

Posición de la Comisión Asesora de Política Criminal en la audiencia del Senado sobre el Proyecto del Ministerio de Justicia



por el cual se humaniza la política criminal y penitenciara para contribuir a la superación del estado de cosas inconstitucional y se dictan otras disposiciones



Cinco tesis sobre política criminal y el proyecto del ministerio.

La Comisión Asesora de Política Criminal, creada por los artículos 19 y 20 del decreto 2055 de 2014, es un organismo consultivo del Estado, en especial del Ministerio de Justicia y del Consejo de Política Criminal, **que está integrada por diez académicos de reconocida idoneidad en el tema¹, nombrados por un período de dos años y quienes actúan en forma independiente. Sus integrantes no son funcionarios del gobierno.**

Con su actual composición, **la comisión fue instalada el pasado 13 de enero,** por lo cual apenas está iniciando sus labores, que no son permanentes pues sus integrantes prestan sus servicios sin ninguna remuneración (ad honorem). Esto explica que la Comisión no pueda presentar aún un análisis detallado del proyecto. Sin embargo el estudio realizado permite a la Comisión formular las siguientes cinco tesis sobre la actual situación de la política criminal y sobre el proyecto.

¹ En la actualidad, la Comisión Asesora está integrada por Luisa Fernanda Cano, Mónica Cifuentes, Daniel Gómez-Mazo, Marcela Gutiérrez, Miguel La Rota, Mónica Lopera, María Victoria Llorente, Iván Orozco, Alvaro Pava y Rodrigo Uprimny,



1. La primera tesis es empírica:

Colombia enfrenta una doble y compleja crisis: de un lado, una crisis de seguridad ya que, a pesar de la mejoría de ciertos indicadores en las últimas décadas, como la tasa de homicidio, los niveles de delincuencia son inaceptables para una sociedad democrática, por lo cual la ciudadanía, con razón, exige medidas eficaces contra la criminalidad, capaces de prevenir la comisión de delitos y de satisfacer los derechos de la víctimas. Y, de otro lado, Colombia enfrenta también una crisis del sistema carcelario, que no sólo no cumple con la función resocializadora de la pena, por lo cual la reincidencia es muy alta, sino que, además, se acompaña de una violación masiva de los derechos de los internos y sus familias, por las deplorables condiciones de las prisiones y los altísimos niveles de hacinamiento. **Por ello la Corte Constitucional ha declarado, en reiteradas sentencias, como la T-388 de 2013, la T-762 de 2015 y la SU-122 de 2022, que existe un estado de cosas inconstitucional en nuestro sistema penitenciario que tiene que ser superado. Tal como ha dicho la Corte *“la política criminal colombiana ha abandonado la búsqueda del fin resocializador de la pena, lo que a su vez genera mayor criminalidad”*².**

2. La segunda tesis es de política pública y recae sobre las implicaciones políticas de esta situación empírica:

no podemos mantener el statu quo en materia de política criminal ya que esta doble y compleja crisis muestra que la actual política y las actuales estrategias no están funcionando adecuadamente, ni en términos de eficiencia en el logro de la seguridad ciudadana, ni en términos de garantías de los derechos de la población privada de la libertad. **Es pues necesaria una reformulación de la política criminal, que debería incluir diversos tipos de medidas más allá de las puramente penales y penitenciarias.**

² Sentencia T-762 de 2015.

