



Realidades disparatadas del sistema carcelario. Un análisis de los “traslados” en Colombia

Jesús David Polo Rivera
Robinson Daniel Bohórquez Patiño
Sebastián Monsalve Correa
Vanezza Escobar Behar

Área de investigación de la Fundación Comité de Solidaridad
con los Presos Políticos, Seccional Antioquia.

Correo electrónico: investigacion.cspp@gmail.com

Resumen

A propósito de las facultades discrecionales del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) para trasladar de centro de reclusión a los detenidos, este escrito se pregunta por la coherencia del discurso liberal al momento de ejecutar la pena privativa de la libertad o de aplicar una medida de aseguramiento de detención preventiva en un centro carcelario. El constante reclamo, tanto de los detenidos como de sectores sociales, para que en la fase de ejecución penal se respeten los derechos y garantías de los reclusos, permite constatar el carácter subordinado e instrumental de la discursividad de los derechos fundamentales, que a la vez que se erigen como pretendida fuente de legitimidad del castigo, develan el fracaso de los fines declarados de la pena de prisión en la normatividad colombiana, dejando abierto los interrogantes sobre cuáles son los fines de la cárcel y cómo incide ésta en las subjetividades de quienes la habitan.

Palabras clave: traslados; cárceles; derechos fundamentales de las personas detenidas; Ley 65 de 1993; territorialidad.

Realidades disparatadas del sistema carcelario. Un análisis de los “traslados” en Colombia*

“Hoy se llevaron al “Mocho”, llegaron hasta el rastrillo -sitio de guardia en cada patio- unos veinte guardianes con el mayor Acuña, subdirector de Bellavista, con chalecos antibalas, dispuestos a sacarlo por la fuerza para trasladarlo, según se nos informó, a la Cárcel de Máxima Seguridad de Itagüí.

[...]

*El Mocho, que será padre en pocos meses y a quien describí en mi primera crónica como la persona alegre que nos devolvía las ganas de vivir por su capacidad de superación, cada vez que nos sentíamos sin esperanza, fue sacado de nuestro pasillo, de nuestro patio, del lugar donde, a pesar de sus limitaciones físicas y de la horrible situación de estar preso, había encontrado solidaridades y afectos entre sus compañeros que lo aferraban, cada vez más a sus sueños de libertad”.*¹

I. La angustia de castigar. Promesas dolorosas y exorbitantes de una cárcel tan “normal” como insufrible

Si bien el sistema penal liberal y la cárcel como forma de castigo institucional, se han mostrado desde sus inicios como un gesto humanista de la lógica racional que, en teoría, empezó a imperar desde inicios del siglo XIX,² el ejercicio de poder que caracteriza al Estado, consistente en determinar quiénes y qué comportamientos deben ser catalogados como disfuncionales al orden establecido,³ parece colocar a la cárcel en un lugar que dista mucho de ser algo “humano” o “benévolo”, por lo que todas esas “empresas parlanchinas” que tratan de “horrorizar el pasado para poder justificar el presente”⁴ y que

* Este trabajo explora el tema de los traslados carcelarios en el marco de un estudio mucho más amplio sobre la ejecución penal y sus implicaciones en la vida de los detenidos, que realiza el área de investigación de la Fundación Comité de Solidaridad con los Presos Políticos, Seccional Antioquia.

¹ Castaño Valencia, Oscar (2005). *Cementerio de Libertades*. Medellín: Prográficas y Cia. Ltda. pág. 51.

² Foucault sostiene que la prisión no proviene del proyecto penal que aparece con la Ilustración, sino que es el producto de una nueva tecnología de poder que aparece con la sociedades disciplinarias: “la prisión no pertenece al proyecto teórico de la reforma de la penalidad del siglo XVIII, surge a comienzos del siglo XIX como una institución, de hecho, casi sin justificación”. Vid. Foucault, Michel (2003). *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Editorial Gedisa. Pág. 100. En este mismo sentido, es posible afirmar que “la prisión aparece incompatible con todas las teorizaciones, discursos y justificaciones de la pena que hemos heredado del siglo XVIII y que mantenemos, sobre todo en el ámbito jurídico”. Vid. Anitua, Gabriel Ignacio. *Contradicciones y dificultades de las teorías del castigo en el pensamiento de la Ilustración*. En: Rivera Beiras, Iñaki y Amaral Machado, Bruno (Coord.) (2004). *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historia del presente y posibles escenarios*. Barcelona: Anthropos. pág. 29.

³ Ahora bien, las formas asumidas de castigo nos deberían llevar a reflexionar no sólo sobre la cárcel y el sentimiento de “inevitabilidad” que suele despertar, sino también acerca de la forma como las respuestas a nuestros problemas sociales se descargan en el secuestro institucional como medida casi que predeterminada y referente material de ejecución penal del marco institucional vigente. Es por ello que es muy importante no perder de vista que, como señala Garland, “las instituciones y los regímenes no son inamovibles, sobre todo cuando no logran satisfacer las necesidades, controlar los conflictos, ni dar respuestas satisfactorias a interrogantes inoportunas [...] Actualmente el optimismo frente al aparato estatal ha dado paso a un escepticismo persistente acerca de la racionalidad y eficacia de las instituciones penales modernas”. Garland, David (2006). *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*, trad. Berta Ruiz de la Concha. México: Siglo XXI. Págs. 17 y ss.

⁴ González Zapata, Julio. *Cárcel y control social*. En: Berbiquí. Revista del Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia. N° 2 (Marzo de 1995). p. 7.

se sienten orgullosas de las “refinadas prácticas punitivas” ejercidas en nuestras sociedades, “sólo han fingido resolver un problema que ni siquiera se pueden plantear.”⁵

En consecuencia, el Estado liberal, esa autodeclarada “forma política más racional y conforme a la naturaleza humana,”⁶ ha terminado pagando caro todos esos privilegios y adornos del hombre. Y en ese intento de “tratar” de encontrar un modo de conciliar las modalidades de ejecución de la pena con la necesidad de eliminación del crimen – siempre persistente en nuestras sociedades– aparecen los sistemas punitivos propios del Estado social basados en la necesidad de reeducación, resocialización y una larguísima lista de “pretensiones re” –resocializar, rehabilitar, etc.– de la prisión.

Desde luego que de esta narración sobre la “humanización” del encierro se deriva una esfera explicativa que suele enfrentarse, entre otras, con las críticas hechas por el abolicionismo en relación con la cárcel. La perspectiva optimista de ciertas corrientes historiográficas ha permitido que la cárcel –ya como institución– termine por asentarse en casi todos los sistemas penales, al punto que “unas veces creemos que es eterna, y otras que es insustituible.”⁷ Esta postura naturalista termina encaminando la discusión respecto de la cárcel a la mera solución de problemas prácticos,⁸ dando por descontada la discusión sobre la estructura y racionalidad de las prácticas penales existentes. Así, pensar que la cárcel surge como la superación de un pasado absolutista en el que imperaba la venganza y la barbarie suele resultar reconfortante, por lo menos a la hora de justificar las instituciones penales modernas y sus ideales reformadores.

De abandonarse esta visión “autocomplaciente”, tal vez insertada en una idea contractualista que considera que el Estado resulta ser la encarnación de la voluntad de los ciudadanos, es posible evidenciar que muchos de los cambios en el sistema punitivo – incluidos los situados en las distintas ideologías reformadoras– son el resultado de nuevas necesidades del poder político y estrategias de mantenimiento del orden en un contexto social, económico y político determinado.⁹ La cárcel, vista entonces como un paradigma que se proyecta sobre toda la sociedad, empieza a convertirse en un importante instrumento político que permite acondicionar al sujeto y someterlo a las exigencias de las distintas fuerzas productivas, a través de un sistema disciplinario de vigilancia, que se ajusta a los nuevos requerimientos económicos y políticos de la entonces emergente sociedad capitalista.¹⁰

⁵ Foucault, Michel (1991). *A propósito de las palabras y las cosas*. En: *Saber y verdad*. Madrid: Ediciones La Piqueta, pág. 34.

⁶ Santoro, Emilio (2008). *Cárcel y sociedad liberal*. Bogotá: Ed. Temis, pág. 2.

⁷ González Zapata, Julio. *Cárcel y control social*. Op. cit. pág. 7.

