

Escobar M, Juan Gonzalo, "¿Quién mató a la tutela en materia de privación de libertad en Colombia?", *Nuevo Foro Penal*, 91, (2018)

¿Quién mató a la tutela en materia de privación de libertad en Colombia?

Who killed the writ of constitutional rights protection (acción de tutela) in terms of deprivation of liberty in Colombia?

Fecha de Recepción: 04/10/2018 - Fecha de aceptación: 12/11/2018

JUAN GONZALO ESCOBAR M.¹

Resumen

La Corte Constitucional colombiana declaró en 1988 que las condiciones de sus cárceles se encontraban en un "estado de cosas inconstitucionales". Con esta declaración la Corte, pretendía, no sólo llamar la atención sobre sus condiciones, sino tomar las riendas para la superación de esta situación, ordenando aquello que debía realizarse. Posteriormente, en 2013 y 2015 sostuvo que, a pesar de los esfuerzos realizados, la situación era estructural y permanente. Esto significa que en Colombia se violan sistemáticamente los derechos fundamentales y la dignidad de las personas presas, estando sometidos a condiciones crueles, inhumanas y degradantes. En 2018 la Corte continúa dando órdenes para superar esta situación. El artículo analiza de qué forma, las sentencias de la Corte, paradójicamente han contribuido a que esta situación se perpetúe en el tiempo, reconfigurando el sistema punitivo colombiano, incorporando penas (fosos y mazmorras) ajenas a la legalidad.

1 Prof. Dr. Juan Gonzalo Escobar Marulanda. Universitat de Girona (UdG). Este trabajo se realiza en el marco del Grupo de investigación Seminari de Ciències Penals i Criminològiques (GRHCS059) y de la Cátedra UNESCO de Desarrollo Humano Sostenible ambas de la UdG y cuenta con la colaboración del Grupo de Investigación Justicia y Conflicto de la Universidad EAFIT. Agradezco a la Universidad EAFIT y a los miembros del Grupo de investigación Justicia y conflicto por su amable hospitalidad, su colaboración y su tiempo para reflexionar conjuntamente sobre estos temas. Agradezco a la profesora Susana Escobar por su paciente colaboración. Al profesor Juan Oberto Sotomayor por darme la oportunidad de presentar y debatir el texto en un seminario con alumnos y exalumnos de la Universidad. Así como a los organizadores del Seminario Concepción Arenal por permitirme realizar un seminario para discutir el trabajo. Asimismo, agradezco a los profesores Leanid Kazryrski e Ignacio González por la revisión del texto, sus valiosos comentarios y acertadas indicaciones. Finalmente, agradezco a la Universidad de Girona el haberme permitido la estancia de investigación y las ayudas concedidas que me permitieron financiar una parte de la estancia. A Beatriz y Marc por ser dos extremos de mi soporte vital fundamental.

Palabras clave

Privación de la libertad, Acción de tutela, derechos fundamentales, dignidad humana.

Abstract

The Colombian Constitutional Court declared 1988 that the conditions of its prisons were in a "state of unconstitutionality". With this declaration, the Court intended, not only to draw attention to its conditions, but to take the reins to overcome this situation, ordering what should be done. Later, in 2013 and 2015, he maintained that, despite the efforts made, the situation was structural and permanent. This meant that in Colombia the fundamental rights and dignity of prisoners were systematically violated, being subjected to cruel, inhuman and degrading conditions. By 2018, the Court continues to issue orders to overcome this situation. The article analyzes how the sentences of the Court, paradoxically have contributed to this situation is perpetuated over time, reconfiguring the Colombian punitive system, incorporating penalties (pit and dungeon) outside the law.

Key words

Deprivation of liberty, constitutional rights protection, fundamental rights, human dignity.

Sumario

1. La acción de tutela. 2. La cárcel como pena privativa de libertad. 3. Las condiciones de la privación de libertad en Colombia. 4. Fosos y mazmorras: un estado permanente y sistemático de castigos inconstitucionales. 5. El "estado de cosas inconstitucionales". La paradoja de una denuncia que acaba en su consolidación. 5.1. Redefinición del problema en términos de hacinamiento. 5.2. La relativización de los derechos de los internos: La figura de la especial relación de sujeción. 5.3. La obligación del Estado de proteger de los derechos y libertades es progresiva. 6. ¿Cómo salir de fosos y mazmorras?

1. La acción de tutela

La tutela ha sido considerada como uno de los instrumentos de mayor relevancia introducidos en la Constitución colombiana de 1991. Su importancia queda recogida en palabras como las de Cifuentes² "La acción de tutela, regulada en el artículo 86 de la C.P., así tenga carácter subsidiario frente a las acciones ordinarias, constituye el principal y más efectivo medio de protección de los derechos fundamentales" o de Molina³ a la que se refiere como una "revolución pacífica".

2 CIFUENTES, EDUARDO, "La acción de tutela en Colombia", en *Ius et Praxis*, 3 (1), 1999, fecha de consulta: 24 de julio de 2018. Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19730115>> ISSN 0717-2877, p. 165.

3 MOLINA, CARLOS MARIO, La tutela y reforma en salud: Desencanto de un juez soñador. Universitas, 127.

Pueden ser objeto de tutela diversas actuaciones tanto públicas como privadas. En el ámbito público, lo son todas las actuaciones de los servidores públicos, en el ejercicio de sus funciones o cuando se apartan del mismo, salvo algunos casos establecidos en la ley. También los actos del Congreso diferentes a aquellos de naturaleza normativa. Asimismo, pueden ser objeto de acción de tutela aquellas sentencias y decisiones judiciales que de manera manifiesta y arbitraria violen derechos fundamentales y lo hagan de manera tan grosera que, salvo la forma judicial, en lo demás constituyan una verdadera vía de hecho [Sentencias T-231/94, T-538/94, T-123/95, T-324/95, T-345/96]⁴ Por su parte, en el ámbito privado, la norma reguladora (art. 42 del Decreto 2591 de 1991) ha establecido los supuestos en los que se admite la acción de tutela contra un particular. En este contexto, de la acción de tutela contra particulares, se pretende controlar el ejercicio del poder privado.⁵ La acción de tutela constituye la garantía que permite prevenir que las supremacías privadas se utilicen con el objeto de socavar los derechos fundamentales de las personas⁶.

La acción de tutela es subsidiaria ya que sólo procede cuando no existe otro medio de defensa judicial. Medio alternativo que debe ser idóneo y eficaz atendidas las circunstancias en que se encuentre el demandante (art. 6-1, Decreto 2591 de 1991).

La acción de tutela puede interponerse directamente por la persona afectada, sin necesidad de abogado que le represente y no tiene formalidad alguna. Su contenido es el mínimo necesario para que el juez pueda establecer con claridad la identidad de las personas y autoridades involucradas, así como los hechos relevantes relativos a la lesión o amenaza de los derechos fundamentales.⁷

Como medidas cautelares, mientras se desarrolla la acción de tutela, el Juez puede adoptar medidas de seguridad como la suspensión temporal de la aplicación del acto causante de la lesión y las medidas de conservación o seguridad que eviten la producción de daños o contribuyan a morigerarlos.

págs. 157-188. doi:10.1144/Javeriana.VJ127.trsd, recuperado. En <https://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/3311/Articulo.html?sequence=1&isAllowed=y>. 2013

4 CIFUENTES, EDUARDO, "La acción de tutela en Colombia"...p, 165.

5 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-251 de 1993.

6 Op. Cit: CIFUENTES, EDUARDO, "La acción de tutela en Colombia"...p, 165.

7 CIFUENTES, EDUARDO, "La acción de tutela en Colombia", en *Ius et Praxis*, 3 (1), 1999, fecha de consulta: 24 de julio de 2018. Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19730115>> ISSN 0717-2877, p. 165.

Es importante tener en cuenta que, si la acción de tutela prospera, la protección judicial consiste en garantizar a la persona el goce pleno del derecho conculcado. Esto significa que, de ser posible, "volver al estado anterior a la violación". Así, si el *petitum* de la demanda se refiere a la denegación de un acto o a una omisión, la sentencia ordenará su realización dentro del plazo prudencial que fije el juez. En el caso de que la solicitud verse sobre una amenaza, se dispondrá su inmediata cesación y la abstención de todo acto posterior de perturbación o restricción. Finalmente, si la violación o amenaza tiene origen en la aplicación de una disposición de rango legal, el juez podrá decretar la inaplicación de la norma, invocando la "excepción de inconstitucionalidad"⁸El incumplimiento o la demora en el cumplimiento de la sentencia de tutela acarrea faltas disciplinarias y penales (art. 27, Decreto 2591).

La gran utilización de la acción de tutela indica, para Eljach⁹, dos cuestiones: en primer lugar, que las personas conocen la efectividad de la acción de tutela para lograr la protección de sus derechos fundamentales, y en segundo lugar, pone al descubierto la reiterada vulneración a los derechos fundamentales. Según la Defensoría del Pueblo para 2014 se interpusieron 498.240 tutelas, la cifra más alta desde 1992. Se indicaba que cada minuto se presentaba una acción de tutela¹⁰ Por su parte, si comparamos las cifras de la Corte Constitucional, desde 1992 a 2015 la acción de tutela ha sido, en comparación con las acciones de inconstitucionalidad, el principal mecanismo constitucional que ha sido objeto de conocimiento por la Corte. Por su parte, el diario *El Colombiano*¹¹ señalaba que, según cifras del Sistema de Información Estadística de la Rama Judicial (SIERJU), las acciones de tutela se correspondían con el 32% de los procesos que entran a la justicia.

De interés resultan las cifras recogidas en el informe de 2016, en las que puede apreciarse que en materia penal existe un elevado uso de tutela, con el 49% de los procesos.

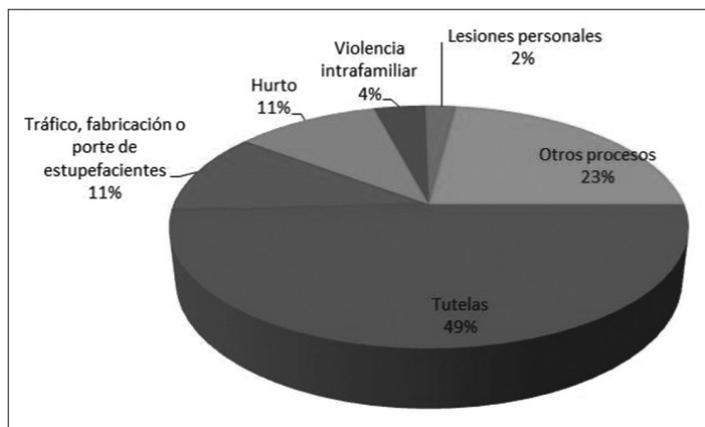
8 CIFUENTES, EDUARDO, "La acción de tutela en Colombia", en *Ius et Praxis*, 3 (1), 1999, fecha de consulta: 24 de julio de 2018. Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19730115>> ISSN 0717-2877, p. 165.

9 ELJACH, JUAN GREGORIO, "Decisiones políticas y la eficacia de los derechos fundamentales en Colombia", en *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas* ISSN 2346-0377 (en línea) vol. VII, n.º 14, pp. 57 a 78 Recuperado en http://www.ilae.edu.co/llae_OjsRev/index.php/NPVol-VII-Nro14/article/view/80/71, 2016.

