora para implementar tanto una vigilancia omnipresente sobre todo el plano arquitectónico de la institución, como para crear un determinado saber a partir del sujeto que encierra. Resulta de suma importancia entender, que ya no es el sujeto infractor, aquel que fue puesto en un estrado judicial frente a Jueces, Fiscales y Abogados el que interesa examinar dentro de las instituciones carcelarias; a diferencia de esto, ahora a partir de la segunda reforma penal, quien interesa en elevadas

¹⁸¹ Ibíd. P 252

¹⁸² Ibíd. P 253

proporciones es un sujeto ya condenado, y que ingresa a la institución penitenciaria. Este sujeto es el “delincuente”, quien es ahora el punto de observación. Ya no interesa la ley violentada, esta sucumbe ante el delincuente, a quien según los propósitos penales se debe resocializar, pero para entender mejor lo dicho he aquí una ilustración de FOUCAULT: “El delincuente se distingue del infractor por el hecho de que es menos su acto que su vida lo pertinente para caracterizarlo. Si la operación penitenciaria quiere ser una verdadera reeducación, ha de totalizar la existencia del delincuente, hacer de la prisión una especie de teatro artificial y coercitivo en el que hay que reproducir aquella de arriba abajo. El castigo legal recae sobre un acto, la técnica punitiva sobre una vida”¹⁸³

Es en este punto, donde localizamos entonces el ingreso de la historia de vida del sujeto infractor; de esta forma, conocer a fondo a este, indagar sobre su niñez, su adolescencia y su adultez, así como preguntarse a manera del método positivista tal como lo estudiamos en BERGALLI, es decir, estudiar al sujeto como perteneciente a un núcleo social que no está exento de provocar o por lo menos influenciar el comportamiento criminal al ciudadano infractor. En pocas palabras lo explicitó FOUCAULT “Detrás del infractor al cual la investigación de los hechos puede atribuir la responsabilidad de un delito se perfila el carácter delincuente cuya lenta formación se ha demostrado por una investigación biográfica.”¹⁸⁴

Surge acá otra importante cuestión referente a la necesidad de la intervención de la criminología o la psiquiatría dentro del proceso judicial. En esta medida, resaltamos la creación de verdad que se manifiesta; como ya lo hemos dicho, si el derecho penal busca resocializar necesita conocer al infractor, no solo en el momento de los hechos, sino toda su vida, por ende la justicia penal se encuentra en un campo que poco conoce, bajo esos influjos se vio en la necesidad de darle cabida a su verdad, mediante discursos que pudieran legitimar su castigar.

¹⁸³ Ibíd. P 255

¹⁸⁴ Ibíd. P 255

Precisamente, la influencia de este pensamiento en Europa occidental da pie para el surgimiento de la criminología; Saber que como hemos podido repasar surge tras los postulados humanistas, pero sobre todo positivistas, es decir, la génesis de su trabajo se encuentra en la estructura social, mas no en la teoría metafísica del filósofo, esta es la principal diferencia entre la escuela clásica penal y la escuela positiva, FOUCAULT lo menciona así: “Se trata de este saber nuevo de calificar <científicamente> el acto como delito y sobre todo al individuo como delincuente, se da la posibilidad de una criminología”¹⁸⁵

Bajo el anterior marco, resulta ahora importante aclarar que el derecho penal hasta este momento no había tenido la necesidad de utilizar para su proceso de juzgamiento ninguna ciencia aneja a él, sin embargo, tal como lo explica FOUCAULT se fueron quedando -los jueces penales- paulatinamente sin ningún argumento para juzgar más que el acto criminal, por lo tanto, fue a comienzos del siglo XIX donde empezó a formularse veredictos de culpabilidad basados en otros conceptos, en palabras del profesor Francés: “Y los jueces, ellos mismos sin quererlo, y sin darse cuenta incluso, han pasado poco a poco de un veredicto que contenía todavía connotaciones punitivas a un veredicto que no puede justificarse, según ellos mismos dicen, más que a condición de que sea transformador del individuo.”¹⁸⁶

Todo esto bajo el horizonte que hemos venido estudiando, ya que el pensamiento principal de la segunda reforma penal, tiene que ver con la transformación del individuo criminal, su resocialización, su efectiva corrección y reintegro al grupo social.

¹⁸⁵ Ibíd. P 258

¹⁸⁶ FOUCAULT, Michel. La Microfísica del Poder. Entrevista sobre la prisión el libro y su método. Madrid. Ediciones de la Piqueta. 1992. P 97.

De esta forma, vemos como la prisión hace aparecer a este delincuente al cual se debe corregir mediante técnicas minuciosas que deben ejercerse sobre el cuerpo y la mente del detenido. La prisión es el lugar perfecto entonces donde confluyen más un saber que viene a determinar la duración y la forma en que debe aplicarse la pena. Así pues, se crea una paradoja, gracias al desarrollo de la segunda reforma penal es posible hablar del delincuente antes de que exista y justo después de un juicio de responsabilidad penal. En otras palabras, al agruparlos crea la delincuencia. El señor FOUCAULT lo manifestaba de esta forma: “se dice que la prisión fabrica deincuentes¹⁸⁷ es cierto que vuelve a llevar, casi fatalmente, ante los tribunales a aquellos que le fueron confiados. Pero los fabrica en el otro sentido de que ha introducido en el juego de la ley y de la infracción, del juicio y del infractor, del condenado y del verdugo, la realidad incorpórea de la delincuencia que une los unos a los otros y, a todos juntos, desde hace siglo y medio, los hace caer en la misma trampa.”¹⁸⁷

Para continuar, según el propio estudio realizado –en el primer capítulo de este texto- es menester resaltar un punto de suma importancia; en sus inicios, la prisión ha fracasado, desde sus países de origen hasta los países latinoamericanos a donde se importó este determinado saber, nadie puede actualmente hablar de que la institución penitenciaria cumpla su cometido de disminuir la tasa de criminalidad; tal como lo esbozan en sus extensos libros los criminólogos y los legisladores de los países, en este caso Colombia. Si se entiende bien, la catedra de criminología que se presenta en la Universidades de Colombia enseña el factor prevencionista de esta ciencia; el cual no ha podido verse, incluso día tras día aumenta la cuota criminal en el país. Michel FOUCAULT lo expuso así: “las prisiones no disminuyen la tasa de criminalidad: se puede muy bien extenderlas, multiplicarlas, o

¹⁸⁷ FOUCAULT, Michel. Vigilar y castigar. Unas Instituciones completas y austeras. Madrid: Siglo XVI editores. 1999 P 258.

transformarlas, y la cantidad de crímenes se mantiene estable, o lo que es peor, aumenta.”¹⁸⁸

Bajo el anterior marco, nos surge entonces la pregunta de cómo funciona este tan conocido fracaso de la prisión, este desdeñoso y constante no resocializar a los individuos que dentro de ella se encuentran, a qué y a quien sirve el fracaso de la resocialización, no obstante esta pregunta ya fue resuelta por el profesor FOUCAULT, y su explicación intentaremos desarrollarla a continuación.

Antes que nada, se nos muestra importante analizar esa fabricación del delincuente dentro de la misma prisión, ya que como punto esencial, la institución penitenciaria debe continuamente fabricar delincuentes, de la misma manera como un colegio crea estudiantes o una fábrica crea obreros productivos.

En primera medida, la prisión fabrica los delincuentes por la forma en que los agrupa en un solo lugar, cerrado, húmedo, oscuro, y peligroso, es decir, la cotidianidad de los presos les hace volverse cada día más audaces en el delinquir, más precavidos y su carácter se vuelve frío. Esta manera de vivir es un aliciente para aquellos que en su actuar delictuoso llegan a una prisión, en donde buscarán protegerse de otros presos mas no educarse.

Como segundo punto importante, tenemos ahora a la educación que impone, siendo esta de corte netamente moralista, se le enseñarán al detenido los cursos básicos, los oficios más comunes y las normas mínimas de convivencia en sociedad, que sin embargo afuera le servirán de poco, puesto que pesa más el rotulo de ex convicto, que de trabajador resocializado.

Aparte de esto, existe un tercer punto, el cual tiene que ver con la relaciones de poder que se ejercen diariamente en las prisiones; pues para todos está claro que

¹⁸⁸ Ibíd. P 269

es en esta institución es donde se nos muestra el poder en su faceta más amplia, con su cara descubierta, en mejores palabras lo dijo FOUCAULT: “Esto es lo que es fascinante en las prisiones, que por una vez el poder no se oculta, no se enmascara, se muestra como tiranía llevada hasta los más ínfimos detalles, poder cínico y al mismo tiempo puro, enteramente <justificado> ya que puede formularse enteramente en el interior de una moral que enmascara su ejercicio: su tiranía salvaje aparece entonces como dominación serena del Bien sobre el Mal, del orden sobre el desorden” ¹⁸⁹

Bajo este entendido, el interno siente animadversión hacia esa justicia que le condenó, y que le coloca bajo las manos de un poder administrativo que le impele castigo y le infunde disciplina. El simple hecho del odio hacia el derecho penal es creador de resentimiento, que se convertirá en venganza más adelante.

Vale la pena dedicarle un espacio ahora a otra situación en la que se puede al sujeto, a saber, la reincidencia es para el sistema penitenciario un flagelo, por lo cual podemos preguntarnos, si existe tanta reincidencia, ¿por qué nada se hace en contra de ella? Parece que la respuesta pasa por enunciar que la reincidencia viene a ser fundamentada en la prisión misma; pues dentro-de la prisión-, bajo las condiciones en las cuales han vivido miles e presos en el mundo, lo único que puede fabricarse es un individuo muchas más peligroso, e incluso dando un paso más profundo el rotulo de ex convicto le creará la ciega necesidad de delinquir para subsistir. “el quebrantamiento de destierro, la imposibilidad de encontrar trabajo y la vagancia son los factores más frecuentes de la reincidencia.”¹⁹⁰

Como los anteriores, otro aspecto creador de delincuente es también según el mismo FOUCAULT la sucesión de la costumbre familiar, infaltable relación de

¹⁸⁹ FOUCAULT, Michel. La Microfísica del Poder. Los intelectuales y el poder. Madrid. Las Ediciones de la Piqueta. 1992. P 81.

¹⁹⁰ FOUCAULT, Michel. Vigilar y Castigar. Ilegalismos y Delincuencia. Madrid: Siglo XVI editores. 1999. P 272

poder en la cual el hijo tiende a actuar de manera similar o análoga a la del padre. Este ámbito desvela la situación de las miles de familias de bajo arraigo económico, en VIGILAR Y CASTIGAR se puede leer: “En fin, la prisión fabrica indirectamente al delincuente al hacer caer en la miseria a la familia del detenido: la misma sentencia que envía a la prisión al jefe de familia, reduce cada día que pasa a la madre a la indigencia, a los hijos al abandono, a la familia entera a la vagancia y la mendicidad. En este aspecto es en el que el crimen amenaza perpetuarse”¹⁹¹

Ahora bien, los efectos de la prisión mencionados en las páginas inmediatamente anteriores, suscitaron en su momento respuestas que no dejaron de ser escuchadas, ya que lo que venían a plantear era un tema tan delicado como fundamental, a saberse, era necesario buscar un importante y reluciente funcionamiento de la prisión si lo que se quiere es reintegrar al grupo social un sujeto rehabilitado. Así se elaboran lo que podríamos denominar las siete máximas del buen funcionamiento penitenciario.