⁸ “La crisis del llamado “deconstruccionismo”, movimiento que durante los años 60 promovía en Europa que se acabaran los internados de toda clase y que se abrieran las puertas de todas las instituciones cerradas, nos permite demostrar, una vez más, que la eficacia fue el criterio que terminaría consolidándose en la reflexión sobre el problema de la cárcel. Así las cosas, la derecha europea, por un lado, en el momento en el que parecía que los tiempos estaban de parte del abolicionismo, decidió “creer”, por razones de higiene social, “que el detenido es un ser peligroso, que la delincuencia es algo detestable y que, como siempre, la única respuesta que hay es el encierro”; mientras que la izquierda, bastante conformista, “entiende que el avance en esta dirección fue poco útil para la dignidad humana”. Ibid. págs. 11-12.

⁹ Santoro, Emilio. *Cárcel y sociedad liberal*. Op. cit. págs. 10 y ss.

¹⁰ Esta explicación que pareció marcar el origen de las cárceles en las sociedades industriales y capitalistas ha ido “redibujando” la historia del encierro en América Latina, al punto que terminamos siendo unas copias de lo que alguna vez estuvo de “moda” en Europa. No obstante lo anterior, es cierto que en Colombia, para no ir muy lejos, tenemos “panópticos” desde el siglo XIX; obviamente, estas instituciones estaban atadas a

Un nuevo horizonte de legitimación del castigo aparece en el momento en el que a éste se le redefine política e ideológicamente y se le asigna una racionalidad discursiva de naturaleza jurídica que logra atravesar sus prácticas y permite someterlo a un conjunto de principios y postulados a partir de los cuales se pudo construir la idea de un derecho penal liberal como límite a las intervenciones punitivas arbitrarias del Estado.¹¹ Todo el viraje que ha dado el derecho penal en su intento por acomodarse a los cambios y las demandas de la sociedad¹² le ha permitido inculcar, construir y moldear creencias, valores y hasta actitudes que lo que tratan es de legitimar las instituciones y relaciones de autoridad existentes.

Ahora bien, posiblemente no aparezca muy claro el momento en el cual se logran conciliar la retórica de las teorías ilustradas de la pena con la que parecería estar orientando la actividad organizada de los órganos encargados de la ejecución de lo juzgado. Precisamente por eso, nos habíamos referido antes a la importancia de la cárcel como un instrumento político que aseguraba la presencia del control social y, al mismo tiempo, representaba la “mejor” defensa social, en tanto se aseguraba la preparación, ordenación y disciplinamiento de seres humanos funcionales al orden existente en la sociedad. Dicho en otras palabras:

Gracias a las características de la penitenciaría, la pena carcelaria se demuestra que es capaz, por un lado, de sujetar la destructividad del castigo al criterio

un sistema penal que funciona de forma muy diferente al que existía en los países europeos. De ahí que sean los estados de excepción, y no los criminólogos, trabajadores sociales y psiquiatras, los protagonistas en la producción del diseño político criminal colombiano, ya que al margen de las teorizaciones con las que a veces pueden orientarse los procedimientos penales, nuestros “gobernantes”, apoyados en criterios de enorme pragmatismo y efectividad, han podido intervenir situaciones especialmente transgresoras de un orden en particular, neutralizando, con más facilidad que en Europa, esa especial sensación de “desencanto” –por decir lo menos– que hoy reproducen, por ejemplo, las cárceles –aunque podría pensarse que todo el sistema penal–, en tanto lo que importa es eliminar a aquellos frente a los cuales el derecho no tiene ningún poder de contención, renunciando casi completamente a la legalidad y la institucionalidad frente a todo aquel que desafíe las normas y valores. Ello sin contar con que en nuestros países la debilidad de nuestras estructuras políticas, los serios problemas sociales y hasta los problemas de violencia y de orden público han alimentado, durante los últimos años, la aparición de una enorme cantidad de manifestaciones que involucran no sólo el paramilitarismo, sino también los homicidios en personas protegidas por el DIH, los *ajusticiamientos* realizados por distintos “agentes de control social” a miembros de organizaciones sociales y políticas, las muertes de presos, etc. Y es que gracias al control de los ilegalismos (incluidos los populares) el Estado ha logrado colonizar incluso nuestra propia vida, legitimando y naturalizando la aparición de esquemas de seguridad y vigilancia “operados” por nosotros mismos. La afirmada tendencia hacia la progresiva privatización de la seguridad y del orden público, que no supone precisamente que las actividades estatales de control hayan sido retaceadas, puede darse por la aparición de nuevas formas de control que “aumentan la eficacia represiva” al punto que se llega a pensar en la “legitimidad” de desaparecer a quienes representan un peligro para la sociedad, puesto que se trata de individuos que cuestionan la vigencia del orden constitucional y legal o impiden la configuración de un poder político legítimo.

¹¹ Un análisis mucho más juicioso sobre el surgimiento del derecho penitenciario puede leerse en: Naranjo Serna, Sebastián (2010). *El Derecho Penitenciario: ¿La nueva cara del castigo?*, Tesis (Maestría en Derecho). Universidad de Antioquia. Medellín.

¹² Incluso autores, como Robert Brown, sólo por citar un ejemplo, sostienen que la causa de que se abandonara la tortura pública tiene que ver con el sistema de confesión en el que se sustentaba la misma, el cual “dependía de una serie de creencias religiosas y psicológicas que debieron alterarse antes de que sucediera cualquier cambio en el sistema penal”. De ahí que deban tomarse en consideración no sólo los referentes que situaba Foucault en *Vigilar y castigar*, sino también cambios culturales, legislativos y hasta en la actitud respecto de las prácticas que confiaban en la exhibición del castigo. Garland, David. *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*. Óp. cit. págs. 189 y ss.

contractual (principio de retribución) y, por el otro, de provocar que el castigo se vuelva funcional al proceso productivo (proceso de reeducación).¹³

Es preciso preguntarse entonces, conocido desde muchos puntos de vista el “fracaso” de las instituciones carcelarias¹⁴ y la crisis permanente de las mismas, ¿qué funciones de las que se les han atribuido pueden cumplir? Pero también es necesario preguntarse: cómo las cárceles han podido penetrar en el campo institucional a una profundidad tal, que el mecanismo de sus efectos se convierte en una constante y una exigencia funcional de nuestras sociedades.

Las respuestas a estas preguntas sólo develan una cosa: la cárcel sigue siendo una obra de venganza, “un mero instrumento de dolor”,¹⁵ aunque hoy nos parezca absurdo el sufrimiento que encarnaba el castigo de otras épocas. Ya Nietzsche, al explicar el surgimiento de lo que él llama “culpa y mala conciencia”, establece la continuidad de la violencia en la relación acreedor- deudor:

Quizá sea lícito admitir incluso la posibilidad de que tampoco aquel placer en la crueldad está propiamente extinguido; tan sólo precisaría, dado que hoy el dolor causa más daño, de una cierta sublimación y sutilización, tendría sobre todo que presentarse traducido a lo imaginativo y lo anímico, y adornado con nombres tan inofensivos que no despertasen sospecha alguna, ni siquiera en la más delicada conciencia hipócrita.¹⁶

Esta violencia propia de la cárcel no responde a las exigencias de racionalidad teórica. La intensidad de los sentimientos que rondan el delito y el castigo no redundan en respuestas rehabilitadoras; de hecho, frente a un discurso penal que lo que pretende es tratar más que castigar y una sociedad que reclama protección y seguridad para sus ciudadanos –ignorando la realidad del castigo mismo– la justicia aparece para institucionalizar un verdadero sentimiento de retribución, y autoprocursarse la inocencia de castigar pretendiendo tratar al delincuente.¹⁷

Tampoco los estudios y las diferentes investigaciones criminológicas han podido demostrar que la cárcel cumple materialmente las funciones que se le han confiado. En Colombia, incluso la Corte Constitucional ha tratado de fijar pautas que orienten las políticas carcelarias de nuestro país, resaltando la vigencia de principios y derechos que hoy resultan ser el rostro caricaturizado del castigo. Caricaturizado porque estas reglas jurisprudenciales que regulan los derechos de los detenidos¹⁸ en Colombia son el

¹³ Santoro, Emilio. *Cárcel y sociedad liberal*. Óp. cit. pág. 19

¹⁴ “El medio delincuente no conocía pues este recentramiento sobre sí mismo orquestado fundamentalmente por la prisión [...] La prisión, es por tanto, un instrumento de reclutamiento para el ejercito de los delincuentes. Sirve para esto. Desde hace siglos se dice: «la prisión fracasa porque fabrica delincuentes». Yo diría más bien: «la prisión triunfa puesto que eso es lo que se le pide». Vid. Foucault, Michel (1991). *De los suplicios a las celdas*. En: *Saber y verdad*. Madrid: Ediciones La Piqueta. Pág. 87

¹⁵ González Zapata, Julio. *La abolición de la cárcel*. En: *Revista de Estudios Políticos*. Medellín. Número 11 (Julio - Diciembre de 1997). Pág.170

¹⁶ Nietzsche, F. *Genealogía de la moral*. Trad. Sánchez Pascual. España: Alianza Editorial. Págs.. 88-89

¹⁷ Foucault, Michel (1991). *La angustia de juzgar. Debate sobre la pena de muerte*. En: *Saber y verdad*. Madrid: Ediciones La Piqueta. pág. 117

¹⁸ Se usa el término *detenidos* para referir indistintamente a las personas condenadas y a las que están detenidas en virtud de medida de aseguramiento, a menos que el contexto sugiera lo contrario.

horizonte ideológico de un castigo ideal, atravesado por lógicas de normalización e incapaz de responder a las realidades a las que se enfrenta su discurso rehabilitador.