10 EL ESPECTADOR (26/8/2014) Cada minuto se interpone una acción de tutela. Recuperado en <https://www.elespectador.com/noticias/actualidad/cada-minuto-se-interpone-una-accion-de-tutela-colombia-articulo-512870>

11 EL COLOMBIANO (4/7/2016) Acción de tutela, la estrella de la Constitución de 1991. Recuperado en <https://www.elpais.com.co/colombia/accion-de-tutela-la-estrella-de-la-constitucion-de-1991.html>

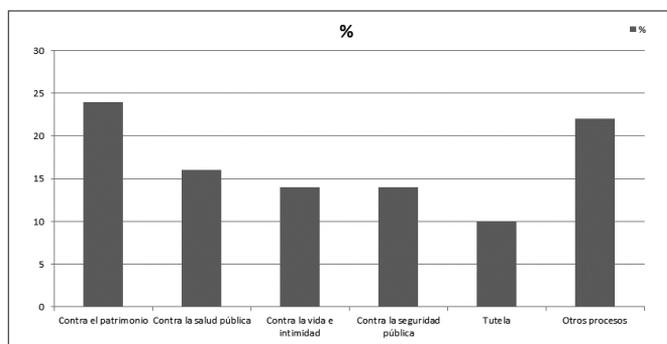
Gráfica 1. Mapa de procesos enero a septiembre de 2016, Especialidad Penal despachos con función de conocimiento



Fuente: Consejo Superior de la Judicatura - UDAE - SIERJU. Fecha de corte de la información enero a septiembre de 2016: noviembre 20 de 2016. Incluye información de despachos permanentes y de descongestión.

Sin embargo, cuando observamos las cifras referidas específicamente a la ejecución penal, vemos que los procesos de tutela interpuestos desciende al 10%¹², lo cual refleja su escasa utilización.

Gráfica 2. Procesos de procesos enero a septiembre de 2016, despachos de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad



Fuente: Elaboración propia sobre la base del Consejo Superior de la Judicatura - UDAE - SIERJU. Fecha de corte de la información Enero a septiembre de 2016: Noviembre 20 de 2016. Incluye información de despachos permanentes y de descongestión.

12 CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, Informe Gestión judicial de enero a septiembre de 2016. Recuperado en <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1513685/11531860/Informe+de+enero+a+septiembre+2016.pdf/de73fdf8-6bcd-441e-a4ba-83ad58ee3498>. 2016, pp. 7-9.

2. La cárcel como pena privativa de libertad

Antes de hablar de las penas privativas de libertad en Colombia, conviene precisar que el concepto de cárcel que interesa no es el puramente descriptivo, como un lugar en el que permanecen encerradas personas. El concepto que interesa es el jurídico penal, que expresa la imposición y ejecución de una pena privativa de libertad.

Por ello, es necesario determinar el contexto desde el cual se realiza el análisis. Un primer elemento de ese contexto viene relacionado con el modelo sociopolítico en el que se incorpora la cárcel como expresión de la privación de libertad. Me refiero al Estado de Derecho. Un segundo elemento, se relaciona con las condiciones básicas de la privación de libertad que derivan de ese modelo de Estado; me refiero a las características propias de la pena de cárcel.

El primer elemento, tiene su origen a finales del siglo XVIII, y tiene como característica esencial el llamado imperio de la ley (del que deriva su nombre de Estado de Derecho). El sometimiento de todos, sin excepción alguna, a las leyes, donde la ley se erige como la condición necesaria (garantía) para que las personas cedan una parte de sus libertades y toleren la creación del ente llamado Estado y la delegación del monopolio de la fuerza¹³. Conviene, por tanto, resaltar con Ferrajoli¹⁴ el carácter garantista de este modelo. La ley es la garantía de las personas frente al poder del Estado y de los particulares.

El modelo del Estado de Derecho pretende ser un sistema cerrado. Cuando nos referimos a él como el ordenamiento jurídico, estamos señalando que el conjunto de reglas que lo integran se basa en los principios de: unidad, plenitud y coherencia¹⁵. No hay espacios vacíos en los que no opera la ley. Admitir que existen espacios que quedan fuera de la legalidad, sin que se siga la consecuencia legal establecida, implica admitir que existen excepciones al carácter imperativo de la ley, y por ende, admitir que no se está dentro del modelo del Estado de Derecho.

La incorporación de la pena privativa de libertad al sistema penal, desplazando la pena de muerte y los castigos corporales, pretendía ser la respuesta que el Estado daba a la criminalidad, limitada y regida por unas condiciones (garantías)

13 BECCARIA, CESAR. "De los delitos y de las penas". Madrid, Alianza, 1968.

14 FERRAJOLI, LUIGI, *El derecho penal mínimo. Poder y control*, 1. Derecho y razón : teoría del garantismo penal Madrid : Trotta. 2000.

15 PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE, Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema Constitucional en Rev UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 20, pp. 495-511. Recuperado en <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/viewFile/6776/6474>. 2007

determinadas en la ley. En este contexto, la cárcel no es la expresión fáctica que describe un lugar o una forma de castigo. La cárcel es una expresión cargada de contenido jurídico y político con unas exigencias derivadas de ese contexto (Estado de Derecho).

El segundo elemento se refiere precisamente a esas condiciones que se espera y se exigen de la cárcel. Unas condiciones que deben estar determinadas por la ley. En consecuencia, el principio de legalidad, ligado íntimamente al Estado de Derecho, constituye un límite (garantía) básico de estas condiciones. En materia penal, este principio incorpora cuatro garantías: la garantía criminal: *nullum crimen sine lege*, ningún hecho puede ser considerado como delito sin que una ley anterior a su comisión lo haya descrito como tal; la garantía penal: *nulla poena sine lege*, no puede castigarse ningún hecho con una pena que no haya sido establecida previamente por la ley para la comisión del mismo; la garantía jurisdiccional: *nemo damnatur nisi per legale iudicium*, no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales; y la garantía de ejecución: no podrá ejecutarse pena alguna en forma distinta a la prescrita por la ley. Esta última garantía la recoge expresamente el artículo 2º del Código Penitenciario y Carcelario de Colombia que dice: "Legalidad. Nadie podrá ser sometido a pena, medida de seguridad, ni a un régimen de ejecución que no esté previsto en la ley vigente. ...". Se exige, por tanto, que las penas (en cada una de sus modalidades) estén contempladas como tales en la ley y, además, que se establezcan las condiciones de su ejecución.

La cárcel es una pena reglada. Su contenido viene determinado por la sentencia, la ley y la naturaleza de la pena y se centra en la privación de la libertad de movilidad¹⁶. En ningún caso las condiciones del internamiento pueden formar parte de la pena¹⁷. No se le encierra para castigarlo (condiciones internas); el castigo

16 Sin duda estar privado de libertad puede comportar la restricción (que no su eliminación) de otros derechos, como pueden ser las comunicaciones, o la intimidad. La sentencia puede, igualmente, imponer otras sanciones, llamadas penas accesorias, como la restricción de los derechos políticos. Y, finalmente, las normas penitenciarias pueden establecer restricciones, fundamentadas en el funcionamiento de la institución o su seguridad. No es necesario, ni deseable acudir a la figura de la especial relación de sujeción para fundamentar estas restricciones y mucho menos para utilizarla en el recorte de derechos y libertades de las personas privadas de libertad. Un indeseado camino que viene asumiendo la Corte Constitucional Colombiana (sentencias T-596 de 1992, C-318 de 1995, T-705 de 1996, T-706 de 1996, T-714 de 1996, T-153 de 1998, T-136 de 2006, T-035 de 2013, T-077 de 2013, T-266 de 2013, T-815 de 2013, T-857 de 2013, T-588A de 2014 y T-111 de 2015 y T-049/16, entre muchas otras).

17 UNODOC, Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Mandela), 2015, Recuperado en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/GA-RESOLUTION/S_ebook.pdf.

es el encerramiento. Tiene unas condiciones básicas: las establecidas en las normas nacionales e internacional¹⁸ y tiene unas finalidades, entre las que no está el servir de tormento.

Admitir cualquier excepción lesiona el principio de legalidad. Implica aceptar que estamos fuera del modelo del Estado de Derecho. Son excepciones a este principio: castigar una conducta que no está en la ley penal; también lo es que la condena y la pena la imponga alguien diferente del Juez o por un procedimiento que no es el indicado legalmente; y sin duda, es igualmente una excepción, imponer una pena no prevista en la ley o ejecutarla en condiciones diferentes a las previstas legalmente. Permitir la existencia de cualquiera de estos casos es admitir que no estamos dentro del modelo del Estado de Derecho¹⁹. Imponer (o ejecutar) una pena por fuera de la legalidad "...quiere decir que el derecho penal regresa a un estado salvaje, anterior al nacimiento de la civilización"²⁰. El derecho penal está dirigido a cumplir una doble función preventiva: por un lado, la prevención de los delitos y por otro lado, la prevención de la imposición de penas privadas o arbitrarias o desproporcionadas. La primera función, como afirma Ferrajoli, "indica el límite mínimo, mientras que la segunda el límite máximo de las penas. De los dos fines, el segundo, a menudo abandonado, es sin embargo el más importante"²¹

En general, en Colombia cuando se priva de libertad a una persona se hace referencia a la cárcel. Esto no tendría ningún problema si, como cabría esperar, la misma se ajustase a la legalidad. Sin embargo, como veremos a continuación, esta no es la realidad colombiana. Por eso, es relevante llamar la atención en la importancia de reservar la expresión cárcel para referirnos exclusivamente a la pena que cumple con la legalidad²². No podemos caer en la confusión de llamar cárcel (pena privativa

18 UNODOC, Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Mandela), 2015, Recuperado en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/GA-RESOLUTION/S_ebook.pdf.

19 No ignoro que en la Colombia del conflicto autoridades militares, de forma sumarísima, condenaron a muerte y ejecutaron a varias personas. Estos casos recibieron el nombre de "falsos positivos". En parangón con la actividad científica, sugiere que, en la difícil tarea de investigación hay resultados negativos. Ahora, en el nuevo contexto de la Colombia del postconflicto, esos actos reciben el nombre de asesinato y sus actores comienzan a comparecer ante la Justicia Especial para la Paz (JEP).

20 FERRAJOLI, LUIGI, Op. Cit., p. 38.

21 Ibid.

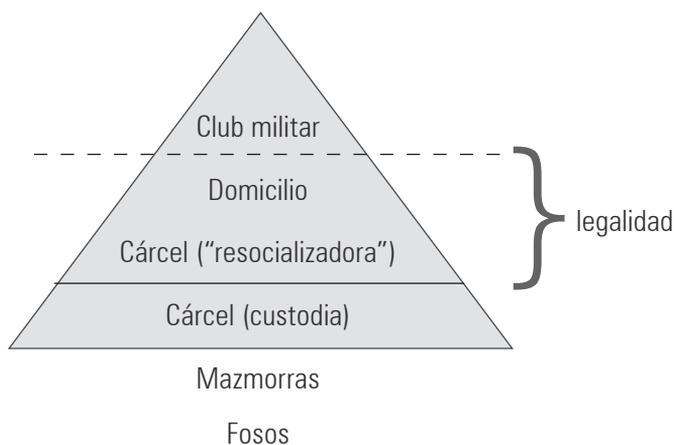
22 En este sentido HUERTAS, OMAR "Sistema penal y hacinamiento carcelario. Análisis al estado de cosas inconstitucionales en las prisiones Colombianas", en *Revista Jurídica Derecho*, Volumen 2. N° 3 Julio – Diciembre, 2015, pp. 15 – 24.

de libertad) a algo que no lo es. Del mismo modo que no llamamos jueces a los militares que condenaron y ejecutaron la muerte de los curiosamente llamados “falsos positivos”. No debemos llamar cárcel a un castigo que no se corresponde con la pena privativa de libertad establecida en el ordenamiento jurídico colombiano. Sólo aquellas formas de privación de libertad que se imponen y desarrollan conforme al principio de legalidad, deben ser llamadas (pena de) cárcel. Aquellas situaciones que no lo sean, no deben serlo, ya que hacerlo permite ocultar la realidad.

3. Las condiciones de la privación de libertad en Colombia

Resulta curioso que no sea fácil determinar cuántas cárceles hay en Colombia. Según el Defensor del Pueblo²³ cuenta con “aproximadamente 130 cárceles”. Esto se debe, entre otras razones a que en Colombia no es posible integrar en una sola expresión (cárcel) las diversas modalidades de penas privativas de libertad intramuros²⁴. Conviene develar la existencia de un archipiélago punitivo que, con forma piramidal, tiene espacios que se escapan a la legalidad.