- a) Principio de la Corrección: El fin principal de la pena de prisión será la enmienda del delincuente. Es entonces la Resocialización bandera de un excelente funcionamiento penitenciario.
- b) Principio de la Clasificación: en este aspecto lo que obtiene importancia, no es solo la clasificación por delitos, o gravedad de los mismos. Tiene entonces relevancia acá, según FOCUCAULT “los detenidos aislados o al menos repartidos según la gravedad penal de su acto, pero sobre todo, según su edad, sus disposiciones, las técnicas de corrección que se tiene intención de utilizar con ellos y las fases de su transformación”¹⁹²

¹⁹¹ Ibíd. P 273

¹⁹² Ibíd. P 274

- c) Principio de Modulación de las penas: Luego de que un juez declara responsable penalmente a un delincuente y le impone una pena proporcional a su delito, el ejecutor de dicha pena, en este caso la Administración Penitenciaria tendrá la posibilidad de modular las penas según observe mejoría o detrimento en la sociabilidad del sujeto delincuente. “Las penas, cuyo desarrollo debe poder modificarse de acuerdo con la individualidad de los detenidos, los resultados que se obtienen, los progresos o las recaídas.”¹⁹³
- d) Principio del trabajo como obligación y como derecho: Después de la primera reforma penal, impulsada por los clásicos se entendía al trabajo como una forma de pena más, se le veía como un castigo que complementaria la imposición de la pena de prisión. No obstante, la segunda reforma penal trajo como elemento novedoso un trabajo como instrumento más “humano” de intentar resocializar y como derecho de cada uno de los detenidos.
- e) Principio de la educación Penitenciaria: Si en algo se basaban los reformadores de comienzos de siglo XIX era en el pensamiento de que la educación bien orientada e impartida dentro de la institución penitenciaria no podría fallar en su extensa tarea que consiste en resocializar al detenido. Por ende, se lleva a cabo desde aquellos tiempos una fuerte actividad moralizante que utiliza cada uno de los mecanismos del poder para docilizar. (lenguaje, moral, identidad nación, valores democráticos y virtudes cristianas).
- f) Principio del control técnico de la detención: más allá de unas normas penales que se encargan de tipificar la conducta como delictiva y más allá de las reglas disciplinarias que el sistema penitenciario impone dentro de sus cauces, encontramos unos saberes que también se utilizan para efectos normalizadores del delincuente. Por esta razón a partir de esta reforma no se concibe una prisión sin un cuerpo de

¹⁹³ Ibíd. P 274

médicos y psicólogos. FOUCAULT explicaba porque “El régimen de la prisión debe ser, por una parte al menos, controlado y tomado a cargo de un personal especializado que posea la capacidad moral y técnica para velar por la buena formación de los individuos”¹⁹⁴

- g) Principio de las instituciones anejas: este principio tiene que ver con una vigilancia continuada aun fuera del establecimiento penitenciario, en aras a garantizar la readaptación del sujeto.

Ahora bien, si de estos principios se trata, es evidente que la prisión desde sus inicios ha fracasado en su búsqueda de la corrección del individuo, por ende su actividad resocializadora es casi nula. Surge entonces la necesidad de darle un giro a la pregunta, donde ya no sea hablar de la incompetencia del sistema penitenciario, sino de cómo funciona y a qué mecanismos responde este visible fracaso del fin máximo que tiene la pena, el cual es resocializar. Así quedo escrito: “Pero quizá haya que darle la vuelta al problema y preguntarse de qué sirve el fracaso de la prisión; para que son útiles esos diferentes fenómenos que la crítica denuncia continuamente: pertinacia de la delincuencia, inducción a la reincidencia, transformación del infractor ocasional en delincuente habitual, organización de un medio cerrado de delincuencia”¹⁹⁵

Por ende, es realmente pertinente hacer notar que la prisión no está destinada desde sus orígenes a erradicar la delincuencia, la prisión no busca acabar con este sujeto de conocimiento, puesto que tenerlos visibles es justo más económico y más funcional que suprimirlos. Si bien es cierto que la historia de la humanidad nos ha mostrado orden y desorden, nunca, hasta la prisión de la segunda reforma penal organizo de manera tan sorprendente a la delincuencia, haciéndola notar en los límites mismos de la sociedad. El Señor FOUCAULT lo dejaba muy claro: “Sería preciso entonces suponer que la prisión, y de una manera general los castigos, no están destinados a suprimir las infracciones; sino más bien a

¹⁹⁴ Ibíd. P 275

¹⁹⁵ Ibíd. P 277

distinguir las, a distribuir las, a utilizar las; que tiende no tanto a volver dóciles a quienes están dispuestos a transgredir las leyes, sino que tienden a organizar la transgresión de las leyes en una táctica general de sometimientos.”¹⁹⁶

Así mismo, encontramos que desde que se constata su fracaso, puede hablarse de un fomento del delincuente:

El fracaso ha sido inmediato, y registrado casi al mismo tiempo que el proyecto mismo. Desde 1820 se constata que la prisión, lejos de transformar a los criminales en gente honrada, no sirve más que para fabricar nuevos criminales o para hundirlos todavía más en la criminalidad. Entonces, como siempre, en el mecanismo del poder ha existido una utilización estratégica de lo que era un inconveniente. La prisión fabrica delincuentes, pero los delincuentes a fin de cuentas son útiles en el dominio económico y en el dominio político.¹⁹⁷

Ahora bien, resulta pertinente alejarnos un poco de los principios penales de la segunda reforma, para dar paso a un estudio de la ley y su discurso de poder.

Es justo aquí donde podemos detenernos para analizar el surgimiento de la ley que define las conductas delictivas, en primera medida decir que con la industrialización el capital burgués se ve invertido en grandes empresas y fábricas, situación que trajo consigo la creación de nuevos ilegalismos que respondían a la protección de esa riqueza. Esto trajo como consecuencia el surgimiento de la conciencia obrera, quien para esa época hubo de sublevarse en busca de mejores condiciones de trabajo; según lo explica FOUCUALT aquí el obrero se mostrará libre y con ganas de ir contra quien le oprime, “Inscríbanse una seria entera de

¹⁹⁶ Ibíd. P 277

¹⁹⁷ FOUCUALT, Michel. La microfísica del poder. Entrevista sobre la prisión el libro y su método. Madrid. Las Ediciones de la Piqueta. 1992. P 90

ilegalismos en unas luchas en las que se sabe que se afronta a la vez la ley y la clase que la impuso”¹⁹⁸

Teniendo en cuenta lo anteriormente mencionado y lo que se ha consignado paginas arriba, se puede llegar a deducir que la ley es la que ha creado las conductas delictivas, respondiendo a la época en la cual se encuentre. De esta manera, de la primera reforma Penal se desprenden bases políticas Liberales, así como de la segunda reforma; lo mismo sucede con la llegada del Estado Social de Derecho, definen las conductas de manera que estas respondan al interés Neo-liberal. Valga esto por ahora como un apunte para decir que el delito no nace en el delincuente o que exista un delincuente nato, no, por el contrario el delito nace en la clase social que enuncia la norma, aquella que establece lo bueno y lo malo, lo que es ilegal o legal, o si se encuentra un sujeto desviado o no.

Por ende, se puede llegar a concluir que la prisión no fracasa, por el contrario funciona de una manera inteligente cumpliendo a cabalidad con su objetivo, en palabras de FOUCAULT: “La afirmación de que la prisión fracasa en su propósito de reducir los crímenes, hay que sustituirla quizás por la hipótesis de que la prisión ha logrado muy bien producir la delincuencia, tipo especificado, forma política o económicamente menos peligrosa –en el límite utilizable- de ilegalismo.”¹⁹⁹

En cuanto a esta creación del sujeto delincuente restan algunas cosas por decir, una de ellas gira en torno a la unificación o agrupación de los sujetos “diferentes” o desviados que han cometido alguna infracción a la ley penal, dicha agrupación dentro de un sistema penitenciario, no solo economiza el sostén de vida de los detenidos, sino que también sirve, como lo hemos venido observando en el desarrollo de esta investigación, como creación de un saber determinado –que se crea a partir del sujeto-, lo que permitirá mantenerlos en constante vigilancia.

¹⁹⁸ FOUCAULT, Michel. Vigilar y castigar. Ilegalismos y Delincuencia. Madrid: Siglo XVI editores. 1999. P 279

¹⁹⁹ Ibíd. P 282

No obstante, pueden encontrarse otras nociones de utilidad para la delincuencia, también, se desvela la utilización política de los delincuentes a la hora de actuar como defensores del sistema, bien actúan al margen de la ley o dentro de esta. FOUCAULT lo ilustró así:

La utilización política de los delincuentes –en forma de soplones, de confidentes o provocadores- era un hecho admitido antes del siglo XIX. Pero después de la revolución, esta práctica ha adquirido unas dimensiones completamente distintas: la infiltración de los partidos políticos y las asociaciones obreras, el reclutamiento de hombres de mano contra los huelguistas, y los promotores de motines, la organización de una subpolicía –trabajando en relación directa con la policía legal y capaz en el límite de convertirse en una especie de ejército paralelo-, todo un funcionamiento extralegal del poder ha sido llevada a cabo de una parte por la masa de maniobra constituida por los delincuentes: policía clandestina y ejército de reserva del poder.²⁰⁰

Es de suma importancia comentar que a estos delincuentes útiles se les mantiene vigilados también por fuera de la cárcel.

Ahora bien, es la agrupación de los presos dentro de una institución penitenciaria, la que permite que la utilización del preso paramilitar o soplón se lleve a cabo, es decir, sin agrupación de los presos en un lugar determinado, sin captación de saber de sus cuerpos, no funcionaría, simplemente no existiría el contacto delincuencia-administración.

Con fundamento en ese contacto delincuencia-administración, esta última debe cumplir un trabajo que es en suma relevante, este es la continua actividad

²⁰⁰ Ibíd. P 285-286

moralizante que se debe aplicar sobre el interno. Esta, como ya se estudió no puede faltar en ningún rincón del panóptico y debe utilizar varias formas, las cuales varían desde la enseñanza, la religión o el trabajo.

Por otra parte, si queremos dar más profundidad al estudio que se viene realizando, valido resultará adentrarnos es el concepto Foucaultiano de “lo carcelario”. Pues bien, para empezar el filósofo Francés sitúa el “22 de Enero de 1840” como el día en que se puede dar por terminado y completo el sistema carcelario, día en el cual se inauguraba la casa Mettray.

Y es que Mettray, la casa de corrección por excelencia hacía confluir todas las técnicas del poder normalizador.

El ejemplo de Mettray es muy similar a algunos patios que se pueden evidenciar en Colombia. Y es que el sistema carcelario para que sea completo necesita establecer todo un mecanismo de disciplina, aquí podrán verse relaciones de poder tales como dragoneantes, cabos, jueces, profesores, padres y patrones.

En consecuencia de lo anterior, se crean o más bien, se deben crear cuerpos dóciles, en los cuales han colaborado cada uno de los saberes anejos al derecho penal de los que hemos tenido ocasión de comentar. Esta observación detallada e ininterrumpida, que no se detiene en aplicar la administración carcelaria crea a partir de estos cuerpos y sobre estos cuerpos ese saber tan anhelado, que les permitirá cumplir su objetivo, agruparlos para hacerlos funcionar.

