

# CRIMINOLOGÍA

---

*Los mitos del derecho penal y la investigación empírica*

*Sistema de responsabilidad penal juvenil: concreción de derechos fundamentales*



# LOS MITOS DEL DERECHO PENAL Y LA INVESTIGACIÓN EMPÍRICA

*Marcela Gutiérrez Quevedo\**

## INTRODUCCIÓN

Es un reto escribir sobre investigación socio-jurídica en el campo penal y en la incidencia de ella en las políticas públicas. Sin embargo, como académicos e investigadores de la realidad social de Colombia considero importante compartir con ustedes los resultados de las investigaciones empíricas de una Facultad de Derecho con los estudiantes de derecho para optar a ser juristas. Creo que la presentación y divulgación de este conocimiento es un factor importante de desarrollo económico y social del país.

El Centro de investigación en Política Criminal –CIPC– de la Universidad Externado de Colombia tiene como reto formar en investigación y estimular la crítica y la reflexión permanente sobre la aplicación de la justicia penal y el proceso de criminalización nacional e internacional, a la luz del respeto de los derechos fundamentales y el principio de diversidad o de distinción.

Investigar no es fácil, no sólo por la dinámica y metodología sino también por barreras que se crean –ficticias o reales– pero que hemos decidido superarlas. Es el desafío del investigador tener un propósito como es el compromiso para con la sociedad, con independencia de carácter y practicantes de una “ética cívica intachable, pública y privada; profesionales solidarios, auténticos, austeros, dotados de criterio, capaces de resistir a la intimidación y enfrentar la corrupción”.

---

\* Directora de Investigación en Política Criminal, Universidad Externado de Colombia, 2002.

Las problemáticas a investigar se seleccionan de acuerdo a los diagnósticos y necesidades en el ámbito de la justicia. No es un mero interés intelectual sino más bien un interés de trabajar por grupos vulnerados, sus derechos y la manera de ejercerlos en una realidad específica como es el conflicto interno del país. Son los casos de las líneas trabajadas en el CIPC:

- Niños desvinculados de la guerra, como víctimas del conflicto armado.
- Identidades y no identidades de etnia en el conflicto armado.
- El desplazamiento como consecuencia o estrategia de guerra.
- Resolución alternativa de conflictos.
- El no denuncia de la víctima del conflicto (cifra oscura de la criminalidad).

La metodología que utilizamos es participativa: no es sólo cuantitativa sino cualitativa. Hacemos trabajo de campo e identificamos las necesidades y subjetividades de los actores sociales no sólo desde el lado social sino también estatal. De esta manera logramos un conocimiento integral de lo institucional y de la sociedad. O sea, partimos de la base de observar el sistema penal no de una manera esencialista y natural sino con un sentido constructivista.

A pesar de ser diversos los temas el diagnóstico en control informal y control formal da un panorama oscuro e incoherente con las “políticas criminales”. Que entiendo por política criminal tradicional para efectos de la investigación empírica? Son las políticas de criminalización observadas desde un punto de vista externo al sistema penal.

Tenemos como base el estado secular, un estado no fundamentalista, respetuoso de los derechos del hombre.

Cúal es el fin de la investigación empírica? Aprender la realidad e identificar cuál es el problema social y decidir con base a esa realidad. Escuchamos permanentemente que la opinión pública y los controles formales e informales dicen esto o aquello. Me pregunto donde esta la opinión pública y cuál es? Pues si la confrontamos con lo que yo pienso y usted piensa nunca coincide con lo que llaman opinión pública. Es por esta razón que creo que debemos utilizar una balanza mental y evaluar las creencias y confrontarlas para no caer en “conocimientos” y decisiones absurdas e irracionales.

Creencias en la Historia que causaron muchas víctimas y violaron los Derechos del Hombre. Un ejemplo histórico y de consecuencias nefastas fue la Inquisición en donde a partir de libros sagrados, intocables y de “autoridad” se construyeron lógicas irrefutables y también sin lugar a probarlas. A partir de ahí se construyeron fantasmas y hasta brujas que quien estuviera en contra de esas creencias eran herejes. De lo anterior se colige que, teniendo en cuenta el momento histórico, no podemos aceptar mitos contruídos a partir de abstracciones y de afirmaciones radicales.