Gráfico 3. Estructura del sistema de privación de libertad en Colombia



Fuente: elaboración propia

23 DEFENSOR DEL PUEBLO (18,08,2017) Según la Defensoría del Pueblo en el 90% de las cárceles del país hay hacinamiento Tomado de: Caracol Radio Link: http://caracol.com.co/emisora/2017/08/18/manizales/1503014955_524626.html?ssm=tw recuperado en <http://www.defensoria.gov.co/es/nube/enlosmedios/6547/Seg%C3%BAAn-la-Defensor%C3%ADa-del-Pueblo-en-el-90-de-las-c%C3%A1rceles-del-pa%C3%ADs-hay-hacinamiento.htm>

24 ESCOBAR, JUAN GONZALO, La pena privativa de libertad para la Colombia del postconflicto: Abolición de la pena de mazmorras. En *Rev. Indret*. http://www.indret.com/pdf/1355__1.pdf, 2018.

Existen evidencias que muestran que las condiciones a las que son sometidos la mayoría de personas privadas de libertad en Colombia no se corresponden con las señaladas por la legalidad para la pena de cárcel²⁵. Por el contrario, se corresponden con otra forma de castigo. Un castigo ajeno a la legalidad, cuyas características se asemejan más a las condiciones de las mazmorras del siglo XVIII, descritas por Howard²⁶.

Tales son estas condiciones que la Corte Constitucional en 1998 en sentencia T-153 declaró que las prisiones en Colombia estaban fuera de la legalidad y constituían un “estado de cosas inconstitucionales”. En 2013 (T-388) y en 2015 (T-762) no sólo ratificó la permanencia de este estado de cosas, sino que afirmó que este estado de cosas no era una cuestión coyuntural, sino que era estructural. Existe pues, en la estructura del sistema de castigos en Colombia, un espacio reservado para un castigo que está fuera de la legalidad.

De forma casi unánime, se ha considerado que la causa principal de este problema es el hacinamiento carcelario²⁷. Una situación que de acuerdo al Defensor del Pueblo afecta al 90% de esas aproximadas 130 cárceles²⁸.

Definida la problemática en estos términos, las medidas propuestas apuntan en dos direcciones: más y mejores cárceles y reducción de la intervención penal y por ende de la privación de libertad. La primera de estas soluciones fue la que señaló la sentencia de la Corte Constitucional en 1988 y la segunda es la asumida por la propia Corte en las sentencias posteriores.

Respecto a la primera de las propuestas, existen evidencias suficientes para ser escépticos. La propia Corte Constitucional ha variado su inicial propuesta. Creo vigentes las razones que en su día proporcionara Mathiesen²⁹ para no construir

25 ESCOBAR, JUAN GONZALO, La pena privativa de libertad para la Colombia del postconflicto: Abolición de la pena de mazmorras. En *Rev. Indret*. http://www.indret.com/pdf/1355_1.pdf, 2018.

26 HOWARD, JHON, El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales. Original de 1789. Fondo de Cultura Económica. México. 2003.

27 Conviene indicar que el grupo de estudios de la Universidad de los Andes centrado en el tema de la privación de libertad introduce matices relevantes al relacionar estas condiciones con las consecuencias de las políticas neoliberales de comienzo de siglo y el encarcelamiento masivo (Ariza e Iturralde, 2011; Iturralde, M. 2015).

28 DEFENSOR DEL PUEBLO (18,08,2017) Según la Defensoría del Pueblo en el 90% de las cárceles del país hay hacinamiento Tomado de: Caracol Radio Link: http://caracol.com.co/emisora/2017/08/18/manizales/1503014955_524626.html?ssm=tw recuperado en <http://www.defensoria.gov.co/es/nube/enlosmedios/6547/Seg%C3%BAAn-la-Defensor%C3%ADa-del-Pueblo-en-el-90-de-las-c%C3%A1rceles-del-pa%C3%ADs-hay-hacinamiento.htm>

29 MATHIESEN, THOMAS. “Diez Razones para no Construir Más Cárceles”, en Nueva doctrina penal, N°. 1,

nuevas cárceles. Y creo que acude razón a todos aquellos que han planteado que la simplicidad de la lógica del sentido común (más y mejores cárceles) no es adecuada para una problemática que es compleja.

En referencia a la segunda de las propuestas, existen igualmente evidencias que avalan que Colombia se ha alejado del modelo del Derecho Penal mínimo y abusa de la privación de libertad. Tanto en la aplicación de la medida de aseguramiento (detención preventiva) como en la imposición de la pena (prisión). Por tanto, parece plausible respaldar las medidas orientadas a reducir la intervención penal y la privación de libertad.

Sin embargo, es preciso advertir que centrar la atención en este problema (el hacinamiento carcelario) tiene una serie de consecuencias. En primer lugar, permite ocultar otro problema que exige una respuesta mucho más urgente. Ese problema es la imposición, por parte del Estado colombiano, de castigos que están fuera de la legalidad, sometiendo a las personas a condiciones crueles, inhumanas y degradantes, configuradoras del delito de torturas. Por otro lado, permite mostrar la situación como producto de causas externas. Se afirma, entonces, que no es el Estado quien impone condiciones crueles e inhumanas, sino que las mismas derivan del hacinamiento. El hacinamiento se predica como una especie de enfermedad, de epidemia, que ha contaminado a las cárceles colombianas, producto de la cual las personas se ven afectadas en sus derechos. Esto permite, en tercer lugar, evadir la responsabilidad del Estado. Hasta que la epidemia no pase, hasta que el hacinamiento no se reduzca, el Estado no puede hacer nada más que mantener su lucha contra el hacinamiento. De esta forma, se ha perpetuado un estado de cosas ajenas a la Constitución en las prisiones colombianas.

La enorme relevancia del problema oculto hace que sea urgente su solución. Por ello, en este trabajo centraré la atención en aquello que considero una tarea primordial en la Colombia del postconflicto: impedir que el Estado siga imponiendo y aplicando penas por fuera de la legalidad. Con ello no resto importancia a la anunciada reforma de la cárcel o del sistema penal. Sin embargo, no parece adecuado condicionar su solución a estas reformas.

No faltan quienes consideran que no es posible cambiar las condiciones del encierro sin antes dar solución al hacinamiento y la reforma del sistema penal, objetando que la distinción que se plantea no tiene utilidad desde un punto de vista

Buenos Aires, Argentina, págs. 3-20, en <https://neopanopticum.wordpress.com/2006/07/05/12/>. 2005.

pragmático. A pesar de lo aparentemente lógica de esta afirmación, la misma no resulta cierta. Existen evidencias de su falsedad. El carácter discriminatorio y selectivo de la imposición de esas condiciones es una de ellas. No es cierto que, dado el contexto de las cárceles colombianas, no se pueda privar de libertad en otras condiciones. Es innegable que no todas las personas privadas de libertad en Colombia sufren los mismos efectos del llamado hacinamiento carcelario. Es igualmente innegable que el hacinamiento no afecta a los recintos penitenciarios por igual. El hacinamiento es selectivo y se distribuye de forma discriminatoria³⁰. En Colombia cada día ingresan personas a los recintos carcelarios. Si bien, la mayoría serán sometidos a tratos crueles, estas condiciones no se les imponen a todos. Esta selección demuestra que quienes sufren las condiciones de tortura tienen (o no tienen) determinadas condiciones que los lleva a ser seleccionados como aquellas personas privadas de libertad a las que se les somete a un trato cruel, inhumano y degradante.

Por ello, centro el análisis en esta forma de castigo que guarda gran similitud con las mazmorras y se encuentra fuera de la legalidad.³¹ Una penalidad que se aplica actualmente en Colombia, infringiendo flagrantemente todas las normas legales (nacionales e internacionales). Un análisis que puede y debe hacerse extensible a las medidas de seguridad privativas de libertad (detención policial), que se desarrollan en condiciones aún más crueles, inhumanas y degradantes, y que por analogía denominaré los fosos³².

4. Fosos y mazmorras: un estado permanente y sistemático de castigos inconstitucionales

Basta leer la parte probatoria y la fundamentación (con sus anexos) de las sentencias de la Corte Constitucional, antes citadas, para conocer las evidencias sobre las condiciones a las que son sometidas la mayoría de las personas privadas de libertad en Colombia. Sobre la base de esas evidencias, una conclusión incuestionable es que la privación de libertad en Colombia, en la mayoría de casos,

30 ESCOBAR, JUAN GONZALO, La pena privativa de libertad para la Colombia del postconflicto: Abolición de la pena de mazmorras. En *Rev. Indret*. http://www.indret.com/pdf/1355_1.pdf, 2018.

31 Op. Cit.

32 Al respecto puede verse: POSADA, MARIA PAULINA, "La inconstitucionalidad de la privación de la libertad en las estaciones de policía, de las personas con medida de aseguramiento de detención preventiva o sentencia condenatoria. Un análisis del panorama actual. TFG. *Universidad EAFIT* (texto inédito), 2018.

se realiza por fuera de la legalidad. Algunas de las frases utilizadas en las Sentencias de la Corte Constitucional son suficientemente ilustrativas para tener una imagen clara de esa realidad.

“Las condiciones en que son mantenidas las personas privadas de la libertad, por ejemplo, suelen ser relacionadas con las condiciones en que existen algunos de los animales relegados en nuestra sociedad a los lugares de suciedad. Por ejemplo, las personas que son sancionadas dentro de los establecimientos de reclusión, en ocasiones, son sometidas a condiciones inhumanas e indignantes. Así lo constató la Procuraduría en la Cárcel de Medellín, tal como fue reportado por la Prensa: “En Bellavista se pudo observar que estas celdas tienen una proporción de 2 metros de ancho por 8 de largo denominada el ‘rastrillo’, sin unidad sanitaria ni ducha, ni colchones.”³³

“Las cárceles colombianas se han convertido en un problema de orden público y en centros donde se violan sistemáticamente los derechos fundamentales de los internos. [...]”³⁴

“En el sistema penitenciario y carcelario vigente se violan, entre otros, los derechos a la vida, a la integridad personal (física y psíquica), a la dignidad humana, a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, a la seguridad personal, a la igualdad, a la no discriminación, a la intimidad, a la familia, a la libertad (en general y en especial la libertad sexual y reproductiva y la libertad de oficio), a la salud, a la reinserción social, a la especial protección de sujetos de especial protección constitucional (niñas, niños, minorías étnicas y culturales, personas con discapacidad, mujeres, personas de edad avanzada, jóvenes, personas en situación de desplazamiento, personas de orientación o identidad sexual diversa o en relaciones de sujeción, por mencionar los principales sujetos), a la educación, al trabajo, a la recreación y al deporte, a la expresión, a la información, al derecho de petición, al debido proceso y al acceso a la justicia -se reitera-, sólo por mencionar los principales derechos constitucionales violados o amenazados”³⁵.

“Categóricamente la jurisprudencia ha sostenido desde su inicio, “las penas excesivas, crueles, inhumanas, infamantes, o degradantes, no son otra cosa que

33 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-388/13 de 2013 Recuperado en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm> 12/321)

34 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-153 de 1998 Recuperado en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>

35 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-388/13 de 2013 Recuperado en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm> 12/321)

violencia institucional.”³⁶

Llegados a esta conclusión, se suscitan un conjunto de preguntas ¿cómo se ha podido mantener este estado de cosas, si la propia Corte Constitucional la ha declarado desde 1998? ¿Por qué no han actuado los mecanismos del Estado de Derecho frente a esta situación?

Sin lugar a dudas, uno de esos mecanismos es el Código Penal. Pareciera claro que, si se afirma con rotundidad que el Estado Colombiano somete a un trato cruel, inhumano y degradante a miles de personas privadas de libertad, se pueda afirmar, con igual claridad, que el Estado tortura a esas personas. ¿Por qué la Corte no ha sido tan clara? ¿Por qué la Corte se ha quedado a mitad de camino? ¿Cómo ha logrado eludir esta conclusión?