Bajo este marco, ciencias humanas como la psicología, la psiquiatría, la Educación o ciencias de la salud se encuentran diariamente en el establecimiento penitenciario realizando cada uno la labor encomendada, ¿cuál es esta labor? Dejemos que sea FOUCAULT el que nos responda “Son en cierta manera, unos

técnicos del comportamiento: ingenieros de la conducta, ortopedistas de la individualidad, tienen que fabricar unos cuerpos dóciles y capaces a la vez.”²⁰¹

La deducción anterior, nos invita al análisis de esta función; por una parte tenemos una educación, siempre oficial, claro está, puesto que dentro del mismo sistema de cosas puede evidenciarse que impera un saber que ha sido determinado verdadero.

Por ende, esta educación que se nos ha hecho inteligible se debe aplicar diariamente a todos los internos, con tal que la corrección sea efectiva, el interno debe sobre todo aprender a ser productivo, sin embargo, puede ahondarse aún más y decir que el beneficio de observar y examinar, es decir, el saber obtenido a partir de los internos mismos no concluirá mientras exista la prisión. En pocas palabras, educación para aprender el saber oficial y como observación cotidiana perpetua de los presos.

En este punto, podemos entonces diferenciar el derecho penal, del sistema penitenciario -que es el que utiliza un país como Colombia-, puesto que este último nace desde el momento del propósito de normalizar los cuerpos, como lo afirma FOUCAULT “En la normalización del poder de normalización, en el acondicionamiento de un poder-saber sobre los individuos, Mettray y su escuela hacen época.”²⁰²

Siguiendo este orden de ideas, puede plantearse entonces que dentro del grupo social que vemos actualmente en Colombia podemos encontrar variadas instituciones que confirman lo que FOUCAULT denominaría el “archipiélago carcelario” el cual se basa en la disciplina, la clasificación, determinación y examinación del sujeto. Bajo este entendido, resulta que lo carcelario está presente en cada una de las instituciones de nivel cotidiano que buscan la

²⁰¹ Ibíd. P 301

²⁰² Ibíd. P 303

determinación y creación de un sujeto de conocimiento; así pues se halla en los colegios, las familias, las universidades, las escuelas, las fábricas y las prisiones. Así pues, la lectura de vigilar y castigar nos deja unos efectos importantes que se desprenden de este “archipiélago penitenciario”. A saber, los enunciaremos uno por uno y haremos su respectivo análisis.

1. Continuidad de institución a institución con el fin de hacer pasar imperceptiblemente de la indisciplina a la infracción penal.

El sistema carcelario se encuentra en todas partes, se mueve de un lado a otro. Es evidente, solo que tiende a llamársele de una manera más suave según corresponda: indisciplinado en la Escuela, desviado en el Hospital o quien nos incumbe justo ahora, el delincuente que se encuentra en la prisión. “El encarcelamiento con sus mecanismos de vigilancia y de castigo funciona por el contrario según un principio de relativa continuidad. Continuidad de las propias instituciones que remiten las unas a las otras (de la asistencia al orfanato, a la casa de corrección, a la penitenciaria, al batallón disciplinario, a la prisión; de la escuela a la sociedad de patronato, al obrador, al refugio, al convento penitenciario, de la ciudad obrera al hospital, a la prisión.)”²⁰³

2. Encauzamiento de la docilidad y fabricación de la delincuencia.

Cuando hablamos de encauzamiento de docilidad, debemos hacer notar que el archipiélago carcelario, al encontrarse como hemos observado en cada una de las instituciones oficiales, o instrumentos de poder puede calificar y encauzar desde las fases más pequeñas a sus “buenos” niños, “buenos” estudiantes o “buenos” ciudadanos. Recordemos aquella función positiva del poder que consiste en fomentar el individuo que examina. Bien claro podríamos dejarlo citando a FOUCUALT

²⁰³ Ibíd. P 306

Ésta es la primera función de la universidad: colocar a los estudiantes fuera de circulación. Su segunda función, sin embargo, es una función de integración. Una vez que el estudiante ha pasado seis o siete años de su vida en esa sociedad artificial se convierte en alguien asimilable: la sociedad ya puede consumirlo. De forma insidiosa ha recibido los valores de esta sociedad, ha recibido los modelos deseables de conducta, las pautas de ambición, los elementos de un comportamiento político, de tal forma que ese ritual de la exclusión termina por adoptar la forma de la inclusión y de la recuperación o de la absorción.²⁰⁴

Por otra parte, deberemos referirnos también a la fabricación de la delincuencia desde las instituciones mismas, esto resulta tan sencillo como que desde pequeño se le lleva a un niño toda una historia, toda una verdad oficial que ha venido registrándose pacientemente en documentos oficiales, colegios públicos o privados, talleres de enseñanza, Universidades y fábricas. Bajo este punto de vista, el estudiante indisciplinado que fue expulsado del colegio, saldrá a la calle donde encontrará “vagancia” y “perversión” aprenderá a delinquir lo hará y parará en una cárcel.

A simple vista parece que se excluye de la sociedad a ese individuo, pues lo cierto es que no es así, si no funcionas en el colegio vas a la correccional, sino vas a la calle, si no vas a la prisión; por ultimo hacer mención a la indigencia, ¿quienes más visibles para nuestros ojos de ciudadanos que ellos? Esto nos permite comentar que ni ellos los mendigos de las ciudades colombianas se encuentran fuera del archipiélago carcelario, pues de qué otra forma un joven o niño podría diferenciar lo que es bueno y lo que es malo, lo que es un ciudadano de bien, con un indigente de la calle.

²⁰⁴ FOUCAULT, Michel. Conversación con Michel Foucault. EN: ALVAREZ URÍA, Fernando y VARELA, Julia. Estrategias de poder. Barcelona. Paidós ibérica. 1999. p 29-30.

FOUCAULT, solía explicarlo de una mejor manera: “Si bien es cierto que la prisión sanciona la delincuencia, ésta, en cuanto a lo esencial, se fabrica en y por un encarcelamiento que la prisión, a fin de cuentas, prolonga a su vez. La prisión no es sino la continuación natural, nada más que un grado superior de esa jerarquía recorrida paso a paso. El delincuente es un producto de institución.”²⁰⁵

Esto significa que esta sociedad carcelaria está concebida para fabricar al delincuente de la misma manera en que fabrica buenos jueces o médicos.

3. Volver natural y legítimo el poder de castigar.

Al encontrarnos dentro del archipiélago carcelario, encontramos que las mismas técnicas de castigo o por lo menos similares y planteadas en una escala donde la prisión sería la última y más fuerte podemos entonces observar a los colegios castigando con aislamiento, trabajo físico forzado y anotaciones administrativas que en ultimas no serán otra cosa que los ítems a calificar en la persona del alumno; lo mencionado deja claro entonces que si se aplica un castigo desde chico a alguien, a la hora de ver el castigo sobre el o un criminal, simplemente se aceptaría o sería tranquilamente tolerable que este chico que cometió un delito pague su condena mediante un castigo de encierro y corrección en la prisión. Así lo entendía FOUCAULT “Pero el efecto más importante quizá del sistema carcelario y de su extensión mucho más allá de la prisión legal, es que logra volver natural y legítimo el poder de castigar, y rebajar al menos el umbral de tolerancia a la penalidad.”²⁰⁶

En consecuencia, se puede hablar de una especie de escala jerárquica de intensidad del ejercicio del poder, siendo sus escalones: la familia, la escuela, la correccional, la universidad, la fábrica, el hospital y la prisión.

²⁰⁵ FOUCAULT, Michel. Vigilar y castigar. Prisión. Madrid: Siglo XVI editores. 1999. P 308

²⁰⁶ Ibíd. P 308

Por lo tanto, la prisión como creadora y organizadora de la delincuencia continúa lo que se empezó en alguna otra de las instituciones que pertenecen a la escala.

4. Poder Normalizador:

Ahora bien, aparte de ese ejercicio constante de disciplina que aplica la administración carcelaria, también necesita para que sea completo, el conocer completamente al sujeto; para eso cuenta el sistema penal con todo un ejército de saberes ajenos a él que le harán más fácil la clasificación de los internos a la administración carcelaria. Del texto VIGILAR Y CASTIGAR se puede extraer:

Los jueces de normalidad están presentes por doquier. Nos encontramos en compañía del profesor-juez, del médico-juez, del educador-juez, del trabajador social-juez, todos hacen reinar la universalidad de lo normativo, y cada cual en el punto en que se encuentre le somete al cuerpo, los gestos, los comportamientos, las conductas, las actitudes, las proezas. La red carcelaria bajo sus formas compactas o diseminadas, con sus sistemas de inserción, de distribución, de vigilancia, de observación, ha sido el gran soporte en la sociedad moderna, del poder normalizador.²⁰⁷

5. Captación del cuerpo y su perpetua observación.

Funciona gracias al modelo panóptico de fijación, distribución y registro; de forma tal que se adquiriera un saber cómo ya se vio que proviene del cuerpo de los internos, de sus conductas y su cotidianidad.

²⁰⁷ Ibíd. P 311

Importante recordar que en los colegios, universidades, hospitales y fabricas existen las mismas técnicas de normalización del sujeto.

6. Solidez de la Prisión.

Se observa por una parte, que el funcionamiento de lo carcelario tiene que ver con la política pro ilegalismos que se estructura en la filosofía penal del mundo entero. En países como el colombiano se evidencia una política criminal que busca penalizar con prisión cada vez más ilegalismos.

Tanto por otra, la cual respecta a la inundación de saberes normalizadores que poco a poco desplazan al derecho penal, en mejores formas se expresó FOUCAULT: “En medio de todos estos dispositivos de normalización que se van estrechando, la especificidad de la prisión y su papel de juntura pierden parte de su razón de ser”²⁰⁸. Esto, en pocas palabras equivale a decir que la intervención de la ley penal ha de perder mucho terreno a la hora de ser la última palabra cuando de responsabilidad penal de un ciudadano se trata.

Para concluir, en primera medida, diremos que el poder no es una cosa o un objeto que se pueda tomar en manos o pueda estar en manos de alguna de las llamadas ramas del poder público. Esto en cuanto, hemos aprendido que el poder se ejerce de manera microfísica y cotidiana todos los días entre los cuerpos que pertenecen a una sociedad netamente carcelaria, en palabras de Michel FOUCAULT

Que en el corazón de esa ciudad, y como para que resista, no hay el <centro de poder>, no un núcleo de fuerzas, sino una red múltiple de elementos diversos: muros, espacio, institución, reglas, discursos; que el modelo de la ciudad carcelaria no es, el cuerpo del rey con los poderes que de él emanaban, ni tampoco la reunión contractual de las voluntades de la que

²⁰⁸ Ibíd. P 313

naciera un cuerpo a la vez individual y colectivo, sino una distribución estratégica de elementos de índole y de nivel diversos.²⁰⁹

Por otra parte, es viable comentar tal como lo hacía FOUCAULT que antes del nacimiento de la prisión tal como se concibe actualmente, en el mundo ya se hablaba de métodos de castigos y técnicas de corrección, o por lo menos el discurso teórico de la prisión a partir de la segunda reforma data de comienzos del siglo XIX. Bajo el anterior marco de ideas FOUCAULT concluyó: “Que la prisión no es la hija de las leyes, ni de los códigos, ni del aparato judicial; que no está subordinada al tribunal como el instrumento dócil o torpe de las sentencias que da y de los esfuerzos que quisiera obtener; que es él, el tribunal, el que es, por relaciona ella, exterior y subordinado”²¹⁰

Ahora bien, todo esto encontrándonos en una sociedad panóptica, cuya finalidad es normalizar al individuo mediante el archipiélago penitenciario, de modo tal que pueda extraer en cada una de las etapas e instituciones que recaen sobre el individuo ese saber que necesita para docilizarlo.