A todo ello debe sumársele la lamentable situación de nuestro sistema carcelario, caracterizado por problemas de hacinamiento, servicios de salud deficientes, malas condiciones de salubridad e higiene, mala alimentación, maltratos y violencia física y psicológica, infraestructuras precarias, corrupción, entre muchos otros; situaciones que constituyen violaciones de derechos humanos, en un país que es, entre otras, el más desigual de América Latina.¹⁹

Hoy sabemos que nuestras prisiones son lugares degradantes, en donde pervive una crisis incrustada desde hace mucho tiempo. En esa medida, todo parecería estar alineándose para llevarnos a otro desastre, esta vez promovido por el propio discurso gubernamental y su ya acostumbrada dosis de irreflexión. Por otro lado, es necesario resaltar que la dureza de la vida carcelaria representa, para casi todos los presos, un proceso que los va destruyendo paulatinamente y los va adaptando a la “comunidad carcelaria”, a lo que Foucault denominó “prisonalización”. Confirmándose así la imposibilidad de rehabilitación en una cárcel y la decisión, esta vez política, de eliminar cualquier contacto del detenido con su entorno social inmediato.

Las instituciones penitenciarias parecen, entonces, estar más comprometidas en la lucha continua por mantener el orden y en una reglamentación detallada y una vigilancia constante de cada uno de los aspectos de la vida de los detenidos, al punto que la “estrategia correccional” se limita exclusivamente al control de sus comportamientos externos en muy diversos aspectos. La administración carcelaria aparece en este escenario con excesivas facultades reglamentarias, e incluso puede ejercer un control sobre las decisiones judiciales (como sucede, por ejemplo, con el concepto favorable previo para detenciones domiciliarias -Art. 110 del proyecto de reforma a la ley 65 de 1993 radicado hasta diciembre de 2011-). Este tipo de prácticas, que se han venido imponiendo desde mucho antes, no sólo responden a los preceptos de la llamada “nueva cultura penitenciaria”,²⁰ sino que también son un referente del compromiso que existe, por lo menos entre nuestros “gobernantes”, por preservar el “equilibrio” de una institución incapaz de alcanzar su finalidad institucional.²¹

¹⁹ La revista “Semana” ha publicado una serie de columnas sobre el sistema carcelario en Colombia y la situación de las personas privadas de la libertad. Estos son algunos de los títulos que se pueden encontrar: “Historia de promesas y bombas: el gobierno de las cárceles en Colombia” (David Martínez Osorio); “Las prisiones colombianas: un problema de todos” (Manuel Iturralde); “La cárcel en Colombia, un modelo entre apertura y aislamiento” (Franklin Castañeda Villacob); “Hacinamiento y privatización de las cárceles: lecciones de la experiencia chilena” (Camilo Ernesto Bernal Sarmiento); “Más prisiones para combatir la inseguridad: un mito persistente” (Julie de Dardel); “Dos imágenes de las mujeres y la prisión en Colombia” (Libardo José Ariza Higuera); “El castigo es con todos y es de todos” (Michael Reed Hurtado).

²⁰ “Esta política trajo consigo la ubicación de las cárceles en zonas aisladas y de difícil acceso; la restricción de las visitas y los contactos con el mundo exterior que ahora se realizan cada 15 días, por dos o tres horas; los traslados, tan costosos como absurdos, que ubican a los detenidos lejos de su domicilio familiar y del lugar del juicio; la masificación de la figura del calabozo individual, eufemísticamente llamada Unidad de Tratamiento Especial; y la inmovilización del detenido dentro de la cárcel a partir del control total de su vida en prisión”. En: “La cárcel en Colombia, un modelo entre apertura y aislamiento” (Franklin Castañeda Villacob).

²¹ Incluso entre quienes han estudiado la detención, en diferentes contextos, hay un acuerdo general acerca de lo que esta implica: a) la erosión de la individualidad, b) los daños físicos y psicológicos, c) el aislamiento, d) la privación de los estímulos; e) la alineación -incapacidad de adecuarse al ambiente exterior, cuando se

En virtud de lo anterior, y tomando como referente los traslados carcelarios, queremos indagar cómo la aparición de reglas y sub-reglas, a veces imparciales, que regulan esta figura y los juicios de proporcionalidad que revisten estas lógicas, sólo hacen parte de una estrategia de legitimación y justificación de cárceles más deseables. Por ahora nuestro trabajo sólo coincide con las sospechas de quienes creemos que con la burocratización definitiva de las instituciones penitenciarias se genera un espacio que permite entrever las relaciones entre legalidad y normalización –en tanto alineación del detenido a las relaciones de control y dominación que emergen en estos escenarios–. Relaciones que existen desde hace mucho tiempo en nuestras prisiones y que pueden ser estudiadas –más no resueltas–, a partir de situaciones de hecho muy concretas. Con el “traslado” es posible analizar las consecuencias de discursos que tratan de examinar realidades y regularlas, pero que en su intento son excedidos por relaciones de poder que se proyectan más allá de todo horizonte jurídico y teórico. Dicho en otros términos:

La realidad nunca coincide con la norma, porque el deber ser es un ser que no es o que, al menos, aún no es. Pero cuando la realidad se dispara respecto de la norma, deviene disparate, prescribe un ser que nunca será y la norma queda cancelada por inútil y le aguarda el destino de los desperdicios.²²

II. Pena: ¿privativa de la libertad?

La privación de la libertad es la pena que casi con exclusividad se aplica en el sistema penal colombiano. Si bien el Código Penal en su artículo 4 le otorga multiplicidad de fines (prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado), la ley 65 de 1993 –*Código Penitenciario y Carcelario*– señala que el fin principal de la pena de prisión es la resocialización (Arts. 9 y 10), así mismo lo contempla la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la resolución 1 de 2008, sobre *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*.

Para cumplir el fin resocializador de la pena ha señalado la Corte Constitucional,²³ en consonancia con la ley 65 de 1993, que son necesarios tres ejes: el primero contempla las oportunidades laborales dentro del lugar de reclusión, las facilidades de educarse, de realizar labores lúdicas y recreativas; en segundo lugar son necesarias condiciones cualificadas de reclusión, y finalmente se hace indispensable el acompañamiento familiar y la presencia de profesionales interdisciplinarios acompañando el proceso del detenido.

Así, el pretendido proceso resocializador de la pena implica, entre otras consecuencias, que los reclusos son titulares de derechos. Al respecto la Corte Constitucional,²⁴ en reiterada jurisprudencia, ha señalado que el hecho de estar cumpliendo una condena en un establecimiento penitenciario no implica la suspensión de todos los derechos del preso, al contrario, ha elaborado tres categorías para los derechos de esta población: aquellos que pueden suspenderse en virtud de la condena, los que se ven limitados por el

sale de la cárcel–; f) la desculturización. Vid. Sandoval Huertas, Emiro. *Sistema Penal y Criminología Crítica*. Óp. cit. pág. 101.

²² Zaffaroni, Eugenio Raúl (2005). *En torno a la cuestión penal*. Montevideo: Editorial B de F Ltda. Pág. 192

²³ Entre la abundante jurisprudencia sobre el tema pueden considerarse las sentencias T-1190/03 y T-274/05.