Son múltiples y muy variadas las respuestas a estas cuestiones. No estoy en capacidad de proporcionar evidencias para fundamentar respuestas que requieren un trabajo de investigación de gran calado. Adicionalmente, las limitaciones del trabajo solo permiten apuntar algunas consideraciones (si se quiere hipótesis) al respecto. Es plausible pensar que, ni la Corte, ni las autoridades correspondientes, estén interesadas, y mucho menos dispuestas, a iniciar un proceso penal contra miembros del Estado por el delito de torturas. Un proceso con una alta complejidad dada la corresponsabilidad de un conjunto de instituciones y personas dentro del Estado. ¿Quién está dispuesto a liderar y asumir los costes (políticos, sociales...) de esta acusación? No existen presiones por parte de la comunidad internacional y las instituciones de Naciones Unidas, encargadas de la problemática de la tortura. Ni tampoco por parte de la sociedad. Las víctimas del presunto delito están ya tan excluidas que sus voces están igualmente atrapadas en los fosos y las mazmorras. Adicionalmente, es plausible pensar que con ello tampoco se soluciona el problema, sino que se agrava al aumentar la clientela del sistema penal, con el riesgo de generar hacinamiento en los clubs militares.

Sobre su dimensión penal, resaltar dos aspectos. En primer lugar, la propia Corte Constitucional ha sido meridianamente explícita al afirmar que no se da el tipo penal de tortura sólo cuando “se trata de los dolores o sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas, consecuencia legal del propio delito” y añade “de manera que la norma no está protegiendo de ningún modo el abuso de la fuerza por parte de las autoridades del Estado, por cuanto eso debe dar origen a las responsabilidades disciplinarias o penales del caso. Así, la norma acusada

36 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-596 de 1992. Recuperada en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-596-92.htm>

en ningún caso legitima o exime de responsabilidad a quienes impongan penas no establecidas en la ley, sanciones que están prohibidas, castigos crueles inhumanos y degradantes, o a quienes apliquen las penas o sanciones lícitas y legítimas de manera arbitraria, irrazonable o desproporcionada. En este mismo sentido, cuando el inciso demandado establece como condición la licitud de la medida, ésta implica el respeto del principio de legalidad y del debido proceso, y solo cobija las sanciones establecidas previamente por el legislador, y *cuya aplicación deba darse dentro de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y con respeto de la dignidad humana y de los derechos fundamentales e inalienables de las personas.*³⁷ Y como ya hemos reiterado, ni los fosos ni las mazmorras son penas lícitas, ni la privación de libertad se ejecuta dentro del respeto de la dignidad humana y de los derechos fundamentales. En segundo lugar, constatar que la Corte evita este pronunciamiento y se limita a indicar que "...las prescripciones de los *Códigos Penal*, de Procedimiento Penal y Penitenciario y Carcelario, de los tratados y acuerdos internacionales citados y la misma jurisprudencia de la Corte acerca de los derechos de los reclusos *constituyen letra muerta*. 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." (subrayado propio)³⁸

Ceñiré el análisis a otro de los mecanismos: la acción de tutela. Centraré la atención en las consideraciones de Corte Constitucional en las sentencias reseñadas y las consecuencias que se derivan de las mismas. En particular, del papel que han jugado en la reconfiguración y consolidación de la estructura punitiva colombiana. Una estructura punitiva con castigos que se ubican y mantienen al margen de la legalidad. Y que ha anulado (asesinado) la acción de tutela, desposeyendo a las personas de uno de los mecanismos establecidos por el Estado de Derecho para evitar este tipo de castigos.

5. El "estado de cosas inconstitucionales". La paradoja de una denuncia que acaba en su consolidación

Claramente plausibles son las partes probatorias de las sentencias de Corte Constitucional colombiana que declaran que la privación de libertad en Colombia constituye en estado de cosas inconstitucionales. Sus informes, visitas, entrevistas

37 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-143 de 2015, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

38 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-153 de 1998 Recuperado en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>

y demás instrumentos constituyen claras e innegables evidencias de los hechos probados. Desde este punto de vista, las sentencias constituyen una pieza de enorme valor en referencia a la denuncia de la situación. Así mismo, la denuncia es clara y contundente.

Tras esas evidencias, las cuestiones a las que se enfrentaba la Corte no eran, para nada, simples. ¿Qué hacer? ¿Reconocer expresamente que se está torturando? ¿Procesar a los responsables? ¿Quiénes son los responsables? ¿Cerrar las cárceles? ¿Liberar a las personas privadas de libertad? ¿A todas? ¿A quiénes? ¿A cuántos? ¿Conceder el amparo? ¿En qué consistiría amparar a esas personas frente al trato cruel...?

Ante la anterior tesitura, la Corte Constitucional tomó varias decisiones. En primer lugar, como ya se indicó, evitó afirmar expresamente que se trataba de tortura, limitándose a indicar que el código penal era letra muerta. Por otro lado, decidió que tampoco se dejaría en libertad a las personas privadas de libertad y sometidas a tratos inhumanos.

La paradoja está en que, al decidir no realizar las diferentes acciones, antes indicadas, también se estaba decidiendo (*a contrario sensu*) mantener y perpetuar una situación que estaba fuera de la legalidad³⁹.

Con independencia de los trasfondos de las decisiones de las sentencias, la Corte Constitucional anunciaba y ordenaba que la situación debía acabarse en el menor tiempo posible. Sin embargo, el transcurso del tiempo ha evidenciado que esta consecuencia anunciada no se ha producido.

La situación actual permite afirmar que el efecto producido por las sentencias de la Corte Constitucional es claramente contrario al esperado. Tras evidenciar que las condiciones impuestas a miles de personas privadas de libertad en Colombia son contrarias a la Constitución, lo esperado (y legalmente exigible) es la Corte Constitucional proteja de forma inmediata y eficaz los derechos y libertades de esas personas, impidiendo que cualquier órgano o persona del Estado mantuviese esa situación. Debería evitar que el Estado traspasase ese límite máximo, al que se refería Ferrajoli y operase como en épocas anteriores a la civilización. Sin embargo, ha ocurrido todo lo contrario. Esta forma de castigo se ha consolidado en la estructura punitiva del Estado y como veremos, las personas han sido desprovistas de mecanismos de protección.

39 En este contexto, es imprescindible pensar que la decisión viene influenciada por la correlación de fuerzas enfrentadas. Los poderes del Estado, que seguramente contarían con un amplio respaldo social, y que son en definitiva los que tienen el poder de decidir, por un lado; y un grupo marginado de personas, vistas como delincuentes por la sociedad y por ende, sin respaldo social, por el otro.

Es importante resaltar que este efecto no se ha producido porque no hayan funcionado las soluciones planteadas o porque no se haya encontrado solución alguna. Sino, entre otras, porque las propias sentencias han contribuido relevantemente a este efecto de consolidación debido a la forma como la Corte Constitucional ha motivado y fundamentado sus decisiones.

Son tres los mecanismos argumentales utilizados por la Corte Constitucional que contribuyen para conseguir este efecto, de consolidar el estado de cosas inconstitucionales (la pena de mazmorras y los fosos), y que conviene resaltar por su relevancia. En primer lugar, la redefinición del problema en términos de hacinamiento; en segundo lugar, la relativización de los derechos de los internos, utilizando la figura de la especial relación de sujeción en el ámbito carcelario y; en tercer lugar, la relativización de la obligación del Estado en la protección de los derechos y libertades de las personas, al considerarla de carácter progresivo.

5.1 Redefinición del problema en términos de hacinamiento

Se pueden afirmar algunos hechos con claridad: Las condiciones a las que son sometidas la mayoría de las personas privadas de libertad en Colombia no respetan la legalidad nacional (ni internacional). No todos los pabellones dentro de los recintos penitenciarios tienen las mismas condiciones. No todas las personas privadas de libertad en Colombia tienen estas condiciones. La ubicación de cada persona en la estructura del archipiélago penitenciario, al que hemos hecho referencia, depende de un proceso selectivo que no cumple reglas predeterminadas fijadas en la ley. Un proceso en nada transparente y abiertamente arbitrario y discriminatorio.

Sobre la base de estos hechos, podemos ver que estamos ante una situación en la cual, a partir de una determinada acción, se produce un resultado concreto. Podemos apreciar fácilmente que la acción consiste en la privación de libertad en determinadas condiciones. Es importante notar que las condiciones no derivan de la acción genérica de privar de libertad. Sino que la acción concreta es someter a unas determinadas condiciones a unas personas privadas de su libertad. En este contexto, las condiciones en las que se priva de libertad son muy relevantes, ya que son las que permiten afirmar que el resultado de esta acción es un trato cruel, inhumano y degradante. Un sufrimiento, una lesión a la dignidad humana y de múltiples derechos y libertades, ajenos a la privación de la libertad de movilidad (pena impuesta). Por eso, parece plausible afirmar que, la *imposición* de esas condiciones a una persona privada de libertad es constitutiva de una pena cruel, inhumana y degradante. Lo que se realiza no es otra cosa que torturar a esas personas. Se trata por tanto de un

problema derivado de una acción. Acción descrita por el Código Penal colombiano (y la normativa internacional) como delito de torturas. Que una persona tenga un trato u otro, dentro de la estructura piramidal, depende de una decisión y una acción concreta. Un delito de acción que, en términos técnicos, cuenta con sus autores, cooperadores y cómplices.

Sin embargo, la Corte Constitucional no sólo desconoce, ignora o silencia la problemática de la tortura, sino que hábilmente redefine el problema y lo transforma. El reconocido trato cruel, inhumano y degradante deja de ser producto de la acción (*imposición*) del Estado, y pasa a ser la consecuencia (indeseada) del hacinamiento carcelario.

“En efecto, tanto el derecho a la dignidad como el de no recibir tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes se ven quebrantados por el hacinamiento y las malas condiciones de la estructura física y de servicios públicos que se encuentra en los centros de reclusión ; los derechos a la vida y la integridad física son vulnerados o amenazados de manera inminente por el mismo hacinamiento, por la mixtura de todas las categorías de reclusos y por la carencia de los efectivos de guardia requeridos ; el derecho a la familia es quebrantado por la sobrepoblación carcelaria y las deficiencias administrativas, condiciones éstas que implican que los visitantes de los reclusos han de soportar prolongadas esperas, bajo las inclemencias del clima, para poder ingresar al centro, y que dificultan en grado extremo las visitas conyugales y familiares ; el derecho a la salud se conculca dadas las carencias infraestructurales de las áreas sanitarias, la congestión carcelaria, la deficiencia de los servicios de agua y alcantarillado y la escasez de guardia para cumplir con las remisiones a los centros hospitalarios ; los derechos al trabajo y a la educación son violados, como quiera que un altísimo porcentaje de los reclusos no obtiene oportunidades de trabajo o de educación y que el acceso a éstos derechos está condicionado por la extorsión y la corrupción ; el derecho a la presunción de inocencia se quebranta en la medida en que se mezcla a los sindicatos con los condenados y en que no se establecen condiciones especiales, más benévolas, para la reclusión de los primeros, etc.”⁴⁰

El problema queda, entonces, redefinido en los términos siguientes: las cárceles colombianas se han visto afectadas por el hacinamiento. El hacinamiento (presentado como pandemia natural) ha contaminado de tal forma a las cárceles colombianas que las ha sumido en una crisis profunda. Y es el Estado el llamado

40 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-153 de 1998 Recuperado en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>

a sanear el sistema carcelario. Es la intervención salvadora del Estado lo que se reclama. De esta forma, el papel del Estado se transforma de agresor a salvador, es quien está llamado a garantizar los derechos y libertades de las personas.