²⁰⁹ Ibíd. P 314

²¹⁰ Ibíd. P 314

TERCER CAPITULO

TRABAJO DE CAMPO

Como hemos puesto de manifiesto, nuestro trabajo investigativo cuenta con tres aspectos que parecen fundamentales a la hora de definir la presente monografía. Estos son, la explicación de lo que hemos denominado “conocimiento oficial”, que esta comprendido por teoría oficialista (humanista), por la verificación de la norma penal y penitenciaria colombiana, y la jurisprudencia.

En segunda medida, hemos querido explicar la evolución histórica del concepto humanista, esta vez desde la perspectiva del profesor Foucault, intentando mostrar una perspectiva diferente a la oficialista, y que es una suerte de discurso que ha sido aislado, tapado y no reconocido.

Por ultimo, se hizo necesario realizar un trabajo de campo, en esta oportunidad con una población bastante vulnerable como lo es la población penitenciaria. En nuestro caso, quisimos trabajar con la población de la cárcel “MODELO” de la ciudad de Bucaramanga, debido a que ya se habían realizado trabajos de investigación desde la academia en otras prisiones como lo son la de máxima seguridad de “PALOGORDO” y en la cárcel de mujeres.

Antes de empezar a mostrar los resultados que arrojo la investigación en la prisión, quisiéramos narrar las condiciones e inconvenientes que encontramos al momento de realizar una investigación como esta.

Es sabido que el contexto político y social del país no es en absoluto favorable para las personas que intentan realizar una investigación que no se desprenda directamente del discurso oficial, además si tenemos en cuenta la difícil situación penitenciaria que se vive en el país desde hace ya unos cuantos años, se entenderá del por que estamos sugiriendo las difíciles condiciones y el recelo por

parte de la administración penitenciaria al momento de intentar sacar el saber que se encuentra allá aislado y oculto.

En esa medida, es menester señalar que el primer obstáculo lo encontramos desde la misma academia, que no prestó un apropiado y coherente acompañamiento a la labor que estábamos realizando, por lo cual fue necesario recurrir a otro tipo de acompañamiento e introducción de nuestra labor en la prisión.

Después, la difícil situación que llevo explicar a las autoridades carcelarias los alcances de nuestra investigación, los fines de la misma y la difícil tarea que consistió que nos permitieran el acceso a las diferentes comunidades de la prisión.

Esa autorización emanada de las autoridades carcelarias, consistía en el acceso durante una semana a todas las comunidades que se contaban en la prisión, esto con fines observatorios y de verificación de ciertas teorías que han sido por demás ampliamente explicadas en el presente trabajo. También se busco verificar las condiciones de dignidad humana que deben existir dentro de la prisión, que han sido señaladas por la corte constitucional y corte suprema ya en repetidas oportunidades.

La autorización también nos daba vía libre para realizar entrevistas a los detenidos, al personal administrativo, al personal de la oficina jurídica, al personal medico y psicológico, al personal de guardia y custodia (dragoneantes), y al director o subdirector de la prisión. (Anexo 1)

METODOLOGIA DE INVESTIGACION

Nuestra investigación de campo se trato básicamente de una serie de entrevistas realizadas a diferentes sujetos que se encuentran en la prisión, ya sea por su trabajo ya sea porque están detenidos.

En esa medida, se utilizo el método cualitativo, como método de recolección de información, utilizando una serie de entrevistas tendientes a indagar sobre la situación de dignidad humana, correcta infraestructura, tratamiento disciplinar penitenciario, y en general las condiciones en las cuales debía convivir una persona privada de la libertad.

Siendo así, se realizaron seis entrevistas a personas reclusas, entre las que podemos contar: una persona reclusa en el patio 2 (por hurto agravado), dos personas reclusas en el patio 6 (un ex comandante paramilitar y un sicario), una persona de la comunidad LGBTI, dos personas del patio 4 (una de ellas de nacionalidad extranjera).

Se realizaron tres entrevistas al personal de seguridad, contando: entrevista al dragoneante RIOS, a un distinguido, y al dragoneante FLOREZ, este último de gran importancia puesto que fue el quien creo el proyecto constituido por la “COMUNIDAD TERAPEUTICA NUEVOS HORIZONTES”.

Además se realizo entrevista de al personal de psicología (psicóloga) y con el personal de la oficina jurídica.

También decir, que contamos con el registro magnetofónico da cada una de las entrevistas realizadas, y este registro también será anexado al presente trabajo.

Para efectos de sintetizar lo más importante que pudimos reconocer en estas entrevistas, transcribiremos anotaciones que se hicieron de algunas entrevistas:

DRAGONEANTE RIOS.

Su relación con los presos es en general buena, a razón, según él, de la llegada de los derechos humanos, exalta a la dignidad humana.

Dragoneante encargado del área de talleres, donde se encuentran 230 internos.

Los internos necesitan estar en talleres para redimir pena. La guardia se basa en esto para mantener el orden. Ej. Castigan a un indisciplinado sacándole de talleres.

La fuerza solo se ejerce cuando sea necesario.

Planta física limitada. Dice que solo 900 internos de 3000 aproximadamente están estudiando o trabajando.

Habla capacidad máxima de la cárcel 980 internos.

Comenta que la resocialización solo existe en el interno mismo, por la familia o por conocimiento de “dios”.

Régimen disciplinario, informe de falta.

Identifica el hurto dentro de los talleres. Aunque luego de aplicar disciplina aparece lo que se pensó hurtado.

Así mismo observa internos inhalando bóxer a los cuales se les suspendió.

Describe las condiciones físicas del establecimiento, haciendo hincapié en el hacinamiento. Habla de un patio con 1400 internos (capacidad física del patio es de 200).

Dice que el hacinamiento desfavorece “todo”, incluyendo la resocialización. Hacinamiento principal característica del fracaso.

Ve con recelo la tendencia peligrosista de la política criminal colombiana. Cree que debe aplicarse la última ratio al derecho penal.

Comenta que cuentan a los internos dos veces al día.

Menciona que las sanciones disciplinarias no portan a la resocialización del delincuente, más bien aporta a la disciplina del sujeto.

Lo internos tienen un líder -cacique-, al cual responden dentro del patio. Elegido por los internos.

Comenta que la administración de la cárcel modelo trata de resocializar, sin embargo el hacinamiento se lo hace imposible.

Nos dice que la actividad moralizante de la religión es importante en algunos presos.

Puntualiza que la prisión hacia la época que el ingresó (2001) era mucho más violenta la situación penitenciaria.

Dragoneante Flórez.

Diseño un proyecto de comunidad terapéutica dentro de la prisión, en el cual se tiene un aproximado de 80 internos, que han tomado la decisión de dejar de consumir y abusar de sustancias psicoactivas, dándoseles un tratamiento, basado en la terapia ocupacional.

Para acceder al tratamiento, los internos deben enviar una carta, a partir de allí se le hace un estudio a la personalidad del interno, y se determina si es apto y cumple con las condiciones para pertenecer a la comunidad.

Relación de respeto con los internos, sustentada en el discurso humanista.

Aplicación del discurso humanista para la readaptación del sujeto... actividades lúdicas para los presos. Se “entretienen de manera organizada”, haciéndoseles un “buen manejo del tiempo libre”.

El como dragoneante no ve al interno desde el punto de vista de que es un delincuente, que le ha fallado a la sociedad, sino como una persona que merece una oportunidad de cambiar y de mejorar en pro de una mejor sociedad.

La misión de él y de la comunidad terapéutica es orientar al sujeto, enseñarles el valor de la libertad, que para lograr cosas en la vida es necesaria la disciplina y el respeto de la norma. → Desde ese punto de vista es como un colegio.

Utilización estricta del tiempo del condenado, desde que se levantan hasta que se acuestan deben estar ocupados. Hay terapia psicología, deportiva y ocupacional. En general un proceso motivacional, puesto que están en un proceso de dejar las drogas, sin aplicar tratamiento farmacológico para superar la adicción.

Básicamente se utiliza el reacondicionamiento físico y la utilización de la música y la danza.

Se mantienen ocupados para que no piensen en cosas malas del pasado y más bien miren hacia un mejor futuro.

Intervención de todo un cuerpo colegiado en el proceso de readaptación del sujeto.

Terapia espiritual; reflexionar sobre la importancia de un estilo de vida saludable; vinculación de la familia en el proceso, sin ello no sería posible el buen funcionamiento del tratamiento

Se firma un contrato de conducta en el cual se compromete a participar en las actividades y cumplir con la jornada terapéutica y académica. No hay llamadas telefónicas, visita conyugal solo una vez al mes y debe ganársela. Como? Verificando su comportamiento, que está trabajando en mejorar el mismo, puesto que el problema no es la droga, sino la actitud del detenido.

Generación de nuevos hábitos de conducta que les permitan ser sociables y convivir con las demás personas.

Cada uno lava su ropa y hace la propia limpieza de su área. Algunas disposiciones disciplinarias que implican diferenciación en la vestimenta del sujeto, dependiendo la observación de las normas de la comunidad.

Otras sanción es la pérdida de la silla, lo cual implica comer en el anden o en el pasillo.

En el proceso terapéutico la institución pone el 10 %, mientras que el condenado y su familia ponen el 90 %. Es decir, es necesaria la disciplina de la institución para encaminar al sujeto, pero es absolutamente necesaria la participación activa del mismo y que esta participación no solo sea forzada sino deseada.

Se busca la posibilidad de enseñar a la familia a que le de una nueva oportunidad a la persona, pero una oportunidad en la cual va estar incorporada la vigilancia, el seguimiento, el cumplimiento de la norma, etc.

No se puede socializar dos veces a la persona, lo que se busca es que reincorpore a su accionar el respeto y naturalización por la norma, como ya se le ha enseñado en otras instituciones antes de llegar allí, pero que no interiorizo en su conducta. Se busca básicamente, con una aplicación mas rígida de la disciplina que el sujeto refresque y se adapte por completo a las conductas correctas.

Esa comunidad es una minoría, en un proceso que produce resultados mínimos (en cantidad) comparados con otras comunidades en el penal. En el concepto de el, no se dan las condiciones de readaptación en los demás patios del penitenciario.

Simplemente se esta llevando al sujeto a una cárcel para apartarlo de la sociedad pues se considera un peligro, no para que se readapte, puesto que no existen las condiciones materiales para la readaptación del interno. Empezando por el hacinamiento.

Tampoco hay suficiente personal en labores de intervención al interno, tipo psicólogos, trabajador social, médicos, terapia ocupacional, etc.

No se trata solo de encerrar a una persona, sino de cambiarle la mentalidad. Si se mantiene encerrada sin hacer nada, se corre el riesgo de que aprenda más vicios y desvíe más su conducta.

Las condenas mas largas no ayudan a la readaptación de la persona.

Lo que se busca es crear un sujeto útil, al cual se le brinden y aproveche oportunidades de trabajo, educación, etc., tanto adentro, como afuera de la prisión, puesto que por falta de las mismas es que el sujeto ha cometido el ilícito.

Las condiciones del establecimiento no permiten a muchos condenados acceder a programas de readaptación social, los cuales por falta de recursos no son financiados totalmente por la administración, sino que debe estar a cargo del sujeto y de su familia. Por ejemplo, deben pagar su propia universidad, en los talleres deben tener sus propios materiales para trabajar, etc.

Se nota la relación de sujeción especial, puesto que se les priva de la libertad y eso conlleva directa o indirectamente a la violación, suspensión o afectación de otros derechos.