²⁴ Corte Constitucional De Colombia. Sentencias: T-153/98, T-1322/05, T-1326/05, T-718/03, T-274/05, T-566/07.

desarrollo de la misma, y los que se mantienen incólumes. Los derechos que se suspenden son: la libre circulación, los derechos políticos, la libre escogencia de profesión u oficio; los derechos que se limitan son el derecho a la intimidad, a la comunicación, al trabajo, al estudio, a la unidad familiar; todos ellos obedeciendo a criterios de proporcionalidad y razonabilidad, pues no podrían –dice la Corte– limitarse legítimamente más que los derechos que se ven afectados por la medida de reclusión correspondiente;²⁵ la dignidad humana, la vida, la integridad física, la libertad de culto, el debido proceso, el habeas data, la proscripción de tratos crueles, inhumanos y degradantes, la libertad de conciencia y el derecho a la salud son, por el contrario, derechos que según el discurso de la Corte Constitucional, no pueden limitarse ni suspenderse so pretexto de estar cumpliéndose una pena; pues estos últimos derechos inclusive se revisten de especial protección pues los reclusos se encuentran frente al Estado en una relación de especial sujeción,²⁶ lo que implica que tiene frente a los internos obligaciones positivas tales como brindar habitación, alimentación, salubridad y servicios de salud.

Si bien la jurisprudencia es clara respecto a los derechos de las personas que se encuentran reclusas, y a las posibilidades de restringirlos siguiendo un juicio de razonabilidad (esto es, materialización de fines jurídicamente más valiosos que otros, sin que existan otros medios menos gravosos para efectivizarlos²⁷), los hechos evidencian que el estado de las cárceles en Colombia continúa siendo inconstitucional, como hace ya 13 años lo señalara la sentencia T-153 de 1998. Los niveles de hacinamiento siguen en ascenso, la presencia casi nula de los jueces de ejecución de penas hace que no haya control efectivo sobre cómo se purgan las penas en las cárceles del país,²⁸ el derecho a la habitación de los internos no está garantizado, así como tampoco el derecho a la salud, al acceso a programas laborales o educativos; la separación entre imputados o acusados y condenados no se ha materializado, la calidad de la alimentación sigue siendo inadecuada, y se están limitando injustificadamente una serie de derechos que pueden evidenciarse, por ejemplo, con el “Informe Sombra” presentado ante la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas por el Grupo de Derecho de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, en respuesta al sexto informe que el Estado colombiano presentó ante el organismo internacional. Las sentencias de tutela 257/00, 1077/01, 1030/03, 1096/06, 971/09, entre otras, reiteran el estado de cosas inconstitucional en las cárceles colombianas; esto es, circunstancias fácticas que amplían el ámbito de castigo que se pregona como legítimo en un Estado social de derecho.

²⁵ Corte Constitucional Sentencia T-1322 de 2005. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁶ Señala la sentencia T-274 de 2005, que entre los elementos que configuran esta relación están i. la sujeción del recluso al Estado, ii. La aplicación de un régimen normativo especial, iii. La derivación de obligaciones positivas del Estado.

²⁷ Sentencia T-1322 de 2005.

²⁸ Según relación del total de juzgados existentes del Consejo Superior de la Judicatura, Sala administrativa, elaborado el 22 de Marzo de 2011, en Medellín hay tan solo 6 jueces de ejecución de penas (JEMPS) para un promedio de 7336 presos en “Bellavista”, 1.200 presas en la reclusión de mujeres de San Cristóbal, 700 presos en la reclusión de hombres de San Cristóbal, según respuesta a derecho de petición elevado por Iván Cepeda al INPEC, fechada al 05 de agosto de 2011. En todo Antioquia hay 10 jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, y el total de JEPMS en el país es de 109. Consultado En: http://www.ramajudicial.gov.co/csj/downloads/UserFiles/File/ALTAS%20CORTES/CONSEJO%20SUPERIOR/UDAE/Juzgados%20del%20pais_municipio-2011-MARZO%202011.pdf (última visita 25 de octubre de 2011).

Lo anterior nos remite inevitablemente al diagnóstico realizado por Foucault²⁹ sobre la cárcel, definiéndola como el lugar donde sutilmente –y a veces no tanto– se degrada a los prisioneros, tanto a nivel físico como psicológico, ese lugar que no se reduce a privar de la libertad a una persona, ese lugar que tiene por norma los excesos; al respecto acusa Foucault:

Se puede por lo tanto hablar de un exceso o de una serie de excesos del encarcelamiento en relación con la detención legal –de lo «carcelario» en relación a lo «judicial». Ahora bien, este exceso se advierte muy pronto, desde el nacimiento de la prisión. Se puede ver bien el signo de esta autonomía en las violencias «inútiles» de los guardianes o el despotismo de una administración que tiene los privilegios del lugar cerrado.

[...] El margen por el cual la prisión excede la detención está lleno de hecho por unas técnicas de tipo disciplinario. Y este suplemento disciplinario en relación con lo jurídico es, en suma, lo que se ha llamado lo “penitenciario”.³⁰

Esto nos lleva a preguntas tan incómodas como insistentes: ¿es entonces impropio hablar de cárceles donde se respete la dignidad de los detenidos?, ¿la cárcel se instituye realmente como una institución con mecanismos para degradar y anular a los sujetos?, ¿qué sentido tiene reproducir el discurso de los derechos fundamentales de los prisioneros si los del resto de la sociedad tampoco se garantizan, confirmándose la premisa que según Hulsman³¹ rige las prisiones, esto es, que las condiciones dentro de ellas deben estar por debajo de las condiciones de los sectores marginales de la sociedad? Este escrito no es pues una manifestación de optimismo frente a las reformas que los jueces puedan ordenar al interior de las prisiones; es una manifestación más de denuncia y rechazo, no sólo del discurso falaz de las “cárceles humanas” y del derecho penal respetuoso de los individuos, sino también de sus contradicciones insalvables.

Advertido lo anterior, nos disponemos a analizar, a modo de ejemplo, cómo una disposición legal permite la vulneración injustificada de algunos derechos de los reclusos; se trata de la facultad discrecional de traslados a cargo de la entidad administrativa INPEC, que, si bien en una primera mirada no constituye una situación de flagrante violación de los derechos de los internos, es inadmisibles de acuerdo a la discursividad liberal, entre otras cosas, por no cumplir la reserva judicial que en un Estado de derecho se supone deben tener las decisiones sobre la ejecución de penas que suspenden el derecho a la libertad.

III. Alcances normativos del “traslado” y comparaciones con el proyecto de reforma a la Ley 65 de 1993³²

Las resoluciones que ordenan el traslado son actos administrativos que facultan a la administración penitenciaria para decidir sobre la posibilidad de que un preso sea

²⁹ Foucault, Michel. *Vigilar y Castigar. El nacimiento de la prisión*. Óp. cit. págs. 247-260.

³⁰ *Ibidem*. pág. 251

³¹ Hulsman, Louk; De Celis, Bernat (1984). *Sistema penal y seguridad ciudadana. Hacia una alternativa*. Barcelona: Editorial Ariel S.A. págs. 49-51.

³² Reiteramos que este proyecto de reforma al código penitenciario y carcelario que cursaba en el Congreso de la República fue retirado a finales del año pasado, pero se presentará al Congreso nuevamente durante la próxima legislatura.

reubicado en un patio diferente –por motivos de orden interno– o en otro centro carcelario. El INPEC, en uso de sus funciones (art. 16 de la ley 65 de 1993), tiene la facultad discrecional de trasladar a un preso cuando así lo considere, ajustándose a los límites establecidos por el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, en lo que tiene que ver con el ejercicio de atribuciones discrecionales.

Ahora bien, por razones de seguridad, los jueces de ejecución de penas también pueden ordenar o solicitar que se traslade a un preso, indicando el lugar de destino (art. 22 y 75 de la ley 65 de 1993). Incluso, su función consiste en verificar el estado del lugar donde lo manden y cuándo se ejecutará la pena (art. 51 de la ley 65 de 1993). Finalmente, los detenidos también pueden solicitar el traslado a la dirección penitenciaria, cuando así lo estimen conveniente (art. 74 de la ley 65 de 1993).

En cualquiera de los casos, lo cierto es que debe existir una debida motivación del traslado (art. 73 de la ley 65 de 1993), que además deberá adecuarse a las causales previstas para el mismo,³³ cuales son: a) por la salud del preso con orden del médico oficial; b) por falta de elementos para un tratamiento médico; c) por razones de orden interno; d) por buena conducta aprobada por el Consejo de Disciplina; e) por hacinamiento y f) cuando prevalezcan en otros centros carcelarios mayores condiciones de seguridad que justifiquen la medida. Existe además una causal excepcional que le permite al director del INPEC, con “suficiente justificación”, disponer del traslado de detenidos que representen un peligro evidente para la vida e integridad personal de algunos de sus compañeros o de algún funcionario del INPEC. También aparece la causal señalada en el artículo 106 de la ley 65 de 1993, prevista excepcionalmente cuando el detenido padece una enfermedad terminal, grave o contagiosa, o necesita una intervención quirúrgica, previo concepto del médico de planta. También en los casos de embarazo, si no se puede atender a la detenida en alguna prisión, el director del INPEC, previo concepto de las juntas de traslados y médica, puede ordenar el traslado, después de solicitar la suspensión de la pena o de la detención preventiva ante el juez.