Esta redefinición del problema permite a la Corte desplazar el problema. No se trata de impedir que el Estado torture a miles de personas. Se trata de ver qué puede hacer el Estado para salvaguardar los derechos de las personas privadas de libertad que ven sus derechos y libertades seriamente afectados por el hacinamiento carcelario. El Estado es presentado como garante, no como agresor.

5.2 La relativización de los derechos de los internos: La figura de la especial relación de sujeción

Desplazados a este nuevo escenario, del Estado como garante, la Corte introduce un mecanismo que permite relativizar los derechos de las personas presas. Y viene a afirmar que, si bien es cierto que el Estado debe garantizar los derechos y libertades de las personas, no debemos olvidar que los derechos y libertades de las personas privadas de libertad están sujetos a una mayor restricción toda vez que existe una especial relación de sujeción frente al Estado.

Afirma la Corte: “La jurisprudencia constitucional se ha pronunciado en diferentes ocasiones y contextos sobre la categoría de relación especial de sujeción. Ha identificado al menos seis (6) elementos característicos de este tipo de relaciones y cinco (5) consecuencias jurídicas de los mismos. Con relación a los elementos característicos de este tipo de relaciones la Corte se pronunció en la sentencia T-881 de 2002, ... “(i) la subordinación de una parte (el recluso), a la otra (el Estado); (ii) Esta subordinación se concreta en el sometimiento del interno a un régimen jurídico especial (controles disciplinarios y administrativos especiales y posibilidad de limitar el ejercicio de derechos, incluso fundamentales). (iii) Este régimen en cuanto al ejercicio de la potestad disciplinaria especial y a la limitación de los derechos fundamentales debe estar autorizado por la Constitución y la ley. (iv) La finalidad del ejercicio de la potestad disciplinaria y de la limitación de los derechos fundamentales, es la de garantizar los medios para el ejercicio de los demás derechos de los internos (mediante medidas dirigidas a garantizar disciplina, seguridad y salubridad) y lograr el cometido principal de la pena (la resocialización). (v) Como consecuencia de la subordinación, surgen ciertos derechos especiales (relacionados con las condiciones materiales de existencia: alimentación, habitación, servicios públicos) en cabeza de los reclusos, los cuales deben ser especialmente garantizados por el Estado. (vi) simultáneamente el Estado debe garantizar de manera especial el principio de eficacia de los derechos fundamentales de los reclusos (sobre todo con el desarrollo

de conductas activas).” ... Con relación a las consecuencias jurídicas que suponen las relaciones especiales de sujeción dijo la Corte: “Como lo puede apreciar la Sala, entre las consecuencias jurídicas más importantes de la existencia de las relaciones especiales de sujeción, en relación con los derechos fundamentales, se cuentan: (i) La posibilidad de limitar el ejercicio de algunos derechos fundamentales de los reclusos (intimidad, reunión, trabajo, educación). (ii) La imposibilidad de limitar el ejercicio de ciertos derechos fundamentales (vida, dignidad humana, libertad de cultos, debido proceso, habeas data, entre otros). (iii) El deber positivo en cabeza del Estado de asegurar el goce efectivo, tanto de los derechos no fundamentales como de los fundamentales, en la parte que no sea objeto de limitación cuando la misma procede, y en su integridad frente a los demás, debido a la especial situación de indefensión o de debilidad manifiesta en la que se encuentran los reclusos. (iv) El deber positivo en cabeza del Estado de asegurar todas las condiciones necesarias que permitan a su vez condiciones adecuadas para la efectiva resocialización de los reclusos.”⁴¹

Se produce, por tanto, un nuevo giro. El Estado, que ya no es el agresor, sino el garante, tampoco tiene una obligación plena y absoluta, sino que su obligación de garante sólo abarca una parte de los derechos y libertades afectados, ya que hay otros que vienen restringidos por la especial relación de sujeción. Así, con independencia de las condiciones, el encarcelado sufre una doble reducción, la que impone la sentencia y la que deriva de su encierro.

Son múltiples y variadas las cuestiones que ha suscitado y suscita la figura de la especial relación de sujeción. Una de las principales cuestiones, claramente relacionadas con el tema que nos ocupa, está relacionada con ser una teoría más ajustada a un modelo de Estado absoluto que a un modelo del Estado de Derecho.⁴² Se considera que lo que oculta (y se reclama) detrás de la llamada especial relación de sujeción, es la reivindicación de un espacio ajeno a la legalidad para el ejercicio sancionador del Estado. Así lo avala su origen en la Alemania del XIX, y su desarrollo en las monarquías constitucionales de la época. Se quiere garantizar que el Estado conserve un espacio sancionador, ajeno a la ley, en un contexto en el que ha visto sus facultades recortadas por la ley. Un espacio que podrá manejar a su discreción, basado en la responsabilidad de autor, sin las exigencias del principio de legalidad,

41 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-388/13 de 2013 Recuperado en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm> 12/321

42 GALLEGO, ANABITARTE. “Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la administración”, en *Rev. de la Administración Pública*, Núm. 34, págs. 11-51, 1961.

consistente en la expresión de la voluntad (poder) del Estado y fundamentado en esa difusa especial relación de sujeción.⁴³ Más expresivas de su contenido resultan otras denominaciones alternativas a las que ha hecho referencia la doctrina. Como “relación especial de poder” fue traducida al castellano, en los primeros textos, la expresión alemana *besonderes Gewaltverhältnis*, en su sentido más literal⁴⁴. A la “supremacía especial” se referían autores como García de Enterría y García Trevijano.⁴⁵

En el ámbito comparado, la situación es muy variada. Mientras que en Alemania el Tribunal Constitucional alemán se separó de esta doctrina en su conocida sentencia de 14 de marzo de 1972, en España, por ejemplo, su incorporación se ha considerado de forma unánime por la doctrina como excesiva (Prieto, 2009).

Como afirma Mapelli (1993), el problema más relevante de la aplicación de esta teoría no es su pretensión de limitar los derechos y libertades de las personas, mediante un ejercicio del poder del Estado ajeno a la regulación legal; sino que, en el ámbito penitenciario, se ha pretendido, y ha servido, para fundamentar un *estatus* permanente debilitado de las personas privadas de libertad.

Con independencia de las dudas que suscita la figura, la utilización indebida de esta figura en el contexto de las condiciones de la privación de libertad en Colombia, distrae la atención y reconfigurar la realidad. No debemos olvidar que estamos hablando de lesiones a derechos fundamentales de tal magnitud que constituyen un trato cruel, degradante e inhumano. Afirmar, en ese contexto, que los presos tienen menos derechos que las personas en libertad, sugiere que esas condiciones (cruelles, degradantes e inhumanas) pueden derivar de esa situación de disminución de derechos. Una cuestión abiertamente falsa. En ningún caso la hipotética reducción de derechos de las personas sujetas a esa especial relación de sujeción con el Estado puede llegar a ser constitutiva de trato cruel o inhumano. El trato cruel no solo está por fuera de la legalidad, sino que está proscrito como facultad del Estado, incluso si se quiere considerar que las personas presas tienen una especie de *capitis diminutio* derivada de esa especial relación.

En este sentido, la Corte Constitucional colombiana debería, por un lado, abandonar la pretendida teoría, y adoptar la posición más ajustada al Estado de Derecho que no requiere acudir a esta clase de figuras y espacios ajenos a la

43 MAPELLI, BORJA. “Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario”. En *Rev. Estudios penales y Criminológicos*, (16), 281-326. 1993.

44 Cfr. Forsthoff, E., 1958, citado por Mapelli, 1993.

45 GARCÍA TREVIJANO, JOSÉ ANTONIO, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, 3ed. Madrid. Revista de Derecho Privado, 1974

legalidad. Todas las personas tienen sus derechos y libertades conforme lo establece la ley y precisamente, con los límites establecidos en ella. De la misma forma, correlativamente, el Estado tiene las potestades establecidas en la ley, que sirve de límite al poder estatal. Así, en el caso de las personas privadas de libertad, sus derechos y libertades vienen limitados, exclusivamente, por la sentencia, la pena impuesta y la ley. Y, por otro lado, debe abstenerse, en todo caso, de aplicar o hacer mención a esta teoría cuando lo que se reivindica es la imposibilidad de que el Estado imponga a las personas privadas de libertad condiciones consideradas crueles, inhumanas y degradantes.

5.3 La obligación del Estado de proteger de los derechos y libertades es progresiva

Recapitulando, el relato de la Corte no sólo ha reconfigurado la problemática, transformando las causas del problema, de la acción del Estado (agresor), al hacinamiento como causa endémica del sistema y transformando al Estado como garante. Además, nos señala que al tener una especial relación de sujeción con el Estado, no goza de los mismos derechos y libertades que los demás. Se refuerza, por tanto, la idea que una parte de las privaciones derivan de su condición de penado o condenado. Es decir, son consecuencia de sus propios actos. Y sobre esta base, procede finalmente a completar la reconfiguración, veamos.

A pesar de las restricciones anteriores, la Corte no puede ignorar que el Estado sigue siendo garante del resto de los derechos y libertades de las personas encarceladas. Hablamos, por ejemplo, de derechos tan fundamentales como la salud, la integridad física y psíquica, o la vida misma. Tampoco puede ignorar que podría exigirse la protección inmediata por parte del Estado. Y es frente a esta posibilidad que la Corte Constitucional introduce un nuevo argumento. Afirmando que el cumplimiento de la obligación de garante que el Estado tiene es progresivo. Lo que, para la Corte, tiene una doble significación: en primer lugar, que su cumplimiento (y exigencia) está condicionado a que el Estado cuente con los medios necesarios. Y, en segundo término, que basta con que el Estado tenga un plan concreto y diseñado, para considerar que va cumpliendo con su obligación.

Así, afirma la Corte que “El Estado tiene el deber constitucional de diseñar e implementar una política pública escrita, que garantice progresiva y sosteniblemente el goce efectivo de las facetas prestacionales de los derechos fundamentales que no sean de inmediato cumplimiento”⁴⁶

46 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-388/13 de 2013 Recuperado en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm> 12/321)

Esta doctrina, del carácter progresivo de la garantía que el Estado debe suministrar a las personas reclusas, no es novedosa. En España el Tribunal Constitucional la ha aplicado en los casos en los que las personas reclusas reclamaban su derecho a tener un trabajo remunerado, dentro de prisión. En ese contexto, el Tribunal español ha indicado que existe, ciertamente un específico deber de la Administración Penitenciaria de crear y proporcionar los puestos de trabajo que permitan sus disponibilidades presupuestarias, y un mandato, incluso, al legislador, conforme al artículo 53.3 de la C.E., de que atienda a la necesidad de pleno empleo de la población reclusa, según las posibilidades socioeconómicas y sin perder de vista, precisamente, la indicada finalidad reeducadora y de reinserción social, que por disposición constitucional, tiene la pena. Y, desde el punto de vista subjetivo de quien está cumpliendo pena de prisión, es un derecho de aplicación progresiva, cuya efectividad se encuentra condicionada a los medios de que disponga la Administración en cada momento, no pudiendo pretenderse, conforme a su naturaleza, su total exigencia de forma inmediata⁴⁷

Como puede apreciarse fácilmente, por un lado, la Corte confunde de nuevo la acción de infligir un mal, a través de imponer unas condiciones crueles e inhumanas, con la obligación de garantizar unos derechos y libertades. Y por otro lado, pretende colocar en un mismo plano la exigencia de un derecho, como puede ser la de un trabajo remunerado, con la exigencia de no ser encerrado en un lugar sin agua potable, sin aire adecuado ni ventilación, sin instalaciones para las necesidades fisiológicas, sin espacios, ni elementos para dormir, sin espacio para moverse, con elevados riesgos de enfermedades y sin atención médica, etc., etc. Resulta evidente que condicionar las reivindicaciones antes referidas a que el Estado no consiga los medios necesarios para ello, es una forma de conseguir/garantizar que las mismas se perpetúen en el tiempo, sin que al Estado se le puede hacer responsable de ello. Así ha ocurrido con la pretendida obligación progresiva del Estado español de dotar de puestos de trabajo para todas las personas reclusas, una obligación/aspiración que no se ha conseguido desde la sentencia de 1987, y así también viene sucediendo con la obligación del Estado colombiano de impedir la tortura, desde la sentencia de la Corte desde 1998. Esto implica, sencillamente, reconfigurar la privación de libertad en Colombia logrando que estas medidas permanezcan, de forma estructural y sistemática, por fuera de la legalidad.