No hay condiciones de dignidad humana en las condiciones que atraviesa un sujeto en una prisión. Hay un olvido casi tácito del condenado por parte de las instituciones gubernamentales.

Yendo más allá, el problema es de política criminal en el país, un problema que traspasa el poder del juez o el ejecutivo, y que no se solucionara sino con un diseño de una mejor política criminal, que no tienda tanto a encarcelar sino que le encuentre otras sanciones más acertadas y más favorables a la readaptación del sujeto.

Según el, los internos han sido pacientes y tolerantes respecto a las condiciones de los establecimientos penitenciarios

De cualquier manera, se ve que las personas que han estado en el establecimiento penitenciario terminan por volver, puesto que no se entregan a la sociedad bien preparados en valores morales y normas de conductas, así como no se le brinda ni siquiera la oportunidad de incorporarse al sistema.

Psicóloga:

La relación con, y entre los internos es bastante favorable. Los niveles de agresividad no son elevados. A pesar de las condiciones de hacinamiento existe un nivel adecuado de convivencia.

Valoración inicial a nivel de psicología, medicina, psiquiatría, jurídica, etc.

Se encuentran personas tipificadas ya con patología con esquizofrenia, alteración mental por deterioro cognitivo, trastorno bipolar, trastorno adaptativo, depresión, y demás trastornos que se van encontrando a medida que avanza el tratamiento.

Depende el tipo de patología, se da el tratamiento.

Es decir, si la patología es encontrada por el personal de psicología, este debe remitir al medico, para que sea el quien remita al psiquiatra.

Desde psiquiatría se determina el tratamiento farmacológico. → Se hace un resumen mensual y se pasa a coordinación médica. Se le hace un control.

Tratamiento farmacológico, terapéutico ocupacional, o de psicología.

Esto con el fin de que de acuerdo a la patología el interno pueda recibir el tratamiento adecuado y acceder a la readaptación social.

Si se considera que el interno no es funcional y no puede convivir en el contexto carcelario, se solicita al juzgado que remita a medicina legal para que se determine el grado de inimputabilidad de la persona.

Diferentes tipos de test de personalidad (minnie mool, 16pf, etc.) Permiten encontrar características en los rasgos de personalidad de los internos y arrojan un mejor interpretación de la patología del interno.

Tratamiento individual, revisar por que sucede...

Hay problemas de hacinamiento.

Cuenta con posibilidades de salud, de redención de pena, acceso a trabajadores sociales, etc.

Favorecen en la medida en que tienen posibilidades de trabajo, estudio y enseñanza. Necesita de la motivación de cambiar la conducta. Interiorización del delito.

Ellos tienen una normatividad interna, que permite evaluar la evolución del comportamiento del sujeto, evaluar si hay posibilidades de reincidencia, si su conducta corresponde a la desatención de la norma, o si el condenado esta llevando a cabo un proceso adecuado de resocialización y readaptación en su entorno familiar, socia- económico, laboral, etc.

El establecimiento cuenta con colegio, educación media y superior.

Círculos de productividad. → Zapatería, marroquinería, etc.

La resocialización depende de la interiorización del delito y de las ganas de cambio. No administrativamente.

Se debería revisar la política criminal, que tienda a no castigar más y crear más ilegalismos sino encaminarse en una política de prevención.

No se debería castigar con cárcel, delitos como inasistencia alimentaria y como violencia intrafamiliar, sino buscar unas soluciones no tan gravosas para la persona condenada y las consecuencias en su entorno que la sanción genera.

Buscar mas una política de prevención y no carcelaria, donde la persona seguramente va a reincidir debido a, tal vez, algún tipo de resentimiento o simplemente por que en la prisión aprendió un estilo de vida delictivo, que no necesariamente tenia incorporado antes de entrar allí.

INTERNO 1

Este interno es perteneciente al patio seis, puesto que es una persona que se acogió a la justicia transicional. El perfil, es de una persona de comportamiento violento, con condena de más de ocho años. Esta allí por cometer diversos asesinatos.

Se levantan desde las 5 de la mañana, bañarse, desayunar, y la guardia los cuenta. El sale de taller a las 4 los cuentan nuevamente y la comida.

Piensa que la resocialización es salir a la calle y que cada quien busca sus medios de salir pronto.

Las instalaciones de los patios son defectuosas, existe hacinamiento.

Comenta que hace dos años había menos hacinamiento.

Encuentra talleres y colegio como únicos espacios para resocializarse.

Reconoce tres voces de mando en el patio. En primera medida el cacique y dos “manos derechas” suyas.

No conoce la ley. Dice cosas como: “la ley de ellos”.

INTERNO 2

Este interno es de un perfil de baja seguridad, que ha cometido un delito no muy grave y esta condenado a casi ocho de prisión, su delito fue un hurto a mano armada (arma blanca), propiciándole una puñalada a su víctima.

Ocho años de prisión. Habla de su resocialización por “Jesucristo”.

Dice que actualmente está en el beneficio de talleres aunque no está haciendo nada por falta de material.

Se levantan a las cinco de la mañana, los cuentan, los que van al taller regresan a las tres y treinta para contarlos, comida. Los sábados y los domingos deben estar todo el día en el patio.

Lee la biblia. Dice que se resocializa por interés propia aunque no entiende el concepto.

La relación con los guardias es buena a medida que no se falte al respeto.

Condiciones físicas del establecimiento indignas.

Encuentra tanto talleres como escuela como métodos resocializadores.

Nota normas disciplinarias dentro del establecimiento.

Encuentra voz de mando por parte del cacique dentro del patio.

De su conocimiento, tan solo veinte presos de los que se encuentran en su patio se “resocializaron”

Por ultimo, se realizo observación de las comunidades dentro de la prisión, con el fin de verificar ciertos postulados y ciertas condiciones de vida dentro del penal, si esas condiciones cumplen con las normas para el tratamiento penitenciario ratificadas por Colombia, y si en general se cuentan con condiciones de dignidad humana que garanticen la resocialización del delincuente.

RESULTADOS Y VERIFICACION TEORICA

Es momento, de contrastar con nuestro sistema penitenciario, conceptos de la teoría del profesor Foucault que fueron tan importantes en los lineamientos del presente escrito, y serán los que nos brinden el soporte teórico para plantear y transmitir las conclusiones y lo que consideramos es el sistema penitenciario colombiano, como se están aplicando las medidas de readaptación social, y sobre todo, cual es el tratamiento y uso que se le da al sujeto delincuente dentro del sistema penitenciario colombiano.

Principios, o más bien, conceptos claves en la teoría criminal y penitenciaria de profesor Foucault como: poder, saber, verdad, vigilancia, disciplina, prisión, delincuencia, etc., son los que vamos a entrar a contrastar y a verificar dentro de la aplicación del sistema penitenciario. Esto lo logramos, a través de la investigación, observación y verificación de las condiciones penitenciarias y de la población reclusa dentro de la cárcel “MODELO” de la ciudad de Bucaramanga (ya explicamos las características de esta investigación y la metodología de la misma), así como con el acercamiento y entrevistas al personal de vigilancia y custodia (dragoneantes), personal de psicología, medicina, personal administrativo y por supuesto, con los detenidos mismos.

Específicamente, el contraste y verificación de las condiciones penitenciarias lo hacemos a partir del análisis de la ley penal y penitenciaria colombiana, su análisis

histórico, de la verificación de las llamadas por la ONU “condiciones mínimas del tratamiento penitenciario”, y de la observación de las condiciones que encontramos en la prisión.

Ahora bien, lo importante será preguntarnos en qué medida esas condiciones de tratamiento penitenciario contempladas en la ley, y las aplicadas en realidad en el sistema penitenciario colombiano, favorecen a la readaptación social del delincuente – desde el punto de vista del saber oficial – es decir, a la reincorporación al sistema de producción burgués y respeto por la norma por parte del delincuente, y a los resultados exigidos por esa misma norma, es decir, si en realidad logran que la persona se readapte en los parámetros de su discurso.

Una rápida respuesta a esto, la deberíamos encontrar en las condiciones en las cuales debe convivir la persona reclusa. Es decir, si ese es el parámetro, es claro que no hay lugar a la resocialización (desde el discurso oficial) en el sistema penitenciario colombiano. Por lo cual debemos decir que hay un fracaso desde el discurso oficial, que ni siquiera (siendo tan fácil) brinda las condiciones de vida digna, ni las condiciones de aplicación de disciplina. Es decir, no vemos en la aplicación del tratamiento penitenciario las pautas disciplinarias, para llevar a cabo el proceso de readaptación social – entendido este como una docilización, rentrenamiento del cuerpo y trabajo sobre el “alma” del condenado -. Pero tampoco encontramos correcta aplicación del discurso desde la premisa de que la resocialización consiste en incorporar a la persona al modo de vida y producción burguesa, puesto que no se dan las condiciones, primero, desde las instituciones penitenciarias, y segundo, no se dan condiciones por fuera del muro para que la persona se incorpore a la sociedad, en todos los parámetros que plantea la resocialización.

Ahora bien, si hacemos un pequeño análisis de por qué las condiciones de aplicación de disciplina no se dan, rápidamente podemos recurrir a dos

respuestas. La primera, decir que el sistema de disciplina estudiado por nosotros en esta investigación, fue el que ya había analizado el profesor Foucault años atrás, y que son mecanismos que se venían aplicando hace varios siglos en Francia e Inglaterra (pueblos que gozan de una reputación de ser organizados, hasta en los mínimos detalles), que lograron con alto grado de efectividad, triunfar en la creación del sujeto dócil y de transportar el sistema de disciplina militar a las demás instituciones sociales. En segundo término, se debe a que básicamente la institución por nosotros estudiada es una prisión de mínima y mediana seguridad, que no está concebida para el tratamiento disciplinar estricto, con el manejo del tiempo que eso conlleva, donde por idiosincrasia, el concepto y la aplicación de disciplina son mucho más laxos que los parámetros regulares que se puede tener de ellos. Por supuesto, siendo todas las instituciones sociales el reflejo de lo que somos como cultura y como pueblo, la institución penitenciaria no puede escapar a la realidad que es Colombia.

Haciendo un análisis puntual de la prisión, de la forma de aplicación de disciplina, del sujeto, de las relaciones cotidianas entre los miembros de la comunidad penitenciaria y de la institución penitenciaria en general. Vemos que, en principio la institución cuenta con siete “patios” o “comunidades”, según se quieran nombrar. Los cuales dividen al detenido según su perfil de personalidad y según el delito cometido, así como por el nivel de seguridad que implica el detenido – alta, mediana, o baja – los de alta son personas condenadas a muchos años de prisión (20 años en adelante), mediana seguridad son condenados que cuentan con algunos beneficios, que ya están en el establecimiento hace un buen tiempo y que se les permite por su condición de mediana seguridad acceder a programas como redención de pena. Los de baja seguridad, son condenados que no representan casi ningún peligro para el funcionamiento del establecimiento, puesto que ya están prestos a finalizar la condena, así como no representan un peligro de fuga, además cuentan con beneficios como las 72 horas, o el trabajo por fuera del

muro, con la certeza de que van a volver a sus sitio de reclusión al final de la jornada.

En el patio siete, encontramos los condenados que hicieron parte de la administración del estado, es decir, que allí encontramos ex policías, ex funcionarios públicos, ex militares, y en general todos los servidores públicos que cometieron delitos, ya sea en función de su labor o en hechos que no tienen que ver con la misma.