Menos mal la Suprema –autoridad central del Oficio Sagrado en Madrid– autorizó a Salazar el Inquisidor y sus ayudantes a llevar a cabo lo que hoy llamaríamos una investigación empírica mayor de las brujas vascas –en sus palabras, una extensa Visita con un Edicto de Gracia para todos los miembros del secta del diablo– entrevistando mas de 1800 personas en la región, con mas de 11200 paginas de anotaciones. Creo que fue el primer estudio empírico de brujas. La mayor conclusión fue que no había ninguna prueba de brujería.

Es cierto que las creencias nos dan un estado de calma y de satisfacción; la duda crea un descontento y una excesiva irritación. Pero es necesario evaluarlas y ser tenaces. Como decía Goethe “la experiencia corrige al hombre cada día”.

Y afirma Montaigne al respecto: “Hacer quemar a un hombre vivo sobre la base de conjeturas es atribuirles a ellas un gran valor. Ya que nuestras creencias guían nuestras acciones, nosotros debemos ser extremadamente prudentes antes de adoptar una creencia que nos llevaría a actuar de una manera peligrosa para nosotros o para otros. La creencia de la existencia de la brujería, de los medios para descubrirla y el juicio de los presuntos adeptos hizo muchas víctimas. El hecho de adoptar una creencia mas que otra, sobre todo cuando se produce en toda una colectividad, puede tener a veces consecuencias desastrosas”<sup>1</sup>.

De esta manera y no haré un estudio exhaustivo de las creencias y lugares comunes de las políticas criminales, de los diversos fines de regímenes punitivos, pero si quiero tomar el ejemplo crítico del derecho que ha implementado la política de drogas negando los derechos a las “víctimas” e implementando un sistema para por un lado combatir pero por otro lado alimentar el sistema.

## MITOS<sup>2</sup> Y POLÍTICAS DE DROGAS

Hablo de mitos en el sentido de que creemos mucho sin bases científicas y con base en argumentos pseudo-estructurados. Todos tenemos creencias frente a algo y no invito a ser completamente escépticos. Pero si invito a *analizar* las creencias endebles, peligrosas y lo peor cuando son base fundamental de las decisiones. Si rompemos con mitos es porque hay más información. O sea debemos transformar los mitos (inherentes a informaciones que circulan en nuestro medio) siendo mas reflexivos, desempeñando estrategias intelectuales y a realizando buenas preguntas cuando reflexionamos a las creencias de uno o a las del medio.

---

1. PIERRE BLACKBURN. *Connaissance et argumentación*, Quebec, ERPI, 1992.

2. Según el *Pequeño Larousse*, el mito es una fantasía y producto de la imaginación.

Si consideramos que las creencias que deben circular deben ser racionalmente justificadas no debemos dejar que la gente diga cualquier cosa y de no fortalecer con nuestro silencio la propagación de creencias injustificadas o peligrosas.

Para desmitificar estos mitos y para esta Conferencia hicimos un trabajo de campo en un aspecto de la política de drogas con el fin de observar si el sistema penal funciona de acuerdo a las garantías y los derechos fundamentales e identificar quien forma parte del sistema penal y con que marco de referencia actuamos:

La investigación empírica<sup>3</sup> tuvo los siguientes objetivos:

1. Identificar la relación del derecho penal (política de drogas) y los problemas sociales.
2. Observar si las ideas que tenemos del derecho penal garantista están conforme a la realidad.
3. Comprender si los efectos del derecho penal son represivos o restaurativos.

## **I. EL DERECHO PENAL SE PREOCUPA POR LAS VÍCTIMAS**

Entendamos víctimas como sujetos de derechos frente a un daño cometido, un perjuicio, integridad física o mental, un sufrimiento moral, una pérdida material, o una vulneración grave a los derechos fundamentales, en razón de actos u omisiones.