La Corte es consciente de ello. Sabe que ha dejado sin protección a esas personas privadas de libertad. Por ello, como si de una crónica de una muerte anunciada se

47 SSTC 82/1986 Y 2/1987

tratase, advierte que “El juez de tutela tiene que comprender las complejidades que demanda al Estado cumplir las obligaciones de proteger las facetas de carácter prestacional o progresivo de los derechos constitucionales. Pero eso no implica que el juez de tutela pueda hacer caso omiso de las violaciones o amenazas que se prueben y verifiquen en los procesos de tutela. Como ha dicho la Corte, la progresividad no es un permiso para incumplir obligaciones constitucionales; “[...] no es un permiso al Estado para que deje de adoptar las medidas adecuadas y necesarias orientadas a cumplir las obligaciones en cuestión, valga repetir, progresivamente. Para la jurisprudencia ‘el que una prestación amparada por un derecho sea de carácter programático no quiere decir que no sea exigible o que eternamente pueda incumplirse’”⁴⁸.

Pero a pesar de ello, la Corte cierra el proceso reconfigurativo y afirma, que si bien el carácter progresivo de la obligación del Estado no sirve de excusa, sí evita que las personas sometidas a esos castigos crueles e inhumanos puedan exigirle su cese inmediato. El carácter progresivo “...justifica la imposibilidad de exigir judicialmente en casos individuales y concretos, el inmediato cumplimiento de todas las obligaciones que se derivarían del ámbito de protección de un derecho constitucional”⁴⁹

De esta forma, la Corte Constitucional colombiana ha logrado reconfigurar la situación. De la denuncia de un problema derivado de la acción del Estado que lesiona los derechos y libertades de las personas, imponiendo un trato cruel..., de la que deriva la correspondiente obligación de la Corte de evitar o *interrumpir* esa imposición; ha logrado redefinirla como una situación derivada de un hecho (natural): el hacinamiento carcelario, frente al cual el Estado debe *promover* o garantizar, en la medida de sus posibilidades, unos derechos y libertades restringidos, que deben ser atendidos/ protegidos por el Estado, de forma progresiva en la medida de sus posibilidades, sin que los titulares puedan exigir de forma individual su protección inmediata. Asegurando (consolidando) con ello, su permanencia en el tiempo y su configuración dentro de la estructura punitiva del Estado.

Finalmente, la Corte, tras negar que las personas sometidas a castigos fuera de la legalidad, como fosos y mazmorras, tengan derecho a que no se les apliquen los mismos, acaba justificando estos castigos (fosos y las mazmorras), considerando que son medidas adecuadas, si se pondera con lo que la excarcelación supondría para las víctimas.

48 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-388/13 de 2013 Recuperado en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm> 12/321

49 Op. Clt,

“La Sala advertirá que una persona privada de la libertad no adquiere un derecho constitucional a ser liberada, por el hecho de haber sido destinada a un lugar de reclusión que se encuentra en situación de hacinamiento y que supone de por sí un atentado a la dignidad humana; tal situación le da derecho a reclamar que de forma imperativa se modifiquen las condiciones de reclusión, pero no a ser liberada. Concretamente, al menos se deben implementar reglas que permitan disminuir progresiva y razonablemente el hacinamiento, hasta lograr superarlo y, posteriormente, no permitir que dicho estado de cosas se presente. Se debe mantener el equilibrio entre los cupos con que cuenta un establecimiento y el número de personas allí reclusas. Estas medidas serán de diverso tipo; algunas de choque, buscando actuar de forma inmediata y en el corto plazo, para mitigar, hasta donde sea posible, las violaciones y amenazas a los derechos fundamentales que actualmente se dan.⁵⁰

“Permitir la excarcelación de la persona implicaría una amplia protección de los derechos de la persona que se encuentra sindicada o condenada, pero supondría a la vez un amplio sacrificio de los derechos de las víctimas de los actos criminales de los cuales se les sindicó o por los cuales fueron condenados. La respuesta que se dé al problema jurídico planteado, debe ponderar todos los valores, reglas, principios y derechos constitucionales que se encuentran en tensión. Así, el Estado en general, y las autoridades carcelarias en concreto, tienen la obligación constitucional de escoger medios y herramientas para proteger los derechos de las personas privadas de la libertad, sindicadas o condenadas, sin que ello implique el menoscabo de los principios democráticos y de legalidad de todo estado social de derecho, ni la defensa efectiva de los derechos constitucionales fundamentales de las personas cuyos derechos han sido objeto de ofensas criminales.⁵¹

Así, se ha dado muerte a la tutela, en materia de privación de libertad y carta de naturalización a los fosos y las mazmorras. No cabe duda que entre los cooperadores necesarios de esta situación se encuentran las diversas entidades que participan en el sistema punitivo colombiano, tales como: parlamento, justicia, fiscalía, policía, gobierno (nacional, departamental y municipal) e INPEC. Pero también lo es la sociedad en general. Una sociedad que permanezca pasiva ante esta situación es una sociedad con problemas políticos y éticos muy profundos. Hablamos del respeto a la dignidad humana.

50 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-388/13 de 2013 Recuperado en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm> 12/321), p. 13.

51 Op. Clt, p. 113.

Por todo ello, es importante insistir y reafirmar que es el Estado quien realiza la acción constitutiva del trato inhumano y degradante. Y así lo reconoce expresamente la Corte Constitucional, aunque luego parece olvidarlo, cuando afirma: "... se trata de una doble violación. Por una parte, el Sistema penitenciario y carcelario desprotege el derecho a la salud, al dejar de tomar acciones y medidas orientadas a superar las afecciones a la salud de las personas privadas de la libertad; pero a la vez lo irrespeta, por cuanto emprende acciones (recluir a una persona en condiciones extremas, insalubres y no higiénicas) que privan del grado de salud que tenían. No se les asegura gozar de un mejor grado de salud y, además, se les arrebató el que tenían" (T-388/13:5). También es importante recordar que la obligación de la Corte es impedir que el Estado continúe sometiendo a este trato a personas privadas de libertad, tal y como ya lo había reconocido la propia Corte, y que de nuevo parece olvidar, "El Juez de tutela debe impedir que a las personas privadas de la libertad se les someta a tratos indignos, debe impedir que se culpe a las personas en tal estado de los maltratos de los cuales son víctimas y debe adoptar las medidas adecuadas y necesarias para asegurar que tales condiciones, en efecto, cesen."⁵²

El problema no se agota en que el Estado Colombiano tortura a miles de personas al imponer una pena ajena a la legalidad constitutiva de un trato cruel, inhumano y degradante, toda vez que esto se realiza con el silencio, beneplácito implícito, complicidad omisiva... de la sociedad colombiana.

6. ¿Cómo salir de fosos y mazmorras?

A modo de conclusión y sin ningún ánimo exhaustivo, me interesa llamar la atención en algunas propuestas que considero importantes para superar esta situación.

He indicado que es necesario diferenciar claramente la problemática relacionada con el Sistema penal y su sistema carcelario, por un lado; de la problemática relacionada con la imposición de tratos crueles, inhumanos y degradantes, por el otro. Mientras que la primera se inscribe en la definición y desarrollo de un modelo político criminal que, por su grado de complejidad, necesariamente requiere un extenso tiempo de discusión y elaboración; la segunda se inscribe en la realización de una acción contraria a la ley y considerada como delito de torturas, que debe ser proscrita. No se puede, ni conviene, confundir o condicionar la segunda con la primera.

52 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-412/09 (MP. María Victoria Calle Correa). Recuperada en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-412-09.htm>

A pesar de que mi interés se centra en la segunda de las problemáticas (imposición de trato cruel, inhumano y degradante); no quiero dejar de realizar, aunque sea de forma muy somera, algunas consideraciones en relación a la primera: sistema penal y penitenciario.

Ya he advertido que existen múltiples evidencias que señalan que simplificar la problemática para reducir la solución a más y mejores cárceles no es un camino viable. También he indicado que una reforma del sistema penal, sobre las bases de los postulados del derecho penal mínimo y garantista descrito, entre otros, por Ferrajoli, es una práctica preferible. Y puestos a reconfigurar el Sistema penal, conviene aplicar de forma más rigurosa el principio de *última ratio* y reservar la intervención penal exclusivamente cuando hayan fallado todos los medios alternativos, lo cual permitiría el desarrollo de un modelo restaurativo, centrado en la resolución de problemas y no en el castigo.

Este ajuste al modelo del Derecho penal mínimo no sólo pasa por su reforma legal. Existen ámbitos en los que influye la aplicación de la ley. La detención preventiva es uno de ellos. El respeto al principio de presunción de inocencia exige que la detención preventiva tenga un carácter excepcional. A nadie se le escapa que el sistema penal colombiano no tiene carácter excepcional si cuenta con más del 30% de presos en detención preventiva. Son los jueces los responsables de velar que se cumpla este carácter excepcional. Si bien la Fiscalía (que no debemos olvidar que es una de las partes del proceso) tiene la potestad de solicitar la medida, es la autoridad judicial quien tiene, en exclusiva, la potestad de ordenarla. En este contexto, conviene determinar de forma clara y precisa la detención preventiva (y de paso la detención policial), con el fin de establecer claramente los requisitos objetivos y teleológicos que se exigen para garantizar la aplicación excepcional de la medida (art. 11 Código penitenciario colombiano). La autoridad judicial está obligada a revisar el riguroso cumplimiento de estos requisitos y ponderar la medida frente a principios básicos como el de presunción de inocencia y *pro libertatis*. En la España post franquista las autoridades judiciales contribuyeron a la reducción la población penitenciaria preventiva, que se ubicaba por encima del 50%, al restringir su aplicación a tres funciones teleológicas básicas: el riesgo de fuga, la destrucción de pruebas y la reiteración delictiva y exigir, en estos supuestos, elementos concretos (no teóricos o hipotéticos) de la existencia de esos riesgos. Sin duda la Corte Constitucional tiene un gran papel en este cometido.

Dejando de lado la problemática global, relacionada con la reforma del Sistema penal y penitenciario colombiano, y centrándome en la problemática de los fosos y mazmorras, conviene hacer las siguientes consideraciones:

1. No es un problema exclusivamente económico. Hay suficientes evidencias que muestran que el problema no puede reducirse a “más medios”. De ser así, la solución pareciera muy fácil y clara. La propia Corte Constitucional podría establecer un criterio de priorización del gasto público en función los derechos fundamentales afectados y protegidos. Esta medida implicaría que, no sólo el actual presupuesto de las prisiones, sino prácticamente todo el presupuesto nacional, departamental y municipal (del que habría que excluir los gastos propios del funcionamiento de las instituciones), estarían destinado, en primer lugar, a acabar con las condiciones antes indicadas. Difícilmente encontramos otro ámbito social en el que el Estado sea quien someta a las personas a estas condiciones y por tanto, ocuparía los primeros lugares del gasto público.