En el patio seis, encontramos en su mayoría a condenados que se acogieron a la ley de justicia y paz, y que se encuentran en un proceso especial de justicia transicional, los cuales por su perfil deben estar separados, y cuentan desde algún punto de vista con un status.

En el patio cinco, encontramos delincuentes sexuales.

En el patio cuatro y dos, encontramos delincuencia común.

En la comunidad 3 A, se encuentran las personas pertenecientes a la comunidad LGBTI.

Y por último, encontramos la “COMUNIDAD TERAPEUTICA NUEVOS HORIZONTES”, encaminada a tratar a los condenados que quieran cesar el uso y abuso de sustancias psicoactivas, proceso vital en lo que se considera la readaptación social del delincuente. Más adelante, tendremos oportunidad de referirnos a ella en forma detallada.

Para empezar esta descripción, primero debemos aclarar que el régimen disciplinar que se maneja en la prisión no es idéntico en las diferentes

comunidades y patios descritos anteriormente. Esto debido a múltiples factores que vamos a detallar más adelante.

Primero, vamos exponer la situación del establecimiento. En este, la vida del detenido transcurre regida por un cierto sistema de disciplina, muy famélico, que consiste en despertarse a las cinco de la mañana, pasan a bañarse, a eso de las 6 de la mañana deben estar prestos en filas para el conteo, después de ello, pasan a las diferentes actividades que realicen (esto en el caso de los que pueden acceder a programas de redención de pena, así como de capacitación laboral, enseñanza, etc.), el resto de detenidos, que son la gran mayoría, se quedan encerrados en el patio sin hacer nada.

El funcionamiento dentro de los patios, allí no hay atisbo de un control aunque sea mínimo de las actividades que realizan los presos. Simplemente se dejan encerrados en el patio, el cual está custodiado por dos o tres miembros de la vigilancia, que están en la entrada, cuyo trabajo (en cuanto a la custodia del patio) solo consiste en abrir y cerrar la reja cuando sea necesario y no permitir que ingresen o salgan personas no autorizadas. No se encuentra una custodia mayor en cuanto a las celdas en los patios, puesto que ya no existen celdas individuales o cuando menos compartidas, todo se encuentra abierto y los detenidos deben dormir donde puedan, podríamos decir que cada patio podría constituir una gran celda.

En cuanto a la disciplina en el mismo, se debe decir que por la falta de custodia directa dentro del patio, no se puede verificar por parte de la guardia y del establecimiento el acatamiento de órdenes y de normas de convivencia dentro del mismo, aunque por supuesto si se cuenta con una custodia desde la torre de vigilancia, que hace las veces de representación del panóptico, en el cual quién vigila puede ver todo sin ser prácticamente percibido. Por lo anterior, los detenidos y la guardia misma, reconocen la existencia de un “líder” dentro del patio, el cual le

denominan “cacique”, será el quien este encargado de “la disciplina” dentro del patio, además de que se hará responsable de dar explicaciones respecto a situaciones como riñas, una eventualmente muerte, así como es a él a quien se debe remitir para la eventual “compra” de una celda, así como protección personal del delincuente o temas como quien puede “jibarear” dentro del patio. A él se deben remitir para cualquier actividad que se realice en el patio, así como a quien se acepta en un patio y quién no.

Este funcionamiento pseudo legal dentro del patio es admitido, permitido y tomado como natural (debido a la imposición de este accionar), tanto por el cuerpo de custodia como por el detenido y cuenta con cierto grado de incuestionabilidad, puesto que el cacique es elegido cuasi democráticamente.

Ahora bien, hay que decir que el efecto del cacicazgo no se reproduce en todos los patios de la penitenciaría, en el patio siete y seis por ejemplo, no se ve esta situación de un líder de patio. Allí, se rigen por las normas regulares de convivencia de cualquier espacio, y no están sometidos a la voluntad de nadie, más que la de ellos.

Problemas e ilegalismos como el consumo de droga dentro del penal, riñas entre detenidos, hurtos, y básicamente estar bajo la ley del más fuerte. Son las principales características de la vida en el establecimiento, esto, sumado a las deplorables condiciones de higiene, a la mala infraestructura y las condiciones de hacinamiento, son las que no permiten (en cuanto a aplicación de discurso oficial) la efectiva readaptación del condenado.

Además, notamos que aunque existen programas encaminados a la resocialización del sujeto, en cuanto a los parámetros de producción, como lo son talleres donde trabajan diferentes tipos de manipulación a la madera (cuadros,

gallinas, barcos, etc.), trabajo de zapatería y marroquinería (como los círculos de emprendimiento), panadería, etc.

También existe la institución “SAN JUAN BOSCO”, la cual ofrece oportunidades de estudio a los detenidos, con programas que van desde la educación básica, educación media y superior. Las personas que acceden a este programa deben cumplir con un examen de admisión, y por supuesto cumplir con una conducta y con un horario estricto.

Para finalizar la jornada, las personas que redimen pena con estudio o trabajo, deben volver a sus respectivos patios a partir de la 3: 30 de la tarde, donde a eso de las cuatro se les contara, y se dejaran a su libre disposición en el patio.

COMUNIDAD TERAPEUTICA NUEVOS HORIZONTES

Sin embargo, también es justo decir que en la prisión no todas las condiciones son como las que acabamos de describir anteriormente, funciona dentro de ella una institución que se precia de ser el modelo de resocialización y por supuesto el ejemplo a mostrar por parte de la penitenciaria.

Esta es, la comunidad terapéutica nuevos horizontes. Esta comunidad, diseñada a partir de un proyecto del dragoneante EDGAR FLOREZ, se crea para intentar encaminar al sujeto a cesar el consumo y abuso de sustancias psicoactivas, como parte del proceso de resocialización del sujeto. Esta comunidad cuenta con cerca de 80 internos, quienes son seleccionados minuciosamente para participar en el programa, al programa solo acuden personas que tengan la convicción y el deseo de acceder a una efectiva resocialización y sobre todo a dejar el consumo abusivo de drogas.

Cabe decir, que las condiciones son diferentes aquí comparadas con los demás patios, puesto que no vemos en primer lugar ni cacicazgos, ni hacinamiento, ni la sensación de violencia que se percibe en los demás patios, así como las instalaciones son adecuadas para mantener a los sujetos que allí se albergan, se puede decir que se le respeta su condición de dignidad humana y que cumplen con las reglas mínimas del tratamiento penitenciario contempladas por la ONU, ratificadas y puestas en marcha en el ordenamiento jurídico colombiano, en lo referente a tratamiento penitenciario.

El tratamiento que allí se les da, está basado en la terapia ocupacional, terapia de grupo, terapia psicológica, así como reacondicionamiento del cuerpo, enseñándoles hábitos de cuidado y respeto personal, así como se les hace ver la importancia de llevar un estilo de vida saludable.

El ejercicio moralizante es tremendamente amplio y continuo en su tratamiento, permitiendo que el sujeto sienta culpa por su persona y por su actuar, haciendo mucho más fácil su proceso de docilización. Para hablar en términos Nietzscheanos, si se me permite, el sujeto cede su voluntad de poder a una institución, la cual por medio de la aplicación cuasi totalitaria de normas y vigilancia, termina por crear el sujeto dócil por excelencia.

En esta comunidad podemos verificar la representación casi perfecta de todos los postulados del tratamiento penitenciario, que permiten interiorizar por parte del sujeto su conducta, su castigo, y aplicar los parámetros y técnicas de control social.

ULTIMAS ANOTACIONES SOBRE LA PRISION

Pasando el tema de la comunidad terapéutica, debemos decir que en general, notamos que el discurso humanista ha empezado a trascender más hondamente

en el accionar penitenciario, siendo evidente también que mediante este discurso, se permite mayor aplicación de control, vigilancia y docilización. No nos engañemos pensando en la resocialización como una medida correcta para la incorporación del sujeto a la vida social, el discurso de resocialización, solo sirve para afianzar el control del sujeto y el control disciplinar social, así como solo funciona en la medida de creación de un sujeto bajo los parámetros fríos y rígidos de la disciplina, con lo cual casi que se le retira el libre albedrío a las personas y no se les permite escoger entre si algo es bueno o es malo, simplemente se les impone un saber y una conducta buena o mala, sin siquiera permitir que el sujeto se detenga a pensar si en realidad esa conducta es buena o mala, o solo es una imposición moral.

Ahora, cabe también decir que encontramos una característica general a la hora de definir por parte de los internos lo que es para ellos el convivir en el centro penitenciario (no solo los de la comunidad terapéutica), todos coinciden en que para ellos es como un colegio su transcurrir en el penal, puesto que deben levantarse a cierta hora, formarse a cierta hora, dirigirse a sus sitios de trabajo o estudio a cierta hora, volver de su jornada a cierta hora, y después acostarse. Es una disciplina simple, que ya ha sido asimilada e interiorizada desde antes del sujeto llegar a la prisión, la ven como natural y entienden que son castigados por que infringieron la ley, y que deben pagar por lo que hicieron.

Un aspecto fundamental en lo que se conoce como un buen proceso de readaptación, reposa en la voluntad de querer adaptarse de nuevo a la sociedad por parte del delincuente. Todos coinciden en que sin este impulso, a la administración le queda imposible lograr una efectiva readaptación del sujeto, puesto que las condiciones penitenciarias no pueden garantizar un efectivo tratamiento, por lo cual la gran parte del éxito de este proceso reposa en la voluntad del sujeto.

Por otro parte, debemos señalar que el elemento socializador, o más bien, la supuesta readaptación social del delincuente solo es una característica que se puede medir dentro de la institución. Es decir, el sujeto se muestra resocializado ante la administración, que es la que en última instancia determina el grado de socialización del sujeto. Esta resocialización solo se logra dentro de los límites físicos de la penitenciaría, ya que afuera de esta está el sujeto no va a contar con el régimen disciplinario estricto que se aplica en la prisión, que más que exigir su readaptación, exige su docilización frente a la norma y frente a la autoridad.

Como el sujeto no cuenta con la disciplina estricta que se le aplicaba en la prisión y sumado a que no debe temer a una sanción disciplinaria aplicada por parte de un guardia o de la autoridad administrativa, y sumado también a que al sujeto no se le pueden garantizar los medios mínimos para sobrevivir fuera de la prisión, este terminara en el peor de los casos por volver a delinquir.

Entonces, para no alargar nuestra premisa, es mostrar que el sujeto que esta intervenido por el discurso humanista y moralizante dentro de las prisiones, es un sujeto al cual le es más fácil la aceptación y la aplicación estricta de disciplina y manejo de tiempo, con lo cual se garantiza poder docilizar al sujeto y en el cual el sujeto ha cedido por completo su voluntad de poder, para responder a estímulos y ordenes determinadas, sin siquiera cuestionarse por que las cumple. En pocas palabras, queremos señalar al humanismo como un discurso que ha logrado domesticar a la persona por medio de su definición de lo que es “mas humano”, es mas humano docilizar, es mas humano encerrar.

Para empezar a terminar este capítulo, debemos volver a señalar que en el proceso de readaptación surge un inconveniente para que se dé efectivamente esta. Ese inconveniente es el hecho de que el proceso de readaptación se sustente y mantenga sobre la base de que es el condenado quien debe hacer la interiorización de sus actos y su deseo de remediarlos y no volver a cometerlos.

Es decir, prácticamente depende del sujeto el lograr readaptarse o no, mostrando un gran falencia en el tratamiento penitenciario brindado por la institución (siempre hablando desde el saber oficial).

