

ALTERNATIVIDAD PENAL EN EL DELITO COMÚN

Liliana Gutiérrez
Margarita Pabón
Luis Andrés Jimenez

“Seamos realistas, ¡carajo!... soñemos lo imposible”¹

Hacer mención a la crisis carcelaria y penitenciaria en Colombia es caer en un lugar común. Cuando se aborda el tema, es inevitable imaginar la ruptura en el tiempo, la vida y los sueños de las miles (sí, es cierto, miles y miles) de personas que se encuentran privadas de la libertad; es inevitable sentir compungidamente el drama personal y social que “degenera” el encierro, es inevitable preguntarse si la negación a este derecho humano -como es el de la libertad- sirve realmente para “resocializar”, para “dar un mensaje de escarmiento a la sociedad” o mejor aún responderse que “no sirve para nada”. También es inevitable alzar la voz cuando se denuncia la violación continua de los derechos humanos a los internos, cuando se denuncia una y otra vez las prácticas corruptas que recaen al interior de los centros penitenciarios, cuando se concluye que las cárceles terminan convirtiéndose para algunos en lugares de especialización criminal, cuando se es testigo de las iniciativas particulares que acaban siendo acciones asistenciales y caritativas y, por último, cuando se recuerdan infructuosamente los innumerables llamados de la Corte Constitucional frente a la declaratoria del estado de cosas inconstitucionales del sistema.

Este lugar común ya se ha vuelto paisaje entre las discusiones institucionales que buscan algún tipo de solución, bien sea a partir de lo académico que aborda la crisis desde lo penal, lo social, lo filosófico y lo psicológico; pasando por lo político que no ha podido dar una respuesta eficaz y contundente a la situación, para terminar en lo jurídico, que a diario debe dar respuesta ante la avalancha de demandas que contra el Estado se adelantan para exigir que se repare lo irreparable (el tiempo transcurrido).

La pregunta inevitable es: ¿Qué debemos (o qué podemos) hacer? Frente al cuestionado concepto de alternatividad penal que encaja en el marco del proceso de paz se ha planteado la posibilidad de que se extienda a los delitos comunes. En principio, este concepto en la actualidad solo ha sido discutido para dar una solución jurídica a la reintegración de ex combatientes, y otros (militares, políticos, empresarios, particulares, etc.), a la sociedad civil en el tránsito de un conflicto armado a un escenario de paz. Por lo tanto, la respuesta a la posibilidad de usar dicho concepto para el delito común ha sido categóricamente negativa. Entonces, ¿Qué más podemos hacer? Desde el año 2012, la Comisión Asesora de Política Criminal ha propuesto una serie de medidas ante la crisis del sistema carcelario y penitenciario, las cuales se enmarcan en la renombrada idea del uso del derecho penal como ultima ratio para la protección de los bienes jurídicos. Estas medidas giran alrededor de la i) prevención en serio; ii) Las medidas alternativas a

¹ Adaptación de la célebre frase de Herbert Marcuse en el marco del movimiento social y estudiantil de 1968 en Francia. La frase original es “Seamos realistas... pidamos lo imposible”.

las penas privativas de la libertad y el enfrentamiento de la crisis del sistema carcelario y penitenciario; iii) Víctimas, política criminal y principio de ultima ratio; y iv) Las potencialidades de la justicia restaurativa.

Bastante se ha mencionado en diferentes espacios sobre la necesidad de sumar esfuerzos para que en bloque se puedan tener mejores resultados. Es por ello que, sobre la base de esta propuesta, que no por ello implique abstenerse de leerla críticamente, se puedan construir acciones que vayan desde lo político hasta lo operativo.

En relación con “Las medidas alternativas a las penas privativas de la libertad y el enfrentamiento de la crisis del sistema carcelario y penitenciario”, la Comisión Asesora plantea que frente al uso generalizado de la prisión “*las legislaciones de la mayoría de los Estados prevén sanciones distintas a la prisión para algunas conductas punibles o para reemplazarla en casos debidamente reglados, y establecen regímenes especiales que permiten a los condenados reducir el tiempo de ejecución de las penas privativas de la libertad que se les haya impuesto, constituyéndose estas formas en alternativas a la ejecución de la pena privativa de la libertad*”². Así mismo, sostiene la Comisión Asesora que el uso de las penas alternativas incide de manera positiva en la reducción de la reincidencia, en la prevención del delito y en el mejoramiento de las condiciones de funcionamiento de los sistemas carcelarios, todo ello asociado a la protección integral de los derechos fundamentales.

Lo anterior sugiere que, si bien no se pueden aplicar beneficios penales como los discutidos actualmente en el marco de la Jurisdicción Especial para la Paz en aquellos delitos no asociados al conflicto armado colombiano, es imprescindible hacer uso de los mecanismos que el actual Código Penal contempla en los que, sin el desconocimiento de las diferentes formas de criminalidad que existe, no se abuse del poder punitivo del Estado en la aplicación de la prisión como el único medio de prevención especial y de persuasión social. En este sentido, la reconocida penalista Dra. Whanda Fernández ha insistido en que las “medidas no privativas de libertad”, cuyo imperativo jurídico recae en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad,

*“buscan racionalizar las políticas penitenciarias, evitar que los simples indiciados pierdan su identidad social, materializar el principio de mínima intervención y reducir los preocupantes niveles de impunidad e injusticia. Carecen de designios punitivos; son de naturaleza cautelar, preventiva y temporal, invariablemente conllevan degradaciones del valor supremo de la libertad y pese a ser excepcionales, encuentran plena acogida en la comunidad internacional y en los tratados sobre los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención”*³.