Finalmente, en lo que tiene que ver con otras disposiciones relativas al traslado, es preciso mencionar, por lo menos, las siguientes: 1) El artículo 48 de la ley 65 de 1993 que establece que cuando se traslade a un preso, el guardián o miembro de la fuerza pública puede usar armas como medida de coerción; 2) El artículo 76 de la ley 65 de 1993 que señala que en el momento en que se traslade a un preso se le debe enviar con toda su documentación e historial carcelario; 3) El artículo 78 de la ley 65 de 1993, que crea la llamada junta asesora de traslados nacionales, reglamentada por el director del INPEC, y cuya función es aconsejar en temas de seguridad y otros de naturaleza sociojurídica, formulando recomendaciones a la administración carcelaria.

▪ La reforma a la Ley 65 de 1993 y los traslados

El proyecto de reforma penitenciaria y carcelaria a la ley 65 de 1993 contempla algunos elementos nuevos y modificaciones a la estructura de los traslados. Por ejemplo, en lo que tiene que ver con las causales de traslado de presos (art. 26 de la reforma) suprime dos de las que ya mencionamos arriba (“por razones de orden interno”³⁴ y “por falta de

³³ Artículo 75 de la Ley 65 de 1993.

³⁴ La supresión de la causal “por razones de orden interno”, causal bastante ambigua e indefinida, supone, en principio, eliminar la herramienta más flexible con la que contaba la dirección carcelaria a la hora de

elementos para un tratamiento médico”),³⁵ y la causal excepcional, que es cuando el preso representa un peligro para algunos compañeros o para un funcionario, se deja intacta. Por otro lado, frente a la causal de traslado por buen comportamiento, se adiciona un elemento novedoso y es que se debe tener en cuenta para concederla, la cercanía con sus hijos, padres, cónyuge o compañero(a) acreditado(a). Este último elemento limita aún más la posibilidad de traslado cuando se procura el beneficio de un preso, puesto que no contempla su “cercanía” con otro tipo de familiares y con amigos; tampoco contempla la “cercanía” con el (la) compañero(a) con quien no se pueda certificar el vínculo. Y, finalmente, desconoce otros factores de análisis en estos casos, como la “cercanía” con su abogado defensor o con el juzgado donde se lleve a cabo su proceso.

Esta reforma también agrega elementos que refuerzan la dimensión de doble castigo con la que se ha revestido el traslado en las cárceles. Las decisiones sobre el modo en que se efectúa la pena, tienen serias implicaciones en la vida de los detenidos, y por eso algunos presos miran con preocupación la forma como los traslados interfieren de manera arbitraria e irrazonable en sus condiciones de detención. De ahí que los traslados sean parte de una redefinición estratégica de la forma cómo se ejerce el poder en las cárceles, al punto que permiten imponer, meticulosamente, una serie de reglas internas que constituyen todo un poder normalizador en constante interacción con la creación de nuevas normas –aunque estas relaciones de poder aparecen mucho antes de que la norma trate de subordinar la realidad–. Por ejemplo, las faltas calificadas como graves³⁶ pueden

disponer del traslado de un preso y remitirlo a otra prisión, con una justificación que se tornaba amplísima y peligrosista.

³⁵ El artículo en comento quedaría así: “Artículo 75. Causales de Traslado. Son causales del traslado, además de las consagradas en el Código de Procedimiento Penal:

1. Cuando así lo requiera el estado de salud, debidamente comprobado por médico oficial.
4. Estímulo de buena conducta con la aprobación del Consejo de Disciplina.
5. Necesidad de descongestión del establecimiento.
6. Cuando sea necesario trasladar al interno a un centro de reclusión que ofrezca mayores condiciones de seguridad”.

³⁶ Artículo 121. Clasificación de Faltas. Las faltas se clasifican en leves y graves. (...)

Son faltas graves las siguientes:

1. Tenencia de objetos prohibidos como armas; posesión, consumo o comercialización de sustancias alucinógenas o que produzcan dependencia física o psíquica o de bebidas embriagantes.
 2. La celebración de contratos de obra que deban ejecutarse dentro del centro de reclusión, sin autorización del Director.
 3. Ejecución de trabajos clandestinos.
 4. Dañar los alimentos destinados al consumo del establecimiento.
 5. Negligencia habitual en el trabajo o en el estudio o en la enseñanza.
 6. Conducta obscena.
 7. Dañar o manchar las puertas, muros del establecimiento o pintar en ellas inscripciones o dibujos, no autorizados.
 8. Romper los avisos o reglamentos fijados en cualquier sitio del establecimiento por orden de autoridad.
 9. Apostar dinero en juegos de suerte o azar.
 10. Abandonar durante la noche el lecho o puesto asignado.
 11. Asumir actitud irrespetuosa en las funciones del culto.
 12. Hurtar, ocultar o sustraer objetos de propiedad o de uso de la institución, de los internos o del personal de la misma.
 13. Intentar, facilitar o consumir la fuga.
 14. Protestas colectivas.
 15. Comunicaciones o correspondencia clandestina con otros condenados o detenidos y con extraños.
 16. Agredir, amenazar o asumir grave actitud irrespetuosa contra los funcionarios de la institución, funcionarios judiciales, administrativos, los visitantes y los compañeros.
 17. Incitar a los compañeros para que cometan desórdenes u otras faltas graves o leves.
-

ser sancionadas con traslado permanente o temporal, dentro o en otra prisión (art. 87 del proyecto reforma). Esta norma que introduce en el marco de la legalidad la posibilidad de castigar con traslado las faltas disciplinarias, sólo torna aceptable una realidad en la que operan, desde hace mucho tiempo, dispositivos de control que tratan de disciplinar (en el sentido de controlar comportamientos) más que de resocializar. Es más, los excesos, como lo hemos destacado antes, son la regla en un espacio en el que se redefine constantemente la realidad y opera un discurso jurídico que ya no se corresponde con consignas reformadoras o rehabilitadoras, sino que se endurece y sólo se conforma con aislar y excluir de todo contacto social a aquellos que consideramos “enemigos públicos”. Al respecto cabe citar a Foucault:

[...] La crítica que ha solido hacerse al sistema penitenciario, en la primera mitad del siglo XIX (la prisión no es lo suficientemente punitiva: los presos pasan menos hambre, menos frío, se hallan menos privados en resumen que muchos pobres o incluso obreros) indica un postulado que jamás se ha suprimido francamente: es justo que un condenado sufra físicamente más que los otros hombres.³⁷

IV. La legitimidad constitucional de los traslados

La Corte Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la facultad discrecional del INPEC de ordenar el traslado de presos de un centro de reclusión a otro. Este pronunciamiento se ha dado en ejercicio de dos de sus funciones constitucionales contenidas en el artículo 241 de la Carta: en un primer lugar se ha pronunciado a partir de la demanda de inconstitucionalidad ciudadana en contra de varios artículos de la ley 65 de 1993 que consagran la posibilidad de ordenar traslados por parte de la dirección del INPEC; en un segundo lugar lo ha hecho en ejercicio de la función de revisión de las acciones de tutela de los derechos constitucionales presentadas por algunos ciudadanos. Sobre la constitucionalidad de las funciones atribuidas a la dirección del INPEC, orientadas a ordenar el traslado de personas condenadas o detenidas de forma preventiva, se pronunció la Corte en sentencia C-394 de 1995, en la cual se admitió su concordancia con la Constitución Nacional indicando que la facultad de trasladar a los presos resulta un ejercicio razonable de la misión administrativa del director de la entidad, toda vez que el INPEC debe garantizar la seguridad y el orden en los establecimientos, además de

18. Apagar el alumbrado del establecimiento o de las partes comunes durante la noche, sin el debido permiso.

19. Propiciar tumultos, motines, lanzar gritos sediciosos para incitar a los compañeros a la rebelión. Oponer resistencia para someterse a las sanciones impuestas.