3. La tercera tesis es metodológica.

Como lo mostró el informe final de 2012 de la entonces Comisión Asesora de Política Criminal y lo ha resaltado la Corte Constitucional en sus sentencias, en especial en la T-388 de 2013, la política criminal en Colombia ha tendido a ser reactiva, sin basarse en evidencia y condicionada por una dinámica que algunos académicos han calificado de **“populismo punitivo”, que consiste en aprovechar políticamente los sentimientos de inseguridad y la indignación ciudadana frente a crímenes atroces para defender, sin evidencia empírica sólida, endurecimientos punitivos.** Esta dinámica no ayuda a encontrar soluciones adecuadas a la compleja situación que vivimos, por lo cual la Comisión invita al Congreso y a la ciudadanía en general a discutir en forma razonada, con la mejor evidencia posible y orientados por los principios constitucionales y de derechos humanos, este proyecto del Ministerio de Justicia. **Evitemos polarizaciones entre la defensa de la ciudadanía contra el crimen y la defensa de los derechos de las personas privadas de la libertad, o entre eficientismo y garantismo.** Esas oposiciones no ayudan puesto que debemos lograr una política criminal que honre ambos principios y valores: que sea eficiente en proteger a la ciudadanía contra el delito y que garantice los derechos de las personas procesadas o privadas de la libertad. Podemos y debemos ser eficientes y garantistas al mismo tiempo.

4. La cuarta tesis define la visión que, según la Comisión, debería tomar la política criminal.

Creemos que debemos apostarle a un cambio que supere la crisis carcelaria y garantice los derechos de los internos y que, al mismo tiempo, mejore la seguridad ciudadana y la protección de los derechos de las víctimas.

Consideramos que no debemos seguir el camino que hemos intentado en las últimas décadas, que ha consistido esencialmente en incrementar penas y reducir posibilidades de medidas alternativas al encarcelamiento, lo cual naturalmente ha aumentado la población privada de la libertad, sin claros efectos en el incremento de la seguridad ciudadana o la satisfacción de los derechos de las víctimas. Veamos algunos datos:

Aumento de penas:

Desde 1992, ha habido un aumento generalizado de las penas pues la pena promedio para los delitos se incrementó en un tercio para la pena mínima y en la mitad para la máxima. **Ciertos delitos, como el porte de armas, tuvieron incrementos de sus penas mínimas de 800%³.**

³ Ver Juan Sebastián Hernández. *La paradoja punitiva. Las medidas alternativas al encarcelamiento y la política criminal inflacionaria en Colombia*. Bogotá, Dejusticia, 2020, p 129,

Reducción de posibilidades de alternativas al encarcelamiento

El sólo incremento de penas implicó automáticamente restricción a posibilidades de esas medidas alternativas, como la suspensión condicional de la pena (CP art 63), la libertad condicional (CP art 64), la prisión domiciliaria (art 38), la vigilancia electrónica (art 38A), o las medidas cautelares alternativas a la detención preventiva, puesto que todas ellas dependen, en parte, del monto de la pena. Pero eso no ha sido todo: ha habido prohibición directa de esas medidas alternativas para una gran cantidad de delitos, a través, por ejemplo de la creación del artículo 68A al Código Penal, sin que la lista de delitos excluidos tenga una clara racionalidad.

El impacto en el aumento del encarcelamiento:

el número de personas privadas de la libertad pasó así de **29.340 en 1994 a más de 121.000 actualmente**, según información actualizada del Ministerio de Justicia, puesto que debemos contar como personas privadas de la libertad no sólo a quienes están encarceladas en los centros del INPEC, sino también a quienes están detenidos en estaciones de policía o URIs. La tasa de encarcelamiento pasó entonces de 80 por 100.000 habitantes en 1994 a más de 240 en la actualidad. **La capacidad de las cárceles aumentó de 26.700 cupos en 1994 a 81.175 en la actualidad**, a pesar de lo cual el hacinamiento sigue siendo dramático.

Los resultados de esa estrategia centrada en el incremento del castigo carcelario son pobres, pues no ha logrado prevenir adecuadamente la criminalidad. Esto era esperable, pues el esfuerzo se centró en incrementar penas, pese a que los estudios, a nivel comparado y en Colombia, indican que, a diferencia de lo intentado hasta ahora respecto al aumento de las penas, las estrategias más eficaces son las que buscan prevenir el crimen, o las que buscan reducir la impunidad y aumentar la certeza de la sanción en caso de delito. Pero no obligatoriamente con penas largas ni mayor encarcelamiento. Eso lo sabíamos desde el clásico texto de Beccaría de 1764, *De los Delitos y las Penas*, quien dijo, en el primer párrafo del capítulo 27, titulado la *“dulzura de las penas”*, que no es la crueldad de las penas lo que frena los delitos sino su infalibilidad.