2. Tomarse en serio la dignidad humana. Detrás del aparente problema económico (falta de medios) hay un problema social. El contenido del mismo tiene que ver con aspectos éticos y políticos. Y guarda relación con los procesos de exclusión social. Entre ellos destaca la exclusión de determinadas personas privadas de libertad. Ni los políticos, ni los diversos funcionarios del Estado, ni la propia sociedad, ni siquiera los Jueces de la Corte Constitucional, como máximos garantes, consideran que estas personas están en un plano de igualdad. Por el contrario, consideran y toleran que, mientras algunas *personas* están privadas de libertad en clubs militares, puede haber otras tratadas “como *animales abandonados*”, a los que hace referencia la sentencia, aunque sea de forma temporal. Esta es la principal falencia sobre la quiero llamar la atención. Se trata del reconocimiento y la aceptación *material*, no puramente formal, del principio de dignidad humana. Reconocer a los demás, con independencia de su situación, como iguales. ¿Cómo puede esperarse que una persona que ha estado en una mazmorra durante 10 años, trate a sus víctimas como seres humanos, si la sociedad no lo ha tratado a él como tal? Proscribir el trato cruel, inhumano y degradante, frente a todos, sin excepción alguna es un imperativo ético y político. Y tiene carácter inmediato, no progresivo, ni condicional.

Esta situación es sólo el reflejo de uno de los principales problemas de la sociedad colombiana (incluidas sus instituciones). No se trata sólo del derecho penal del enemigo. Se trata de la configuración de una sociedad del conflicto, de la guerra, para el conflicto y la guerra. En la que al enemigo vencido no se le reconoce ni su condición humana. Tomarse en serio la dignidad humana como principio informador de la organización social es una tarea pendiente de la sociedad del postconflicto. En Colombia la dignidad humana es vista y tratada como un simple postulado o

deseo que se incorpora en las leyes (letra muerta) para mostrar la cara amable. No se asume como el núcleo básico de la organización social, sin el cual no se puede estructurar una sociedad. En la Colombia del conflicto y la Colombia de la guerra la exclusión y la denigración juegan, y han jugado, un papel relevante. La Colombia del postconflicto debe reconstruirse sobre la base del respeto sin paliativos de la dignidad humana.

3. Eliminación del trato cruel, inhumano y degradante: salir de los fosos y mazmorras. Considero que, frente al trato cruel, inhumano y degradante, las medidas deberían ir orientadas a una interrupción inmediata de ese trato. No se trata de impedir la privación de libertad. Se trata de impedir determinados tratos, determinadas condiciones de privación de libertad.

En este contexto, una primera medida consiste en que la Corte Constitucional cambie sus resoluciones. La Corte debe eliminar la ambigüedad. Debe manifestarse categóricamente defensora de la legalidad y la dignidad humana. Debe proscribir, de forma inmediata y radical, todo trato cruel e inhumano. Debe dejar claro que el Estado es quien infringe el trato cruel y que esa potestad, sencillamente, no la tiene. No es deseable ni conveniente adoptar doctrinas foráneas, como la de la especial relación de sujeción, para restringir los derechos de determinadas personas y menos aún de la naturaleza del caso. Los derechos y libertades que las personas privadas de libertad tienen restringidos son aquellos que derivan de la sentencia, la ley y los que sean consustanciales a la pena impuesta. Las demás restricciones son discriminatorias y no tienen fundamento. Asimismo, la Corte debe ser imperativa en ordenar el cese inmediato del trato cruel, inhumano y degradante. No puede confundir el carácter inmediato e imperativo de la prohibición de tortura, con el carácter progresivo y gradual de la obligación de protección de los derechos y libertades por parte del Estado. En consecuencia, debe ordenar que, si el Estado mantiene privado de libertad a esa persona, debe hacerlo de forma que respete los derechos y libertades de las personas privadas de libertad. No hay opciones intermedias. No hay zonas excepcionales. No hay "estados de cosas" que se puedan colocar y mantener fuera de la legalidad. El Estado deberá, entonces, de forma urgente e inmediata (en sus sentencias hace referencia a no más de 8 días) cumplir la legalidad en aquellos casos en los que priva de la libertad a una persona.

4. Aplicar las condiciones mínimas fijando los cupos máximos. Para asegurar que se cumpla lo anterior, la Corte debe limitar la capacidad, ajustada a la legalidad, que tiene el actual equipamiento estatal para privar de libertad (cárceles y centros de detención). Se trata de determinar el número máximo de personas que pueden ser encerradas en cada uno de los pabellones, centros penitenciarios, centros de

detención... que hay en el país. En el caso de las comisarías y centros de detención, debe establecerse igualmente el tiempo máximo de detención, en relación con sus condiciones. Este cálculo debe realizarlo la Corte Constitucional sobre la base de la ley y los parámetros internacionales referidos a las condiciones mínimas de la privación de libertad, relacionados con el espacio, la dotación y demás condiciones de la privación de libertad.⁵³ Nótese que se plantea que estos indicadores deben aplicarse en cada uno de los módulos/pabellones y no de forma global a los centros. Esto es debido a que el llamado “hacinamiento” no se distribuye de forma uniforme en los centros de carcelarios. Los problemas se suelen concentrar especialmente en algunos pabellones. Sobre esta base, la Corte Constitucional debe fijar de forma imperativa el número máximo de personas que pueden ser internadas en cada uno de los pabellones del país, teniendo en cuenta sus características. Pero no sólo es importante tener en cuenta las condiciones físicas de los centros, también debe tenerse en cuenta el presupuesto y su distribución, de nuevo discriminado por cada centro, cada pabellón, cada comisaría. Un centro puede contar con espacio e infraestructura adecuada para atender a un número determinado de personas, pero no tener dotación presupuestaria necesaria, o una distribución no ajustada al cumplimiento de los mínimos exigidos. La Corte debe saber las respuestas a interrogantes esenciales como: ¿Cuál es el gasto mínimo que requiere una persona privada de libertad en Colombia? ¿Con cuánto dinero cuenta cada pabellón para atender las necesidades propias de las personas privadas de libertad? Ningún centro podrá privar de libertad a una persona contraviniendo los límites así establecidos. Los centros, pabellones, comisarías... que no cumplan los mínimos exigidos (fosos y mazmorras) NO pueden ser utilizados como lugares de privación de libertad. El control necesario deberá efectuarlo, como lo viene realizando, la Corte. En caso de incumplimiento deberá iniciar las acciones legales correspondientes.

5. En otra ocasión hice referencia a medidas que se han tomado en otros países, con el fin de impedir el sometimiento a condiciones de trato cruel, inhumano y degradante. Me refiero a las medidas adoptadas en California que implicaron una importante disminución de personas privadas de libertad y las medidas adoptadas en el Reino Unido consistente en una indemnización económica permanente mientras dure la imposición de estas condiciones.⁵⁴

53 UNODOC (2015) Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Mandela). Recuperado en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/GA-RESOLUTION/S_ebook.pdf

54 ESCOBAR, JUAN GONZALO, La pena privativa de libertad para la Colombia del postconflicto: Abolición de la pena de mazmorras. En Rev. Indret. http://www.indret.com/pdf/1355__1.pdf, 2018.

6. Habeas corpus ante la Corte interamericana de Derechos Humanos. Debe rehabilitarse un instrumento creado para interrumpir de inmediato estos abusos y garantizar que una persona no sea privada de libertad por fuera de la legalidad. Un instrumento reconocido por la comunidad internacional⁵⁵. Me refiero al *habeas corpus*. Un recurso, simple, sin formalidades, sin trabas legales, que procura resolver, de forma inmediata, la privación de libertad por fuera de la ley. En Colombia, como ya hemos indicado, la Corte Constitucional considera que la legalidad de la privación del derecho de libertad de movilidad, amparada por el Código penal, extiende sus efectos a cualquier otra privación de derechos y libertades que produzca en el contexto de la pena privativa de libertad. De esta forma, se han eliminado conjuntamente la tutela y el *habeas corpus*. En ese contexto, si bien conviene su rehabilitación, aplicándola cuando se prive de libertad por fuera de la legalidad, debe trabajarse para establecer como última instancia del *habeas corpus* algún tribunal internacional que opere en Colombia (vgr. Corte interamericana de Derechos Humanos).

7. Rehabilitación de la tutela por la vía internacional. Si el máximo tribunal del país encargado de la protección de los derechos de las personas y de proscribir la tortura y el trato cruel inhumano y degradante no cumple su función, entonces debe buscarse una instancia internacional que se encargue de ello. En ese sentido, es relevante tener en cuenta que Colombia firmó la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en 1985, incorporándola a su legislación mediante la ley 70 de 1986. Asimismo, conviene recordar que ese organismo cuenta con un Comité contra la tortura, que vela por la proscripción de la misma y el trato cruel. El ideal sería, entonces, que las personas afectadas pudiesen acudir directamente al Comité para denunciar su situación y que el Comité realizase inspecciones periódicas para impedir que el Estado colombiano pudiese imponer esas condiciones.

El problema está en que, a pesar de que el Comité está previsto de esos instrumentos, los mismos no son operativos en Colombia. El Comité no tiene reconocida en Colombia la competencia para recibir comunicaciones individuales de personas privadas de libertad. Esto se debe a que Colombia no ha realizado la declaración contenida en el artículo 22, que habilita al Comité para ello. Por otro lado, el Comité no puede establecer un sistema de visitas periódicas a los lugares donde se encuentren personas privadas de la libertad, ya que Colombia no ha ratificado el

55 Un claro ejemplo es el Pacto Internacional de Derechos Humanos que en su artículo 9, numeral 4 consagra que: “Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal”.

Protocolo facultativo de esta Convención. En ese contexto se deben realizar acciones tendentes a lograr que Colombia cumpla los deberes que tiene pendientes para el adecuado funcionamiento del Comité contra la tortura de la ONU.

Con independencia del conocimiento de los casos individuales, es muy relevante que el Comité contra la tortura tenga una información adecuada sobre la realidad de la privación de libertad. En reunión que tuvo lugar los días 30 de abril y el 1 de mayo de 2015, la delegación colombiana presentó su 5º informe ante el Comité. En el mismo, de forma muy sintética, las autoridades colombianas, quisieron presentar un panorama bajo control. Afirmaron que: "... se han hecho ejercicios de carácter legislativo y técnico que permiten administrar de manera adecuada el sistema penitenciario, ... y se ha venido garantizando la supervisión del sistema interno carcelario." ... "...que la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo realizan visitas periódicas a los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional para verificar las condiciones de los privados de libertad y velar por sus garantías y derechos". A pesar de lo cual reconocieron que "hay una grave deficiencia en la infraestructura y espacio, las cifras no mienten, razón por la que se piensa ampliar cupos ... para el 2018 se esperan 12000 nuevos cupos de detención" concluyendo que "Es claro que hay que replantear las soluciones al respecto, pues la problemática de hacinamiento carcelario no puede desaparecer con la ampliación de algunos cupos. Debe hacerse un estudio profundo de las causas que conllevan a que existan niveles exorbitantes de criminalidad en Colombia. Hacer estudios que permitan atacar la raíz del problema y no solamente buscar soluciones pasajeras y poner paños de agua tibia para calmar el malestar de manera temporal. Debe reinventarse el sistema carcelario, la administración de la justicia y centrar el interés en temas conexos a las causas del delito como son el acceso a la educación y al trabajo"⁵⁶.

No es de extrañar que el Comité no haya centrado su atención en los problemas que enfrenta la privación de libertad en Colombia. Durante varios años el Comité viene focalizando su preocupación, de forma preponderante, en los temas relacionados con el conflicto en Colombia. Sin embargo, en el contexto del post conflicto el Comité debe centrar la atención sobre esta problemática. Y así lo ha manifestado el propio Comité, quien tras la indicada reunión reiteró su preocupación por "la ausencia de un

56 COLECTIVO DE ABOGADOS.ORG, El Estado colombiano expone su postura ante el Comité contra la tortura de la ONU. Viernes 22 de mayo de 2015, por Red Internacional de Derechos Humanos, en <https://www.colectivodeabogados.org/?El-Estado-colombiano-expone-su-postura-ante-el-Comite-contra-la-tortura>.

mecanismo plenamente independiente encargado de inspeccionar todos los lugares de detención...⁵⁷

Se propone unir sinergias con el fin de crear/profundizar y estructurar una red (a nivel nacional, con colaboración internacional), integrada por académicos, profesionales, personas y agencias que de alguna forma tienen contacto y se preocupan por la privación de libertad. Unificando los esfuerzos de las diversas asociaciones, grupos de trabajo, académicos, profesionales..., interesados en trabajar de forma independiente del Estado en la eliminación de estas formas de penalidad.