20. Uso de dinero contra la prohibición establecida en el reglamento.

21. Entregar u ofrecer dinero para obtener provecho ilícito; organizar expendios clandestinos o prohibidos.

22. Hacer uso, dañar con dolo o disponer abusivamente de los bienes de la institución.

23. Falsificar documento público o privado, que pueda servir de prueba o consignar en él una falsedad.

24. Asumir conductas dirigidas a menoscabar la seguridad y tranquilidad del centro de reclusión.

25. Entrar, permanecer o circular en áreas de acceso prohibido, o no contar con la autorización para ello en lugares cuyo acceso esté restringido.

26. Hacer proselitismo político.

27. Lanzar consignas o lemas subversivos.

28. Incumplir las sanciones impuestas.

29. El incumplimiento grave al régimen interno y a las medidas de seguridad de los centros de reclusión.

³⁷ Foucault, Michel. *Vigilar y Castigar. El nacimiento de la prisión*. Óp. cit. Pág. 24

“prever con prudencia” que la presencia de cierta persona puede causar desorden o condiciones de inseguridad en un sitio determinado.³⁸

Partiendo de la conformidad de esta función del Instituto Penitenciario y Carcelario con la Constitución, la Corte ha resuelto en sede de revisión las acciones de tutela presentadas en defensa de los derechos fundamentales de los presos orientadas a controvertir las decisiones del INPEC sobre la materia. Éstas, han sido presentadas atendiendo a dos situaciones distintas: (a) en un primer lugar se encuentran aquellas en las cuales una persona privada de su libertad es trasladada a otro establecimiento de reclusión por la dirección del INPEC sin su consentimiento y con ello se ocasiona una vulneración de derechos fundamentales propios o de sus familiares; (b) en un segundo lugar están aquellos casos de personas que consideran que la negativa de la dirección del INPEC a ordenar un traslado a un determinado lugar constituye una vulneración de derechos fundamentales del detenido o condenado y de sus familiares.

En ambos casos las pretensiones de la acción de tutela tienen un sustento similar y es el de proteger los derechos fundamentales de los presos o de sus familiares y parejas, que consideran se encuentran protegidos en mayor medida, ya sea en el anterior centro de reclusión en el caso de las personas trasladadas discrecionalmente por la dirección del INPEC sin su consentimiento, o un centro de reclusión distinto, en el caso de aquellas personas que solicitan su traslado.

La Corte Constitucional ha definido que los presos se encuentran frente al Estado en una situación de especial sujeción que tiene unas consecuencias jurídicas definidas y unas características propias, que deben ser tenidas en cuenta al momento de estudiar lo referente a los traslados:

Las relaciones de especial sujeción implican (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 los fundamentales). (iii) Este régimen especial, en todo lo relacionado con el ejercicio de la potestad disciplinaria y 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, salud) en cabeza de los reclusos,

³⁸ Ahora bien esta facultad no es exclusiva de la dirección del INPEC, toda vez que por disposición de los artículos 21, 22 y 29 del Estatuto Penitenciario y Carcelario, también recae en autoridades judiciales, esto ha sido reiterado por la Corte Constitucional en diversas ocasiones. “Así, la facultad de disponer del traslado de un interno a otro centro de reclusión, no es exclusiva de las autoridades penitenciarias en cabeza del director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, sino que como ya se ha visto, también es del resorte de las autoridades judiciales, conforme a las exigencias del Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993), y como lo ha dicho la jurisprudencia de esta Corte, previa motivación basada en el principio de razonabilidad.” Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-698 de 2002. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.

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).³⁹

Como se mencionó anteriormente, frente a la posibilidad de afectar derechos fundamentales, que se da en virtud del encarcelamiento de los presuntos inocentes o condenados, La Corte ha elaborado tres categorías: aquellos derechos que se suspenden como la libertad física y de locomoción; otros derechos que se ven apenas limitados como la intimidad personal y familiar, reunión, libre desarrollo de la personalidad y asociación; y otros derechos que permanecen incólumes en virtud de la privación de la condena o detención preventiva como son “la vida, la integridad personal, la salud, la dignidad, la igualdad, la libertad religiosa, el reconocimiento de la personalidad jurídica, el debido proceso y el derecho de petición.”⁴⁰

Los derechos fundamentales invocados más frecuentemente como vulnerados en las acciones de tutela que pretenden obtener un traslado o revertirlo, son aquellos dirigidos a proteger el círculo íntimo de las personas privadas de su libertad personal, tales como los derechos fundamentales de los menores de edad, el derecho a la unidad familiar de los presos y de sus familiares, el derecho a la intimidad de los presos y sus parejas, el derecho a tener una familia, entre otros. Estos, pertenecen a aquella categoría de derechos que, de acuerdo a la jurisprudencia de La Corte, pueden ser limitados atendiendo a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, por lo tanto no en todos los casos en los cuales se busca revertir un traslado o procurarlo, La Corte ha concedido estas pretensiones indicando que en la dirección del INPEC recae legítimamente la potestad de trasladar a las personas privadas de la libertad personal:

El traslado de centro penitenciario es potestativo de la entidad encargada de la custodia de los centros penitenciarios, es decir, el INPEC tiene la facultad de efectuar esos traslados para garantizar la seguridad y bienestar de los reclusos y de los centros carcelarios, en procura de una cumplida administración de los mismos y con fundamento en el ordenamiento jurídico que regula esta materia. Además, quien se encuentra sometido a detención en un centro carcelario, debe plegarse a las normas y condiciones que allí se imponen, puesto que en su particular condición de recluso, sus derechos se ven limitados en su ejercicio, por la misma necesidad que tiene el Estado de controlar y administrar las penitenciarías, buscando alternativas para su mejor funcionamiento.⁴¹

Por otra parte, la interpretación que ha realizado La Corte de aquellos derechos que pueden ser limitados en virtud de la detención o condena, no está dada atendiendo a criterios que procuren una igualdad en la solución de los casos.

³⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1190 de 2003. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-705 de 2009. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

⁴¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-129 de 1996. M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

Por ejemplo, la Corte, en la sentencia T-705 de 2009⁴² negó la tutela interpuesta por un ciudadano condenado por el delito de secuestro extorsivo y porte y fabricación de armas, que pretendía fuera devuelto a su anterior sitio de reclusión, ya que había sido alejado de su compañera y su hija menor de edad; en esta ocasión el tribunal constitucional resolvió indicando que la naturaleza del delito –asimilando esto como la gravedad del mismo– es un factor determinante en la facultad discrecional de trasladar a un preso, que recaer en la dirección del INPEC:

Frente a lo anterior, recuerda la Sala que el INPEC es el instituto al que se le ha encomendado la administración carcelaria y que, en tal virtud, legalmente le corresponde escoger un establecimiento que ofrezca adecuadas medidas de seguridad, para proteger a los internos y a la sociedad, debiendo resolver las ubicaciones en prisiones acordes con la naturaleza del delito o delitos cometidos y la pena impuesta, sin que lo anterior se entienda como una “discrecionalidad radical, sino tan sólo de un margen razonable de acción, precisamente para que se cumplan la ley y la sentencia.

Frente a hechos y condenas similares, la Corte se pronunció en Sentencia T-435 de 2009⁴³ a partir de un caso de secuestro extorsivo, hurto agravado y calificado y porte ilegal de armas; la compañera del condenado presenta una acción de tutela ya que éste había sido trasladado de Antioquia a Santander, en perjuicio de los derechos de la hija menor y la unidad familiar. En esta ocasión la Corte protegió los derechos de la menor resaltando la necesidad que tienen los hijos menores de sus padres.

En este sentido, el juez constitucional también debe atender el interés superior de la menor, en relación con sus derechos, como lo son el amor, la asistencia, cuidado y protección que demanda el desarrollo de su personalidad, en procura de alcanzar condiciones más favorables y dignas, las cuales han de ser garantizadas armónicamente tanto por la familia, como por la sociedad y el Estado. Así en este caso, no puede desconocerse que los problemas psicológicos de la niña se ven menguados si se posibilita un contacto permanente con su padre. Sin embargo, con el traslado de su progenitor a otro establecimiento carcelario, dicha posibilidad se ha visto necesariamente reducida.

La Corte Constitucional en algunos casos ha ordenado revertir u ordenar un traslado con miras a proteger el derecho a la educación,⁴⁴ el derecho a la salud, el derecho de protección especial a las minorías étnicas,⁴⁵ el derecho a la intimidad, el derecho a la unidad familiar y de los hijos menores de edad,⁴⁶ siempre atendiendo al tipo de delito cometido. Sin embargo, ha sido enfática en reconocer que el INPEC es el llamado a administrar los centros carcelarios y penitenciarios del país, teniendo la obligación de garantizar la seguridad de los imputados y detenidos; y bajo este criterio ha sido posible negar u ordenar las solicitudes de traslado o de reversión del mismo, que pretenden hacer

⁴² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-705 de 2009. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

⁴³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-435 de 2009. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt.