En esa media, y como es evidente, el proceso de readaptación básicamente es un proceso de asimilación y adaptación al sistema de producción burguesa, por lo cual, vemos que una persona se considera más resocializada que otra en la medida en que logre incorporarse a la vida laboral, académica, etc., y por supuesto no vuelva a cometer delitos. Como vemos, la gran mayoría de ilegalismos competen a delitos contra la propiedad, implicando esto que casi por completo la población carcelaria se componga básicamente por personas de bajo nivel socio – económico, los cuales están más vinculados y propensos a la comisión de delitos, por falta de oportunidades y demás.

Todo lo anterior, sin caer en la interpretación marxista de la historia, pero si dejando claro que el ilegalismos de los bienes se sigue utilizando tanto o más, que cuando fue concebido hace ya más de dos siglos. Así, seguimos viendo las prisiones atestadas de personas que componen los bajos fondos de la sociedad, y a ellos son a los que se les impone la mayor gravedad de la prisión, basta con ver los patios destinados a los servidores públicos, o los grandes beneficios que pueda llegar a tener alguien que tenga dinero y pueda comprar una celda para él solo, o pagar protección dentro del penal. Sobre quien se muestra el poder desnudo siempre será el mismo, el más débil, el más pobre, el más vulnerable, ellos son los que siempre tendrán que llevar el estigma de delincuentes, puesto que es un sistema diseñado para afianzarles ese tipo de percepciones, no solo al sujeto delincuente sino a la sociedad que lo castiga.

Ahora bien, también es necesario hablar del sujeto que no comete conductas desviadas o jamás ha cometido un delito. Hay que hacer un análisis más a fondo de su conducta, puesto que sería importante señalar que son personas que más

allá de estar adaptadas socialmente, de estar normalizadas, son simplemente personas que están más docilizadas que las otras, a las cuales el discurso disciplinar les calo desde la temprana educación y ya son por sí mismas, los perfectos sujetos creados a partir de la sociedad disciplinaria y el panóptico. Son personas domesticadas.

Básicamente, se ha triunfado en la creación de sujetos que no cuestionen la inviolabilidad de la norma y que no cuestionen el acatamiento a las órdenes, así como la vigilancia y el control en todos los ambientes sociales en que se desarrolle. Todos estos factores, son de natural manejo para las personas que aceptan como propio este sistema de vigilancia constante y castigo.

Si quisiésemos hablar de forma metafórica, diríamos que somos máquinas programadas a imagen y semejanza de la sociedad disciplinaria y de la perfecta sociedad de control. Casi como un gran hermano –parafraseando a Orwell– pesándonos en la espalda.

Debemos decir que en el ítem de la resocialización, la prisión funciona parcialmente, y esa parcialidad es muy minina comparada con la población penitenciaria con la que cuenta el país. Es decir, en la transformación del sujeto triunfa parcialmente, esto debido a diferentes situaciones que explicamos anteriormente. Sin embargo, en la asimilación social del castigo y la disciplina, triunfa a través del sistema penitenciario, también triunfa a través del fracaso de la resocialización del sujeto, y triunfa a través del fracaso de la prisión.

Será necesario relaborar, o más bien, destruir la teoría del sujeto, del ser humano, la teoría del hombre. Puesto que sobre ella reposa todo un discurso humanista, que ha creado en la benignidad de la pena todo un sistema de control y vigilancia que le indica a la persona como debe desarrollarse y como debe pensar.

Lo que logra el discurso de la prisión con el fracaso de la resocialización, va más allá de los muros, va más allá de la Institución Penitenciaria y va más allá del delincuente. Lo que logró fue poder trasladar mediante la representación del delito y la reproducción del mismo, todo un sistema disciplinar que trasciende a todo el sistema penitenciario, y se sitúa en las relaciones cotidianas más mínimas, las que parecen menos trascendentales, se sitúa en las instituciones sociales con las cuales entramos en contacto a diario y por supuesto en un sistema disciplinar que cuenta con un sustento en la moral que convierte casi todas las acciones humanas, en una constante evaluación de las virtudes y defectos del sujeto, las cuales podrán ser corregidas desde la base social misma (la familia, la escuela, etc.), sin necesidad de ser corregido solamente en una instancia como lo es la prisión, sino que sea una constante revisión y corrección de la conducta humana.

Lo que quisimos hacer en esta investigación, fue verificar que el sistema de disciplina que se aplica en nuestra sociedad, es una reproducción de aparatos y mecanismos implantados desde las revoluciones burguesas en Europa, a partir de la fabricación de la teoría del sujeto y por supuesto a partir del humanismo.

Ahora bien, nos encontramos en el punto de la investigación en el cual podemos decir que para nadie es ya un secreto el estado actual de cosas inconstitucional que se viene presentando en Colombia, que no se está resocializando al condenado tal como lo indican reconocidos doctrinantes y la misma Corte Constitucional Colombiana.

Bajo este contexto, para darle conclusión a nuestro estudio nos es precisa, como bien se explicó en el capítulo anterior, invertir la idea y preguntarnos como es que funciona este conocido fracaso.

Esto nos llevará por una parte a analizar una vez más la sentencia T-153 DE 1998, concluyendo que la política criminal, al ser una política criminal que no se identifica consigo misma, es decir, no se crea en el seno de la sociedad colombiana, ha intentado adaptar los pensamientos que otros países han adelantado; bien puede observarse en la sentencia mencionada, donde se hace un estudio histórico de los internos que ha tenido hasta el momento el país, arrojando resultados que indican un evidente crecimiento de la población carcelaria.

Esta población carcelaria, ha ido abarrotando constantemente los edificios asignados como cárceles en el llo del país colombiano, lo que indica que más que acabar con la criminalidad, lo que se hace es multiplicarla.

Esta multiplicación no obstante, puede llevarse a cabo de dos maneras, por un lado la tendencia del legislador a crear cada vez más leyes que permiten la utilización del derecho penal y del establecimiento penitenciario. Es decir, actuaciones que no se entendían como delictivas o que pudiesen pagarse con cárcel se están tipificando como tales con el fin de estrechar la seguridad.

Ahora bien, como lo vimos más a profundidad en el segundo capítulo de este trabajo, la aglutinación de la clase delincuente en un recinto cerrado y a la vez visible al público funciona no solo para adquirir el conocimiento necesario a partir del sujeto, sino que también para reflejar lo que se constituye como el “mal”, la “delincuencia”.

De esta manera, la sentencia maneja una estadística sorprendente en cuanto al aumento de presos se refiere en este país, buscándose una solución aún más ambigua al hacinamiento penitenciario: la construcción de más cárceles. Sin embargo desde nuestro punto de vista, la construcción de más cárceles evidencia que en Colombia, lo que sucede es tal como lo explicamos con Foucault, es decir, una tendencia a organizar la delincuencia, examinarla, clasificarla, hacérsela

visible al resto del cuerpo social, no bien ya castigando al cuerpo, sino con el arte de la representación del castigo.

Todo esto confirma que el derecho es solo un instrumento de poder al servicio de la sociedad disciplinar tal como lo plantea Foucault, es decir, las leyes colombianas encabezadas ahora por la ley 65 de 1993, tratados y convenios internacionales por ser hijas del derecho, no podrán jamás cambiar el estado de cosas inconstitucional en el que se encuentran los reclusos en cárceles colombianas, toda vez que la sociedad panóptica implementa sus técnicas etapa por etapa, o si se quiere institución por institución, que forja al sujeto criminal y que se encuentra por encima de la ley y atraviesa al legislador.

No obstante, el problema no solo escapa a las manos del legislador, quien desde su plenaria intenta normativizar la conducta del conglomerado social colombiano, sino también al Juez Constitucional desde su escritorio -donde se esconde el trabajo de judicantes, auxiliares y secretarios- se le escapa el escurridizo poder. Esto quiere decir, que ni siquiera este con todo el discurso de soberanía y vocería popular puede cambiar el mencionado estado de cosas inconstitucional estudiado aquí ahora.

Como se vio, el poder no está en manos de ninguna de las ramas del “poder público”, puesto que el poder actúa de manera microfísica cotidianamente entre los cuerpos de las personas, por lo tanto, una vez un Juez declare responsable penalmente a un hombre, la aplicación de la pena no está en su haber.

Por lo tanto, vemos como se corroboran las teorías planteadas por el profesor Foucault de manera tal que resulta más óptimo el análisis del sistema penal colombiano.

Siguiendo el anterior marco de ideas, a través del estudio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se extrae lo que se entiende por resocialización dentro del derecho penal colombiano, concepto que podemos esbozar de la siguiente manera: reintegro del sujeto delincuente a la sociedad a la cual ofendió rompiendo, mediante un delito, el pacto social. Pues bien, este reintegro según hemos estudiado debe comprender toda una serie de técnicas de corrección y estrategias de disciplina que harían posible la docilización del alma del sujeto y su efectivo reintegro a la sociedad.

La resocialización vista desde el Derecho Penal, es un fracaso rotundo, incluso desde su creación o enunciación en la norma.

Siendo así, este debería ser el ideal, qué como ideal, se queda en la imaginación de los doctrinantes y magistrados. Por otro lado, no obstante aparece otro concepto, no ya basado en definir la resocialización, sino más bien en preguntarse cómo funciona el fracaso de esta resocialización.

Para responder esta pregunta podemos analizar siguiendo las teorías de Foucault:

- Que por la creación de verdad, que se crea tras una imposición de un saber sobre otro, se han implantado en Colombia prejuicios sobre lo que podría llamarse “bueno” o “malo”, estando ya establecidos mediante principios categóricos. De esta manera bajo el concepto del Contrato Social se crea la ley y se le entrega la facultad de crear las conductas que considera delictivas así como las penas que las castiguen.
- Mencionada creación de verdad –desarrollo de la teoría penal positivista- actualmente responde a un ejercicio de poder a nivel microfísico, que en Colombia se presenta a partir del año 1930, lo que busca es captar al sujeto, clasificarlo, delimitarlo, hacerlo visible y extraer de él un saber que le

servirá para organizar la delincuencia. Por lo tanto, no se trata de resocializar al condenado, aunque lo haga en una pequeñísima medida, sino que se trata de organizar la delincuencia, de fomentarla.

- El fomento de la delincuencia juega un papel importantísimo en esta investigación, y esta es una de las más importantes conclusiones; tal como lo acometía Foucault. Al interesarse el derecho penal por la persona delincuente mas no por el acto que este cometió se establecen las condiciones óptimas para que se le pueda analizar dentro de la institución penitenciaria; hasta allí llegarán saberes como la psicología, la psiquiatría, el trabajo social, o la educación profesional. Se crea el delincuente, no solo en la cárcel, también se construye desde fuera.
- Al final, esto nos permite decir entonces que el derecho penal depende de todo un “archipiélago penitenciario” tal como lo decía Foucault que se encuentra presente en cada una de la instituciones de control o instrumentos de poder –familia, colegio, universidad, fábrica, hospital, cárcel- aplicando sus métodos universales de captación, clasificación y castigo-recompensa. En suma una actividad moralizante constante que en sus conceptos fundamentales son los mismos tanto en el colegio como en la prisión.