³ Ver Juan Sebastián Hernández. *La paradoja punitiva. Las medidas alternativas al encarcelamiento y la política criminal inflacionaria en Colombia*. Bogotá, Dejusticia, 2020, p 129,

La *“certidumbre del castigo, aunque moderado”*, señaló el jurista y economista italiano, prevendrá mejor el delito *“que el temor de otro más terrible, unido con la esperanza de impunidad”*⁴. Esa advertencia de Beccaría ha sido comprobada reiteradamente, como lo muestran metaestudios como el de Durlauf y Nagin de 2011 y el de David Roodman de 2017, que llegan a esa misma conclusión, luego de revisar las más sólidas investigaciones sobre el tema⁵.

Además de pobres, los resultados de esta estrategia son contraproducentes desde dos puntos de vista: por un lado, nuestros centros de reclusión se han convertido en espacios que, en lugar de prevenir y contener el delito, contribuyen activamente a su reproducción; por otro, al equiparar justicia con largos períodos de encarcelamiento en condiciones contrarias a la dignidad humana, es probable que se aumenten los niveles de tolerancia social frente a la violencia y se fomente una cultura en la cual las demandas de justicia se articulan predominantemente en términos de retribución y venganza. En su conjunto, una política criminal basada en reclamo de más cárcel dificulta concebir y poner en marcha otros marcos de justicia que permitan reducir la violencia social proveniente tanto del delito como del castigo. Citemos nuevamente a Beccaría: *“Los países y tiempos de los más atroces castigos fueron siempre los de las acciones más sanguinarias e inhumanas, porque el mismo espíritu de ferocidad que guiaba la mano del legislador, regía la del parricida y del sicario”*⁶.

⁴. Ver Cesare Beccaría. *Dei delitti e delle pene*. Milano, Einaudi, 1973, p 66. Disponible en: http://www.letteraturaitaliana.net/pdf/Volume_7/t157.pdf

⁵. Ver para los Estados Unidos, véase el estudio de David Roodman, *“The Impacts of Incarceration on Crime”*, Open Philanthropy Project, 2017. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3635864>
Ver igualmente Steven N. Durlauf, Daniel S. Nagin. *“The deterrent effect of imprisonment”* en Philip J. Cook, Jens Ludwig, y Justin McCrary (Eds) *Controlling Crime: Strategies and Tradeoffs*. Chicago Press, 2011, Disponible en: <https://www.nber.org/system/files/chapters/c12078/c12078.pdf> Para el caso colombiano, véase, entre otros, los trabajos de Diana Patricia Arias Holguín (dir.), *¿Reformar o abolir el sistema penal?*, Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad Eafit, Universidad de Antioquia, 2015; Norberto Hernández Jiménez, *El derecho penal de la cárcel. Una mirada al contexto colombiano con base en el giro punitivo y la tendencia al mayor encarcelamiento*, Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Universidad Eafit, 2018.

⁶. Cesare Beccaría. *Loc-cit*, p 66.

Además, si queremos mantener la actual estrategia tendríamos que construir al menos **40.000 nuevos cupos** para superar el estado de cosas inconstitucional en las cárceles y centros de detención. Ahora bien, cada nuevo cupo carcelario requiere una **inversión de unos 130 millones de pesos**, según la exposición de motivos del proyecto, con lo cual la inversión en infraestructura carcelaria sólo para superar el hacinamiento **superaría los 5 billones de pesos**, sin contar los costos permanentes de mantener un interno, que son de unos **2 millones y medio de pesos mensuales**, según la exposición de motivos. **Esto significaría incrementar en un billón de pesos anuales el costo del sistema penitenciario colombiano.** Pero incluso tan cuantiosas inversiones no bastarían, por sí mismas, para remediar el estado de cosas inconstitucional, el cual, como lo ha señalado la Corte Constitucional, tiene como principal componente el hacinamiento, pero no se reduce a éste, en tanto, *“la política criminal colombiana ha sido desarticulada, reactiva, volátil, incoherente, ineficaz, sin perspectiva de Derechos Humanos y supeditada a la política de seguridad nacional”*⁷.