⁴⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1322 de 2005. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

⁴⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-214 de 1997. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-566 de 2007. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

que las condiciones de encierro de los presos sean menos gravosas para sus derechos y el de las personas pertenecientes a su círculo personal.

Por otra parte, resulta bastante reprochable que una de las formas a partir de la cual los presos logran que se revierta u ordene un traslado, sea la protección de los derechos fundamentales de los hijos menores de aquellas personas privadas de su libertad personal; esto denota que la prisión es un estado de no-derecho, un estado tolerado de circunstancias inconstitucionales⁴⁷ en la cual los derechos de los presos son de “tercera categoría”. Confirma lo anterior, aquellas afirmaciones esporádicas de la jurisprudencia constitucional en las cuales se permite entrever una concepción de que la calidad de preso, implica la obligación de soportar penas adicionales al encierro, con lo cual se desvirtúa el pretendido fin resocializador de la pena y por el contrario se busca que el preso retribuya el “mal” causado a la sociedad con la transgresión del orden establecido:

[E]sta Sala precisa que el interno se encuentra privado de la libertad, debido a que los funcionarios competentes de la Rama Jurisdiccional lo investigaron, procesaron y condenaron, según preceptos legales; por tanto, si alguien es responsable de verse apartado de su lugar de origen o residencia y del núcleo de parientes cercanos, es justamente el mismo interno quien es el trasgresor de la ley y del orden social.⁴⁸

Ahora bien, respecto a aquellos derechos que, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, permanecen intactos con la privación de la libertad personal, como la salud, el debido proceso, el derecho de petición, la dignidad, entre otros, debemos mencionar que las condiciones al interior de las prisiones colombianas son institucionalmente contrarias al ordenamiento jurídico existente y por lo tanto, la vigencia de estos derechos en cada uno de los casos de personas detenidas de forma preventiva o condenadas, es ilusoria. Las afirmaciones de la Corte Constitucional en la sentencia T-153 de 1998 continúan hoy vigentes:

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. Nadie se atrevería a decir que los establecimientos de reclusión cumplen con la labor de resocialización que se les ha encomendado. Por lo contrario, la situación descrita anteriormente tiende más bien a confirmar el lugar común acerca de que las cárceles son escuelas del crimen, generadoras de ocio, violencia y corrupción.

La Corte ha sido protectora de este denominado “estado de cosas inconstitucional” al no ordenar medidas que permitan la vigencia de los derechos de los presos; al respecto resulta llamativa la decisión tomada por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en el caso *Brown vs Plata* (2011)⁴⁹ en la cual se confirmó la orden de un tribunal

⁴⁷ “En estas circunstancias, no puede la Corte menos que señalar que la violación de los derechos de los actores no se produjo por una decisión aislada de las autoridades demandadas, sino, a consecuencia de un estado de cosas que amenaza permanentemente los derechos de los reclusos que han sido trasladados a este establecimiento de reclusión.” Vid. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-966 de 2000. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1096 de 2005. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

⁴⁹ Consultado el 7 de noviembre de 2011 en: <http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-1233.pdf>

californiano de excarcelar alrededor de 40.000 presos en un plazo de dos años, entendiéndose que el estado de las prisiones era una violación de la octava enmienda, que contiene una prohibición para los Estados pertenecientes a la Unión, de imponer castigos inusuales y crueles.⁵⁰

Encontramos pues que los traslados son una forma de castigo que permite exceder aquello que normativamente se permite un Estado social de derecho. Y es que resulta inevitable que en un régimen disciplinario estricto, los traslados operen como una forma de controlar los comportamientos de los presos, repartiendo premios y correctivos, que al fin y al cabo redundan en una vida más dramática para los detenidos; la prisión (y en particular el traslado) es precisamente la dosificación del castigo mismo, que actualmente está en cabeza de una autoridad administrativa.⁵¹

En estos casos en los cuales los presos interponen una acción de tutela con el fin de procurar su traslado o de revertir el ordenado por la dirección del INPEC, ésta opera como mecanismo protector de derechos fundamentales; sin embargo, también es usada como medio de protección de aquello que las personas detenidas consideran como algo valioso dentro de su situación de detención y que no necesariamente está abarcado o asimilado como un derecho fundamental. La necesidad de permanecer cerca de sus amigos de barrio, de sus amigos y compañeros de patio, de proteger los bienes adquiridos a través de los años y que el Estado se ha negado a suministrar teniendo la obligación, son un motivo suficiente y razonable para que las personas que se encuentran en una situación de encierro busquen permanecer o ser trasladadas de un centro de reclusión. A continuación nos detendremos brevemente en ello.

V. Territorialidad⁵²

Pese a que La Corte Constitucional ha especificado una gama de derechos para las personas detenidas y ha dimensionado su alcance, creemos que en la cotidianidad de las prisiones se despliegan una serie de situaciones que sin constituirse directamente como derechos abarcan condiciones “deseables” para los presos.

Lo que llamaremos reivindicación de la territorialidad parte de reconocer la relación entre cultura, identidad y territorio. Gerardo Ardila⁵³ señala cómo se teje la relación entre cultura y territorio cuando se asume este como una categoría que abarca un nivel material

⁵⁰ Consultado el 7 de noviembre de 2011 en:

<http://www.nytimes.com/2011/05/24/us/24scotus.html?pagewanted=all>

⁵¹ “Toda esta “arbitrariedad” que, en el antiguo régimen penal, permitía a los jueces modular la pena y a los príncipes ponerle fin eventualmente; toda esta arbitrariedad que los códigos modernos le han retirado al poder judicial, la vemos reconstituirse, progresivamente, del lado del poder que administra y controla el castigo. Soberanía docta del guardián: «Verdadero magistrado llamado a reinar soberanamente en la casa [...] y que debe, para no hallarse por bajo de su misión, unir a la virtud más eminente una ciencia profunda de los hombres». Y se llega, formulado en claro por Charles Lucas, a un principio que muy pocos juristas se atreverían hoy a admitir sin reticencia, aunque marca la línea de pendiente esencial del funcionamiento penal moderno; llamémoslo la Declaración de independencia carcelaria: reivindicase en ella el derecho de ser un poder que tiene no sólo su autonomía administrativa, sino como una parte de la soberanía punitiva.” En: Foucault, Michel. *Vigilar y Castigar. El nacimiento de la prisión*. Óp. cit. pág. 228

⁵² La construcción de este referente de análisis no habría podido ser escrita sin la participación y los valiosos aportes de nuestra amiga Erika Andrea Ramírez, a quien le expresamos nuestra gratitud y reconocimiento.

⁵³ Ardila, Gerardo. *Cultura y desarrollo territorial*. Instituto Distrital de Cultura y Turismo: Sistema Distrital de Cultura. Diplomado *gestión de procesos culturales y construcción de lo público*. Julio 29 de 2006.

-es decir, territorio como el espacio físico que se habita o se niega-, y uno simbólico -lo que se re-crea a partir de las relaciones y representaciones simbólicas de la comunidad-; si los sujetos somos seres simbólicos atravesados por representaciones, es a partir de las relaciones con los espacios y los sujetos donde se crea, transforma o refuerza nuestra identidad: la certeza de qué somos, de que pertenecemos a determinada comunidad.

Puntualmente en el ámbito carcelario, y específicamente respecto a los traslados, creemos que con ellos se vulneran una serie de condiciones que de alguna manera son valoradas por los presos, que estando lejos de ser condiciones ideales de existencia son valiosas porque los sujetos que las experimentan han construido relaciones de cercanía, hábitos, apropiación de ellas. El cuerpo, la familia y la comunidad son tres esferas de la *territorialidad*, de las cuales deseamos evidenciar su vulneración a partir del traslado de un preso de un centro de reclusión a otro cuando esta decisión no cuenta con el beneplácito del afectado.