O, menos concreta, la definición: la víctima es la sociedad o la moralidad de un grupo. Podemos decir que en este ámbito del derecho penal la sola víctima es la sociedad como un ser indivisible. Es por eso que en este derecho “de las drogas” se dice que todo “crimen” es un atentado contra la sociedad y las víctimas concretas no aparecen, aunque a veces tampoco existen<sup>4</sup>.

\* Al querer identificar las víctimas reales de carne y hueso en los procesos penales relacionados con drogas –a través de entrevistas realizadas a las personas internas en las cárceles colombianas–, no reconocen víctimas directas y desconocen el término absolutamente. Además, según autoridades de la justicia colombiana, por la misma legislación, la lesión no se exige pues son tipos penales de peligro y abstracto. Con el fin de querer luchar contra las organizaciones criminales y “delitos graves” se parte

---

3. Agradezco a JIMENA SARMIENTO y CIELO MARIÑO por la colaboración en el trabajo de campo en la Penitenciaria Nacional La Picota de Colombia, Bogotá.

4. La Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana de fecha C-293/96 reivindica en el salvamento de voto la actividad crucial de la víctima para reconstruir los hechos y el valor de la reparación. Exige que no solo debe contar la indemnización económica por daños materiales pero también otros valores constitucionales como la verdad y la justicia.

de definiciones generales y abstractas como la de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional<sup>5</sup>.

Es difícil encontrar víctimas concretas en tipos penales de simple peligro como es la salud pública. Se criminalizan conductas tentadas (arts. 375 y 376 C. P.). La noción de protección a la sociedad o a la salud produce desde un punto de vista psicológico y socio-psicológico, una ceguera sobre el funcionamiento interno del sistema y sobre los medios empleados para protegerlos.

El Derecho Penal sigue legitimándose por la protección de bienes jurídicos, con base en la teoría de la defensa social y por los fines simples de la pena. No se tiene en cuenta las teorías de la reparación de la víctima. De ahí observamos que la política criminal sigue siendo in abstracto.

Tal como lo anota NILS CHRISTIE en su libro “La industria del control del delito” la víctima no aparece por ningún lado y al contrario habla de una victimización de ciertos grupos vulnerables. Dice lo siguiente: “las sociedades occidentales enfrentan dos problemas principales: la distribución desigual de la riqueza y la distribución desigual del acceso al trabajo remunerado. Ambos problemas pueden dar lugar a disturbios. La industria del control del delito esta preparada para enfrentarlos: provee ganancia y trabajo al mismo tiempo que produce control sobre quienes de otra manera perturbarían el proceso social”.

\* Frente a lo anterior, es el caso de los consumidores, con las actuales políticas de drogas. Se convierten cada vez mas en un grupo vulnerable, penalizado o psiquiatrizado, queriendo implementar un tratamiento discriminatorio para los consumidores de determinados estupefacientes (y no para otros como lo es el alcohol y el tabaco). Observamos que se desconocen los efectos primarios (Problemas relacionados con las drogas que se producen con independencia de la política de drogas) y se amplían los efectos secundarios que son aquellos que están relacionados específicamente con una determinada política de drogas (drogas ilegales) y que no ocurrirían de esta manera si se adoptara una política de drogas diferente.

1. Problemas secundarios para el consumidor. Generalmente la prohibición no vuelve las drogas inaccesibles, pero cambia la naturaleza del mercado.
2. Problemas secundarios para el medio ambiente del consumidor.
3. Problemas relacionados con la justicia criminal.
4. Problemas secundarios para el sector de ayuda medico-social.

---

5. Es así que se construyen definiciones generales y abstractas y se dice: “Para los fines de la presente Convención: a. por grupo delictivo organizado se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”.