Entre los objetivos de esta red debe estar la creación de un observatorio sobre la privación de libertad en Colombia, que supla provisionalmente la función de visita e inspección en los centros de privación de libertad y la elaboración de informes que deben garantizar su independencia y cientificidad.

Un primer cometido es el estudio sistemático y permanente del funcionamiento real de la privación de libertad en Colombia. Se trata de proporcionar conocimiento adecuado, sobre los datos de esa realidad, obtenida mediante trabajos científicos, con las metodologías propias de las ciencias sociales, que permitan obtener datos objetivos, contrastables y basados en fuentes falsables. Para garantizar la imparcialidad de estos trabajos, en la elaboración de estos estudios no puede haber intervención del Estado (directa o indirecta) ni en la selección de los miembros que realizan estos trabajos, ni en su financiación. La red debe procurar los recursos de fuentes que no comprometan sus investigaciones y trabajos. La independencia del Estado no significa trabajar de espaldas al Estado. Siguiendo una vieja recomendación de un profesor anglosajón, trabajar a cierta distancia. Ni tan lejos que no te oigan, ni tan cerca que te absorban. En este contexto, consideramos que se puede y se debe concurrir a los proyectos de investigación oficial, siempre y cuando conserven esta equidistancia. Si tenemos en cuenta la extrema gravedad de la lesión de la dignidad humana y los derechos y libertades de las personas privadas de libertad, la Colombia del post conflicto debe incorporar en su agenda, no sólo de Desarrollo Humano sostenible, sino de reconfiguración básica de su sociedad, la privación de libertad entre las primeras líneas de interés oficial en materia de investigación social. En este sentido, la inversión en I+D y por ende los proyectos de investigación deben incluir y prioriza esta línea de investigación como imprescindible. La red propuesta debe elaborar los proyectos adecuados que le permitan concurrir a esta investigación.

57 COMITÉ CONTRA LA TORTURA, Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Colombia, en <file:///C:/Users/gescobar/Downloads/Informe%20vs%20tortura%202015.pdf>, 2015.

Es importante que la red establezca mecanismos de transferencia de los resultados de la investigación. Tanto los datos obtenidos como los análisis y consideraciones que se elaboraren deben servir de base para la elaboración periódica de informes. Informes que deberán presentarse, entre otros, directamente al Comité. Por descontado que también se debe entregar a las agencias e instituciones del país que se considere adecuado, así como a los medios de comunicación. El objetivo es que el Comité cuente con la información objetiva e independiente que viene reclamando.

8. Estudiar la conveniencia de complementar el mecanismo anterior, estableciendo un instrumento que permita medir la exclusión de la tortura, el trato cruel, inhumano y degradante (una especie de índice de respeto de la dignidad humana), que serviría para condicionar las ayudas y los reconocimientos de la ONU y otras instituciones internacionales. Se trata de analizar la posibilidad y conveniencia de incorporar, en la ONU y otras instituciones internacionales como la OEA, a las que pertenezca Colombia, un mecanismo de verificación de la exclusión real y efectiva de la tortura, el trato cruel, inhumano y degradante, en la privación de libertad, en últimas, del respeto a la dignidad humana.

9. Conseguir apoyo social. Sin lugar a dudas, para la adopción de éstas y otras medidas que resulten pertinentes, es importante y en algunos casos imprescindible contar con el beneplácito de los diferentes agentes del Estado y del sistema penal (gobierno, parlamento ...). Son ellos, cada uno con su grado de participación y de responsabilidad, los que en su conjunto imponen condiciones ilícitas a la mayoría de las personas privadas de libertad. Son igualmente ellos quienes pueden revertir esta situación. Por ello, resulta deseable y necesario contar con la voluntad política para el cambio. En este contexto, una pregunta relevante es ¿cómo conseguir esa voluntad de cambio en los diversos agentes del Sistema penal?

Considero que no es suficiente con proporcionar buenas razones. Evidentemente hay que desplegar todo el argumental que contribuya a la erradicación inmediata del trato cruel, inhumano y degradante en la privación de libertad en Colombia. Sin embargo, adicional a las buenas razones es necesario realizar también acciones. Acciones orientadas a producir este cambio. O si se prefiere, una buena razón que los políticos suelen tener en cuenta es la presión social. En este sentido, conviene recordar que las conquistas de los derechos y libertades que la humanidad ha conseguido se han logrado tras arduas luchas sociales. Por eso considero importante desarrollar mecanismos para esta lucha. Un claro mecanismo, en el que para finalizar quiero centrar la atención, es la cohesión social.

Como ya he indicado el problema no se agota en la acción torturadora del Estado, sino que la misma cuenta con la participación omisiva de la sociedad. Invertir esta dinámica social deviene en un imperativo relevante. Transformar una sociedad que de forma sistemática y permanente irrespete y permite que se irrespete la dignidad humana en una sociedad comprometida con su defensa, exige un trabajo de formación crítica, de concienciación social, de educación para el desarrollo, en definitiva, para el respeto por la dignidad humana. En este contexto los miembros de la red y en especial los académicos, tienen un papel relevante tanto en su función formadora, como investigadora.

La creación y dinamización de grupos y organizaciones sociales que realicen activismo social, que ejerzan presión social para “convencer” a la clase política, a los medios de comunicación y a la sociedad misma sobre la necesidad y urgencia de la resolución de esta problemática. El activismo social requiere un gran esfuerzo en su estructuración, organización y participación. La participación de la sociedad en la definición y resolución de problemas es una necesidad ética y política. Una forma de superar los límites de la democracia representativa es el activismo social y académico.

Bibliografía

ARIZA, LIBARDO E ITURRALDE, MANUEL, “Los muros de la infamia: Prisiones en Colombia y en América Latina”. Ediciones Uniandes. Bogotá. 2011.

BECCARIA, CESAR. “De los delitos y de las penas”. Madrid, Alianza, 1968

CIFUENTES, EDUARDO, “La acción de tutela en Colombia”, en *Ius et Praxis*, 3 (1), 1997, fecha de consulta: 24 de julio de 2018. Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19730115>> ISSN 0717-2877

COLECTIVO DE ABOGADOS.ORG, El Estado colombiano expone su postura ante el Comité contra la tortura de la ONU. Viernes 22 de mayo de 2015, por Red Internacional de Derechos Humanos, en <https://www.colectivodeabogados.org/?El-Estado-colombiano-expone-su-postura-ante-el-Comite-contr-la-tortura-de-la>

COMITÉ CONTRA LA TORTURA, Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Colombia, en <file:///C:/Users/gescobar/Downloads/Informe%20vs%20tortura%202015.pdf>, 2015.

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, Informe Gestión judicial de enero a septiembre de 2016. Recuperado en <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1513685/11531860/Informe+de+enero+a+septiembre+2016.pdf/de73fdf8-6bcd-441e-a4ba-83ad58ee3498>. 2016

- DEFENSOR DEL PUEBLO (18,08,2017) Según la Defensoría del Pueblo en el 90% de las cárceles del país hay hacinamiento Tomado de: Caracol Radio Link: http://caracol.com.co/emisora/2017/08/18/manizales/1503014955_524626.html?ssm=tw recuperado en <http://www.defensoria.gov.co/es/nube/enlosmedios/6547/Seg%C3%BAAn-la-Defensor%C3%ADa-del-Pueblo-en-el-90-de-las-c%C3%A1rceles-del-pa%C3%ADs-hay-hacinamiento.htm>
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Vigésimo segundo informe de la Defensoría del Pueblo al Congreso de la República (primera parte). Recuperado en http://desarrollos.defensoria.gov.co/desarrollo1/ABCD/bases/marc/documentos/textos/Vigesimo_segundo_informe_2014_primera_parte.pdf. 2014.
- EL COLOMBIANO (4/7/2016) Acción de tutela, la estrella de la Constitución de 1991. Recuperado en <https://www.elpais.com.co/colombia/accion-de-tutela-la-estrella-de-la-constitucion-de-1991.html>
- EL ESPECTADOR (26/8/2014) Cada minuto se interpone una acción de tutela. Recuperado en <https://www.elespectador.com/noticias/actualidad/cada-minuto-se-interpone-una-accion-de-tutela-colombia-articulo-512870>
- ELJACH, JUAN GREGORIO, “Decisiones políticas y la eficacia de los derechos fundamentales en Colombia”, en Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas ISSN 2346-0377 (en línea) vol. VII, n.º 14, pp. 57 a 78 Recuperado en http://www.ilae.edu.co/llae_OjsRev/index.php/NPVol-VII-Nro14/article/view/80/71, 2016.
- ESCOBAR, JUAN GONZALO, La pena privativa de libertad para la Colombia del postconflicto: Abolición de la pena de mazmorras. En Rev. Indret. http://www.indret.com/pdf/1355_1.pdf, 2018.
- FERRAJOLI, LUIGI, El derecho penal mínimo. Poder y control, 1. Derecho y razón : teoría del garantismo penal Madrid : Trotta. 2001.
- GALLEGO, ANABITARTE. “Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la administración”, en Rev. de la Administración Pública, Núm. 34, págs. 11-51, 1961.
- GARCÍA TREVIJANO, JOSÉ ANTONIO, Tratado de Derecho Administrativo, T. I, 3ed. Madrid. Revista de Derecho Privado, 1974
- HOWARD, JHON, El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales. Original de 1789. Fondo de Cultura Económica. México. 2003.
- HUERTAS, OMAR “Sistema penal y hacinamiento carcelario. Análisis al estado de cosas inconstitucionales en las prisiones Colombianas”, en Revista Jurídica Derecho ISSN 24132810, Volumen 2. N° 3 Julio – Diciembre, pp. 15 – 24. 2015
- ITURRALDE, MANUEL (2015). Colombian prisons as a core institution of authoritarian liberalism en Rev Crime, Law and Social Change An Interdisciplinary Journal. Crime, Law and Social Change An Interdisciplinary Journal. Vol 63, n° 5. Springel.

- MAPELLI, BORJA. "Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario". En Rev. Estudios penales y Criminológicos, (16), 281-326. 1993.
- MATHIESEN, THOMAS. "Diez Razones para no Construir Más Cárceles", en Nueva doctrina penal, N°. 1, Buenos Aires, Argentina, págs. 3-20, en <https://neopanopticum.wordpress.com/2006/07/05/12/>). 2005.
- MOLINA, CARLOS MARIO, La tutela y reforma en salud: Desencanto de un juez soñador. Universitas, 127, págs. 157-188. doi:10.1144/Javeriana.VJ127.trsd, recuperado en <https://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/3311/Articulo.html?sequence=1&isAllowed=y>. 2013
- PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE, Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema Constitucional en Rev UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 20, pp. 495-511. Recuperado en <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/viewFile/6776/6474>. 2007
- POSADA, MARIA PAULINA, "La inconstitucionalidad de la privación de la libertad en las estaciones de policía, de las personas con medida de aseguramiento de detención preventiva o sentencia condenatoria. Un análisis del panorama actual. TFG. Universidad EAFIT (texto inédito). 2018
- PRIETO, TOMÁS. La encrucijada actual de las especiales relaciones de sujeción. En Rev de Administración Pública. núm. 178, Madrid, págs. 215-247. 2009
- UNODOC (2015) Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Mandela). Recuperado en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/GA-RESOLUTION/S__ebook.pdf

Sentencias

- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-596 de 1992. Recuperada en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-596-92.htm>
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-153 de 1998 Recuperado en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-412/09 (MP. María Victoria Calle Correa). Recuperada en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-412-09.htm>
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-388/13 de 2013 Recuperado en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm> 12/321)
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-762/15 de 2015, Recuperado en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>