La comunidad como la esfera más amplia que abarca la definición simbólica de territorio se afecta con los traslados pues las personas detenidas construyen relaciones entre sí, con otros detenidos del mismo patio, con sus compañeros de celda, de piso; y si ellas se rompen por el distanciamiento que, a veces arbitrariamente, ordena una autoridad administrativa o judicial, no sólo se le recuerda al preso su incapacidad de autodeterminarse, sino que se le desarraiga de esa nueva comunidad a la que intenta habituarse, creando individuos *sin rostro*, como Emanuel Levinas llamó a aquellos sujetos “pusilánimes y vulnerables, y sobre todo sin valores pues todo en [ellos] es ajeno a su voluntad y se ha[n] convertido en carne infrahumana de depósito.”⁵⁴

En segundo lugar, la esfera familiar se cercena cuando el traslado implica la imposibilidad de que los familiares o amigos puedan visitar al detenido; la sombra del arraigo se difumina así al distanciar a los sujetos de una de las relaciones más íntimas que se tejen: la sencillez aparente de poder escuchar un relato que no tenga que ver con la prisión, las ocurrencias de los niños, las tristezas de los adultos, los proyectos, las novedades, las transformaciones del mundo exterior que se pueden entrever gracias a las palabras de un *otro* externo, son negadas nuevamente; se sustraen pese a que con la condena o con la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva ya se habían negado una vez. Así, el negar la posibilidad de cercanía con la familia, o con los amigos -esa familia escogida- implica suspender la identidad que los sujetos construyeron gracias a esas relaciones, las respuestas relacionales a los encuentros con los allegados, que permitieron construir subjetividad, se aplacan evitando el encuentro mismo, desarraigando.

Finalmente, la esfera territorial del cuerpo se afecta con el traslado de múltiples formas; quizá la más evidente se manifiesta cuando este implica alejarse del compañero o cónyuge, toda vez que el erotismo de los detenidos -su amor, su sexualidad, sus afinidades- se limita; lo mismo ocurre con la posibilidad de cuidarse a sí mismo gracias a los implementos de aseo, vestuario y otros objetos que los visitantes le pueden llevar; pero sobre todo lo que globalmente se vulnera en el ámbito más cercano del territorio, el cuerpo, es la identidad que es, retomando a Alejandro Castillejo Cuellar una forma de

⁵⁴ Castillejo Cuellar, Alejandro (2000). *Poética de lo otro: para una antropología de la guerra, la soledad y el exilio interno en Colombia*. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia, pág. 199

*estar en el mundo;*⁵⁵ los modos que cada persona adopta para habitar y habituarse a un espacio (la celda, el patio), para relacionarse con los demás (los compañeros de reclusión, los familiares, los amigos), para crear espacios de comunicación, cercanía y sobretodo: certezas.

Reconocer esa necesidad de certeza, de estabilidad, hace posible prever, imaginar un futuro que si bien en las prisiones no es agradable, se haría menos sorprendente si las facultades de traslado no fueran tan laxas y etéreas como lo son hoy; pues estos dispositivos carcelarios lo que reiteran es que la cárcel como institución, entre muchas otras perversas características, es un lugar donde se destruyen subjetividades, donde se niega a los individuos, donde se les trata incluso abiertamente como enemigos públicos, como lo dijera La Corte Constitucional en sentencia T-016 de 1995.⁵⁶

Conclusiones

1. Quien pretenda cuestionar el estado actual de las prisiones se encuentra en la disyuntiva o de asimilar que la institución cárcel se compone de los excesos y violencias que se quieren denunciar, y aceptar de este modo que las condiciones de las prisiones son inmejorables; o de insistir en la exigencia de coherencia al discurso estatal, para que este se haga responsable de las obligaciones que constitucionalmente ha asumido, para el caso que nos ocupa, respetar y garantizar la dignidad humana, o aquellas condiciones mínimas para que una persona pueda vivir libre de torturas, tratos crueles o degradantes.
2. La declaración de un estado de cosas inconstitucional en las cárceles colombianas, al no estar respaldada por acciones de seguimiento y control a los mandatos que ordenó la Corte Constitucional, se constituye en un mecanismo de normalización de la excepción en el ordenamiento jurídico: una situación de flagrante violación a derechos fundamentales, conocida por el órgano encargado de salvaguardar la vigencia de la constitución de 1991, que no impide que jueces y magistrados a través de sus decisiones sigan enviando ciudadanos a la cárcel, a ese lugar donde no rige el Estado social y democrático de derecho del que se ufana.
3. El test de proporcionalidad utilizado por La Corte Constitucional para resolver tutelas sobre traslados carcelarios evidencia que, mayoritariamente, categorías difusas como “orden interno” y “seguridad” prevalecen sobre derechos como la educación, el trabajo, la salud, la unidad familiar, la intimidad, ente otros. Esto hace que nos preguntemos si la cárcel, pese a ser una institución jurídica, no es realmente un lugar de no derechos.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-016 de 1995 M.P.: José Gregorio Hernández Galindo: “Las cárceles no constituyen únicamente lugares de castigo o de expiación de los delitos, sino que, desde el punto de vista del interés social, cumplen la función de rehabilitar y readaptar al delincuente, constituyéndose a la vez en factores esenciales de la seguridad y la paz colectivas, pues la reclusión de enemigos públicos, aunque no implique la eliminación total ni definitiva de los riesgos que afronta el conglomerado social -siempre asediado por la delincuencia-, contribuye significativamente a su disminución.” Sobre lo mismo, pero con una posición política contraria, En este mismo sentido, Loïc Wacquant advierte que: “el advenimiento del Estado penal no es una fatalidad. Existen caminos posibles para escapar del delirio maxi encarcelador que cree que todos los males de la sociedad se pueden contener en la prisión”.

4. Mientras la facultad de traslado dependa de categorías difusas como “orden”, “prevención” y demás retórica securitaria, no será posible afirmar que esta situación está cobijada bajo el principio de legalidad. Así mismo, mientras estén a cargo de una entidad administrativa como el INPEC, los traslados violentan el principio de reserva judicial del castigo.
5. Sólo con la autorización voluntaria e informada del detenido es posible afirmar que un traslado carcelario no violenta derechos; y que por ello, desde el discurso liberal, es legítimo.

Referencias Bibliográficas

Ardila, Gerardo. *Cultura y desarrollo territorial*. Instituto Distrital de Cultura y Turismo: Sistema Distrital de Cultura. Diplomado *gestión de procesos culturales y construcción de lo público*. Julio 29 de 2006.

Castaño Valencia, Oscar (2005). *Cementerio de Libertades*. Medellín: Prográficas y Cía. Ltda.

Castillejo Cuellar, Alejandro (2000). *Poética de lo otro: para una antropología de la guerra, la soledad y el exilio interno en Colombia*. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-016 de 1995. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

_____. Sentencia. T-214 de 1997. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

_____. Sentencia. T-153 de 1998. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

_____. Sentencia. C-404 de 1999. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

_____. Sentencia T-698 de 2002. M.P.: Jaime Araujo Rentería.

_____. Sentencia T-1190 de 2003. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

_____. Sentencia T-1096 de 2005. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

_____. Sentencia T-1322 de 2005. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

_____. Sentencia T-566 de 2007. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

_____. Sentencia T-435 de 2009. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt.

_____. Sentencia T-705 de 2009. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

Foucault, Michel (2005). *Vigilar y Castigar. El nacimiento de la prisión*, trad. Aurelio Garzón del Camino México: Siglo XXI Editores.

_____ (1991). *De los suplicios a las celdas*. En: *Saber y verdad*. Madrid: Ediciones La Piqueta.

_____ (1991). *La angustia de juzgar. Debate sobre la pena de muerte*. En: *Saber y verdad*. Madrid: Ediciones La Piqueta.

Garland, David (2006). *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*, trad. Berta Ruiz de la Concha. México: Siglo XXI.

González Zapata, Julio. *Cárcel y control social*. En: Berbiquí. Revista del Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia. N° 2 (Marzo de 1995).

_____. *La abolición de la cárcel*. En: Revista de Estudios Políticos. Medellín. Número 11 (Julio - Diciembre de 1997).

Hulsman, Louk; De Celis, Bernat (1984). *Sistema penal y seguridad ciudadana. Hacia una alternativa*. Barcelona: Editorial Ariel S.A.

Naranjo Serna, Sebastián (2010). *El Derecho Penitenciario: ¿La nueva cara del castigo?*, Tesis (Maestría en Derecho). Universidad de Antioquia. Medellín.

Nietzsche, F. *Genealogía de la moral*. Trad. Sánchez Pascual. España: Alianza Editorial.

Rivera Beiras, Iñaki y Amaral Machado, Bruno (Coord.) (2004). *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historia del presente y posibles escenarios*. Barcelona: Anthropos.

Santoro, Emilio (2008). *Cárcel y sociedad liberal*. Bogotá: Ed. Temis.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (2005). *En torno a la cuestión penal*. Montevideo: Editorial B de F Ltda.