² INFORME FINAL - Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano. COMISIÓN ASESORA DE POLÍTICA CRIMINAL 31 de marzo de 2012 Pág. 81

³ <https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/penal/medidas-de-aseguramiento-no-privativas-de-libertad>

Tales medidas en la legislación penal colombiana consisten, entre otras, en el acceso a brazaletes electrónicos, suspensión condicional de la ejecución de la pena, libertad condicional, la presentación periódica ante un juez, la prohibición de salir del país, concurrir a determinadas reuniones o lugares o salir del lugar de habitación entre las seis de la tarde y las seis de la mañana, prestar caución real adecuada, mediante depósito de dinero, constitución de prenda o hipoteca, etc...

Sabido es que toda institución debe cumplir indicadores de gestión. Pero no por ello se debe continuar con la afamada práctica al interior del ente acusatorio colombiano, a través del cual se mide tal gestión por el número de capturas y de sentencias condenatorias privativas de la libertad proferidas por un juez. Los indicadores deben tener una mirada amplia, para que se aplique verdaderamente el concepto de justicia y se protejan los derechos humanos de aquellos que, están detenidos en centros penitenciarios, bien sea con una medida de aseguramiento o en cumplimiento de un fallo condenatorio.

Es importante, pues, que la práctica jurídica empiece a inflar sus indicadores con medidas diferentes a las privativas de la libertad, que se fortalezca la institucionalidad sin que implique “más” y “mejores” cárceles, que se racionalice la detención privativa de la libertad, que se implemente en todos sus artículos e intenciones la ley 1709 de 2014 (en especial el Artículo 2 “*Legalidad. Toda persona es libre*”) y que se haga una mirada crítica sobre el delito social, asociado al porte de estupefacientes y el hurto.

No puede hablarse de paz estable y duradera si la transformación que se pretende va acompañada de factores de desigualdad y exclusión entre quienes han cometido delitos vinculados al conflicto y quienes han cometido delitos de justicia ordinaria. La privación de la libertad por delitos comunes no puede verse de forma aislada al contexto socio-político que atañe el proceso de paz, pues como el propio acuerdo lo reconoce, hemos estado envueltos por años en “*el abandono, la carencia de una función pública eficaz, y por los efectos del mismo conflicto armado interno*”⁴ ello deriva en una realidad ineludible - a menores oportunidades mayor posibilidad de incurrir en delitos- de ahí que la conducta punible con más privados de la libertad sea el hurto, así mismo, muchos a quienes se le ha privado de su libertad han sido víctimas de desplazamiento forzado, han perdido a sus familiares en el conflicto, han perdido sus bienes y han sido afectados de una u otra manera a lo largo y ancho del territorio, condicionando en un alto porcentaje la comisión de conductas punibles.

De otra parte, las problemáticas sociales y el nivel de educación son factores determinantes en la constitución de la población carcelaria, si se tiene en cuenta que, según datos del INPEC, aproximadamente el 79% de la población carcelaria no se graduó de educación básica

⁴ ACUERDO FINAL PARA LA TERMINACIÓN DEL CONFLICTO Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA 24.11.2016 Página 3

secundaria y de ese porcentaje el 42% no superó la educación básica primaria, además, hay más analfabetas que personas con nivel de escolaridad en nivel superior.

Es urgente hacer eco de lo que propone la Comisión Asesora en relación con la racionalización de la pena en el ámbito legislativo, judicial y penitenciario haciendo una revisión de aquellas penas que carecen de sistematicidad y que se han incrementado de manera desproporcionada; regular las penas en función de los bienes vulnerados; racionalizar las punitivas para que no termine convirtiéndose en cadenas perpetuas, y en esa misma medida se cumpla con el fin resocializador esperado, fin que en las condiciones de hacinamiento actuales es imposible de alcanzar frente a la ausencia de un tratamiento penitenciario real y eficaz; frenar de una vez por todas el populismo punitivo y recuperar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, aún por encima de lo que digan los medios de comunicación; aplicar el enfoque diferencial en el marco del respeto de los derechos humanos, *“reducir el uso de la prisión en el Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente en Colombia, que hace un uso excesivo de la privación de libertad, pese al hecho de contar con mecanismos alternativos al uso de la prisión para los y las jóvenes en conflicto con la ley”*⁵ e implementar acciones adecuadas desde el ámbito social, laboral y personal para el pospenado en su proceso de reintegración a la sociedad civil. Finalmente, es urgente hacer una reflexión sobre el punitivismo social a través del cual ciertos sectores de la sociedad descansan el concepto de cárcel como mecanismo de control social para la protección de sus bienes e intereses.

¿Por qué no hacer realidad la alternatividad penal para los colectivos de internos más vulnerables? Por ejemplo, al interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario; al interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal; al interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición, implicándole un trato indigno, inhumano o cruel; al interno mayor de 65 años; alternatividad que no debe ser interpretada como una facultad discrecional del Juez, sino como un derecho de las personas privadas de la libertad que se encuentren en los supuestos descritos por la ley que se propone.

Por esto y más, *“soñemos lo imposible... ¡carajo!”*

⁵ INFORME FINAL - Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano. COMISIÓN ASESORA DE POLÍTICA CRIMINAL 31 de marzo de 2012 Pág. 82