La Comisión Asesora considera que es el momento de repensar lo que hemos hecho hasta ahora y racionalizar el uso de la cárcel, en el entendido de que hemos ido demasiado lejos en el encarcelamiento. Esto puede hacerse sin que las medidas adoptadas afecten los derechos de las víctimas ni la seguridad ciudadana. A tal propósito contribuye el uso de instrumentos alternativos a las penas largas de cárcel, como las medidas de justicia restaurativa, que tienden a satisfacer mejor los derechos de las víctimas. Igualmente, la reducción de penas, el mejoramiento de las condiciones de las cárceles, el fortalecimiento de alternativas a la detención en centros carcelarios (subrogados penales) y el establecimiento de mecanismos para que la reintegración del condenado a la sociedad sea progresiva y no abrupta, facilitarían la resocialización de los internos y reducirían la reincidencia. Adicionalmente, una mayor focalización de los esfuerzos de investigación, judicialización y sanción penal podría mejorar la efectividad de la persecución de delitos graves. Así mismo, una mayor focalización de los esfuerzos de investigación, judicialización y sanción penal aumentaría la efectividad de la persecución de delitos graves. Finalmente, todo esto debería estar acompañado de estrategias de prevención del delito fundadas en la mejor evidencia posible.

⁷ Sentencia T-762 de 2015.

**La quinta tesis que
es la posición de la
Comisión Asesora
frente al proyecto
del ministerio.**

En términos generales respaldamos la presentación de este proyecto y su orientación y propósitos generales, sin perjuicio de que en nuestras primeras discusiones algunos integrantes hayan expresado dudas sobre algunas de las medidas propuestas o hayan constatado algunas ausencias. En efecto, **la Comisión comparte los propósitos del proyecto del Ministerio de Justicia, que busca humanizar el sistema penitenciario y eliminar el hacinamiento, sin necesariamente afectar la seguridad ciudadana ni los derechos de las víctimas.** Todo lo contrario: el proyecto busca fortalecer la resocialización, lo cual puede contribuir a reducir la reincidencia y, por esta vía, a mejorar la seguridad.⁸ Y le apuesta, con razón, a la justicia restaurativa, cuyos resultados comparados en el mundo son muy prometedores, no sólo para evitar la reincidencia sino para mejorar la convivencia y satisfacer mejor los derechos de las víctimas. Entendemos, no obstante, que este proyecto de ley es solo uno de los componentes de una política criminal que, para enfrentar la doble crisis ya mencionada - de seguridad ciudadana y carcelaria -, ha de estar acompañada de otro tipo de medidas que trascienden el ámbito de la reforma legal en materia penal, procesal y penitenciaria.

En este momento la Comisión está estudiando el proyecto de ley y formulará un concepto y sugerencias de mejora, atendiendo a los criterios de independencia y rigor académico que orientan su quehacer. Con nuestro análisis del proyecto, que presentaremos en las próximas semanas, esperamos contribuir al debate legislativo y ciudadano en torno a una iniciativa que amerita ser analizada, discutida y complementada, pues busca responder a la doble crisis, carcelaria y de seguridad, que enfrenta Colombia.

⁸ Sobre la evidencia del limitado, e incluso contraproducente, impacto del encarcelamiento en términos de disminución de la reincidencia delincinencial, véase el estudio de Juan Carlos Garzón, María Victoria Llorente y Manuela Suárez, *¿Qué hacer con la reincidencia delincinencial? El problema y sus posibles soluciones*, Bogotá: Fundación Ideas para la Paz – FIP, 2018, pp. 20-23.