CONCLUSIONES

1. Podemos observar con justa claridad que Colombia, siendo una Republica que descende de la Colonia Española, ha adoptado todos y cada uno de los regímenes de Castigo y Carcelarios que se vienen desarrollando desde la Edad Media, pasando por el Humanismo y la “benignidad de las penas”, hasta llegar a un sistema panóptico de vigilancia, todas estas teorías desarrolladas en la vieja Europa.
2. La anterior consideración nos permite ver que no ha existido nunca un “contrato social” que funde con legitimidad un soberano derecho de castigar; puesto que en la época de la Colonia se impuso el castigo Real –proveniente del Rey-, así como mas adelante, se traen los valores revolucionarios Franceses y se fundan como verdaderos tras unas batallas de “independencia”.
3. Bajo el anterior marco, se puede dilucidar que en un país como Colombia lo que llamamos “saber oficial” ha sabido imponerse mediante un ejercicio de poder y fuerza a los demás saberes, que han sido ocultados, excluidos y descalificados.
4. Por ende, Una vez analizada la historia (Teórica, Normativa y Jurisprudencial) del derecho penitenciario en Colombia, podemos evidenciar, tal como lo enseña la Sentencia T-153 de 1998, que la prisión en un país como este, desde su fundación –siglo XIX en adelante- ha presentado evidencias notorias de fracaso en su fin el cual es Resocializar al Condenado.
5. No obstante, la anterior no es la más importante consideración, pues a lo largo del trabajo de investigación pudimos encontrar que Colombia por ser un Estado Social de Derecho, fundado en las consideraciones contractualistas busca determinar los cuerpos de que está integrada la sociedad, es decir, fomentar los sujetos de conocimiento, a saber en nuestro ámbito, la prisión desde su invención determina, crea y fomenta a la delincuencia.

6. Con todo esto, nos es viable aseverar que la prisión no es más que la hija de todo un sistema carcelario que se encuentra presente en cada una de las instituciones que conforman el conglomerado social, a saberse: Familia, Colegio, Universidad, Prisión, Hospital psiquiátrico, Religión.

En conclusión, mientras exista el ser humano – como lo conocemos actualmente-, seguirá existiendo la prisión sea bajo la forma como la conocemos ahora o sea de otra, puesto que como lo decía Nietzsche en su obra *“La Genealogía de la Moral”* las civilizaciones al imponerse siempre sobre otras traerán consigo sus formas de castigar, razón por la cual, hemos de entender que la historia del hombre será siempre guerra. Saber contra Saber, siempre lucharán en busca de imponer su respectiva verdad.

En fin, si algo hemos de rescatar, es la educación, basada en la experiencia de cada sujeto, en donde no se le imponga aprender determinado Saber, sino que el mismo se permita moverse y descubrir el mundo que le rodea.

BIBLIOGRAFIA

- BECCARIA, Cesar. De los delitos y las penas. Barcelona: Ediciones Altaya, S.A., 1994. 199 p.
- BERGALLI, Roberto y Otros. El pensamiento criminológico. Bogotá D.C: Editorial Temis S.A. 1983. VOL.1.
- CARDOZO, Manuel. Tres versiones sobre la cárcel “la concordia” de Bucaramanga 1930-1942: La ley, Un presidiario y el periódico. Trabajo de Grado Historiador. Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander. Facultad de ciencias Humanas. Escuela de Historia. 2006.
- FOUCAULT, Michel. Conversación con Michel Foucault. EN: ALVAREZ URIA, Fernando y VARELA, Julia. Estrategias de poder. Barcelona. Paidós ibérica. 1999.
- FOUCAULT, Michel. Genealogía del Racismo. La Plata. Editorial Altamira. 220 p.
- FOUCAULT, Michel. La Microfísica del Poder.3 ed. Madrid: Las ediciones de La Piqueta, 1992. 189 p.
- FOUCAULT, Michel. La Verdad y las formas Jurídicas. En: Ciclo Michel Foucault (21-25 de Mayo de 1973 Rio de Janeiro, Brasil) Pontificia Universidad Católica do Rio de Janeiro. 1973. Págs. 3-63
- FOUCAULT, Michel. La Vida de los Hombres Infames. Madrid. Las Ediciones de la piqueta. 1990. 315 p.
- FOUCAULT, Michel. Tecnologías del yo. Barcelona. Ediciones Paidós Ibérica S.A. 1990. 150 p.
- FOUCAULT, Michel. Un Dialogo sobre el Poder y otras conversaciones. 1 ed. Madrid: Alianza editorial, 1981. 164 p.
- FOUCAULT, Michel. Vigilar y Castigar. 29 ed. Madrid: Siglo XXI editores, 1999. 314 p.

- HERNANDEZ, Héctor y otros. El sistema Jurídico en el estado de Santander 1857-1886. Bucaramanga, Colombia División Editorial y de Publicaciones, Universidad Industrial de Santander. 2008.
- NIETZSCHE, Friedrich. La Genealogía de la moral. Bogotá: Editorial Esquilo, 2000. 183 p.
- NIETZSCHE, Friedrich. Aurora. Barcelona: Editorial Debolsillo, 2009. 366 p.
- REYES, Alfonso. Obras Completas. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A. 1998. Tomo I.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres. Madrid: Calpe, 1923.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. El contrato social. Barcelona: Ediciones Altaya, S.A., 1993. 140 p.
- TELLEZ, Abel. Derecho penitenciario colombiano. En: I seminario internacional sobre sistema progresivo (1: 15 – 19, julio: santa fe de Bogotá). Características del derecho penitenciario colombiano hasta la ley 65 de 1993. Bogotá D.C.: 1996. p 594
- VELASQUEZ, Fernando. Derecho Penal parte General. Bogotá D.C.: Editorial Temis. 1997. Pág.
- WEILER, Vera y otros. Figuraciones en proceso. Bogotá D.C.: Utópica Ediciones, 1998. 303 p.

ANEXOS

FORMATO ENTREVISTA **DETENIDOS**- ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO
LA MODELO BUCARAMANGA.

PROYECTO DE GRADO APROBADO MEDIANTE ACTA12 DEL 22 DE ABRIL DE
2013.

1. ¿Cómo transcurre el diario vivir suyo dentro del establecimiento penitenciario?
2. ¿Es la primera vez que está aquí?(Si la respuesta es NO, responda cuantas veces ha estado aquí, y por qué delitos)
3. ¿Qué entiende respecto al concepto: Resocialización?
4. ¿Cómo son las condiciones físicas actuales del establecimiento penitenciario “la modelo”?
5. En su opinión, ¿Favorecen la resocialización del condenado?
6. Estas condiciones actuales, ¿son similares o diferentes a las que encontró en el momento de entrar?
7. ¿Cómo es su relación con: los guardias, administrativos, psicólogos, trabajadores sociales, médicos, abogados?
8. ¿Existen espacios de trabajo y de educación dirigidos a ustedes?
9. En su opinión, ¿Favorecen la resocialización del condenado?
10. ¿Cuáles son los espacios en los cuales convive cotidianamente el preso?
11. ¿Cuáles reglas de disciplina, normas de convivencias y conceptos morales encuentra dentro del establecimiento penitenciario?
12. ¿Encuentra usted voz de mando en sujetos diferentes a la administración carcelaria? ¿Cuáles?
13. ¿Qué opinión le respecta todo el sistema penal, abarcando desde el proceso, hasta la estancia en la prisión, siendo la resocialización el fin principal de la pena?

FORMATO ENTREVISTA **DIRECTOR** ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO LA
MODELO BUCARAMANGA.

PROYECTO DE GRADO APROBADO MEDIANTE ACTA12 DEL 22 DE ABRIL DE
2013.

1. ¿Cuál es su relación cotidiana con los presos?
2. ¿Qué entiende usted por resocialización?
3. ¿Qué espacios educativos y de trabajo existen dentro de “la modelo”?
4. En su opinión. ¿favorecen la resocialización del condenado?
5. ¿Cuáles son las condiciones físicas actuales del establecimiento penitenciario?
6. En su opinión. ¿favorecen la resocialización del condenado?
7. Desde su función ¿Cómo observa usted la relación cotidiana de los presos?
8. ¿Ha observado que se cometan delitos dentro del establecimiento penitenciario?
9. Desde su cargo, Coméntenos que gestiones está llevando a cabo para ponerle fin a una situación carcelaria como la que actualmente se vive en Colombia.
10. ¿Cuenta usted con las Universidades para desarrollar estos proyectos?

FORMATO ENTREVISTA **PERSONAL DE SEGURIDAD (DRAGONEANTES)**-
ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO LA MODELO BUCARAMANGA.
PROYECTO DE GRADO APROBADO MEDIANTE ACTA12 DEL 22 DE ABRIL DE
2013.

1. ¿Cómo es su relación con los presos?
2. ¿Qué entiende usted por resocialización?
3. ¿Cuál es su nivel instructivo en cuanto a la relación de especial sujeción que tiene el Estado para con el Condenado?
4. ¿Cuál es el orden en el cual se encuentran los internos actualmente en cada patio de “la modelo”?
5. ¿Lleva usted algún registro escrito del interno diario, semanal quincenal o mensualmente? Si la respuesta es SI responda por favor ¿Qué consigna allí?
6. ¿Cuáles son las condiciones actuales del establecimiento penitenciario “la modelo”?
7. En su opinión ¿Favorecen la resocialización del condenado?
8. ¿Cómo se aplica diariamente la disciplina?
9. En su opinión ¿Favorecen la resocialización del condenado?
10. ¿Cuál es su aporte para que el fin de la pena que consiste en resocializar al condenado se cumpla?

FORMATO ENTREVISTA **PROFESIONALES AUXILIARES**- ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO LA MODELO BUCARAMANGA.

PROYECTO DE GRADO APROBADO MEDIANTE ACTA12 DEL 22 DE ABRIL DE 2013.

1. ¿Cómo es la relación cotidiana de los presos en los diferentes espacios del establecimiento penitenciario?
2. ¿Qué tipo de patología/desviación encuentra frecuentemente de la población carcelaria del establecimiento “la modelo”?
3. Por favor descríbanos los tratamientos autorizados y que usted lleva a cabo sobre el detenido o condenado
4. En su opinión, ¿favorecen la resocialización del condenado?
5. Por favor descríbanos los exámenes autorizados y que usted lleva a cabo sobre el detenido o condenado
6. En su opinión, ¿favorecen la resocialización del condenado?
7. ¿Cuáles son las condiciones físicas actuales del establecimiento penitenciaria “la modelo”?
8. En su opinión, ¿favorecen la resocialización del condenado?
9. ¿Existen espacios de trabajo y de educación dirigidos a los internos?
10. En su opinión, ¿Favorecen la resocialización del condenados?

2/2/2018

Señor
Teniente HENRY MAYORGA MELÉNDEZ
Director
EPMSCBUC-ERE-JP

Teniendo en cuenta solicitud del director de Escuela de Derecho de la UIS me permito solicitar autorización de ingreso de los estudiantes que relaciono a continuación con el fin de adelantar investigación para el proyecto de grado, El funcionamiento del fracaso de la Resocialización dentro del sistema penitenciario.

- | | |
|-------------------------------------|--------------------|
| 1. ALEX MAURICIO ESTUPIÑAN OLARTE | C.C. 1.095.803.174 |
| 2. ANDRÉS FELIPE VILLAMIZAR NOGUERA | C.C. 1.098.697.363 |

HORA: 7:30 A 11:00 A.M.
1:30 A 4:00 PM

INGRESAN HASTA LA PARTE INTERNA DEL ESTABLECIMIENTO BAJO LA COORDINACIÓN DEL RESPONSABLE DE ATENCIÓN Y TRATAMIENTO.

Atentamente,

PS. CLARA FABIOLA ARIZA BALLESTEROS
Responsable de Atención y Tratamiento