Así como lo dice LOUK HULSMAN<sup>6</sup>, “las políticas aumentan considerablemente los problemas relacionados con el consumo de drogas, conducen a una extrema marginalización de algunos segmentos de la población, provocando un fuerte crecimiento de las actividades de la justicia criminal en los países industrializados y un importante aumento en la severidad o en la naturaleza de las intervenciones de la justicia criminal. En este sentido la actual política internacional de drogas puede verse como un modo ‘de colonización’ de formas de organización social, que son más liberales y tolerantes por formas de organización social que son más represivas y estratificadas”.

En Colombia fue despenalizado el consumo de dosis de uso personal por vía jurisprudencial [hoy nuevamente estigmatizado por la penalización vía legislativa (745/2002)], y reconoció los límites constitucionales a la intervención del Estado en la salud mental.

Es así que THOMAS SZASZ dice: “Bajo el tratamiento de ciertas conductas que se juzgan desviadas, como enfermedades, se esconde el mas feroz poder represivo, tanto mas censurable cuanto mas se presenta como una actitud paternal (casi amorosa) frente al disidente. La reclusión en establecimiento psiquiátricos o similares, ha sido desde hace mucho, un vitando mecanismo usado por los regímenes totalitarios para curar a los heterodoxos. Y las sociedades contemporáneas se han empeñado en tratar a los drogadictos como heterodoxos enfermos a quienes hay que hacerles ver el mundo como lo ven los gobernantes”. Sobre el punto anota SZASS, con su habitual agudeza: “el hecho de drogarse no es una enfermedad involuntaria, es una manera totalmente deliberada de afrontar la dificultad de vivir. Pero como no sabemos curar la enfermedad de vivir, preferimos ‘tratar’ al drogadicto”.

Para prestar la expresión del criminólogo belga DAN KAMISNKI (1990, p. 180)<sup>7</sup>, “la incriminación del uso de estupefacientes crea al toxicómano como un delincuente. Como el sistema no identifica ni víctima ni autor en la realidad empírica, los dispositivos del derecho criminal criminalizan y penalizan los dos a la vez”.

Por otro lado, el consumidor no se ve como una víctima. Él hace una selección consensual. Es cierto que puede afectar la salud, afectar la vida de las personas en su entorno, etc. En esos casos se justificaría porque son programas de información, de prevención, de tratamiento y de regulación jurídica. El entorno no es la víctima en el mismo sentido de un agresor o un asesino.

El Estado democrático debe ser un Estado respetuoso con el fin de proteger y reparar, pero no de una manera abstracta. Es necesario diversificar las opciones frente a los diferentes conflictos.

---

6. HULSMAN LOUK. La política de drogas: fuente de problemas y vehículo de colonización y represión, 1997.

7. D. KAMISNKI. *Toxicomanie, le mot qui rend malade, débânse et sosiegue*, vol. VII, n.º 3, 1990, pp. 179 a 196.

En resumen, la víctima real y existente de las políticas de drogas se convierte en un victimario y, más aún, en un infractor de las leyes penales, en aras de un paternalismo jurídico. La investigación empírica en este campo se realiza en el marco de un Estado democrático que aceptaría derogaciones de los derechos fundamentales sólo si fuese necesario y proporcional a los bienes jurídicos protegidos.

Tal como lo mostró nuestra investigación de campo en la cárcel La Picota:

“Ni los considero víctimas ni nada, porque cada cual hace de su vida lo que quiera...”.

Cuando a los encuestados se les pregunto por las víctimas del delito que habían cometido hubo diferentes respuestas. Quienes habían traficado, fabricado o portado estupefacientes (art. 376 de la Ley 30 de 1986), o sea la mayoría, entendían que se trataba de ellos mismos, ya que en su sentir son las verdaderas víctimas de estos delitos, pues se ven obligados a cometerlos por la ausencia de posibilidades para sobrevivir. Y también se consideran víctimas del trato cruel que el Estado les da, refiriéndose a la pena de prisión o a la condena siendo inocentes. Pero una vez se les explicaba el concepto de víctima la respuesta, para un buen sector, era !no se!.

Sin embargo, algunos pocos consideran que las víctimas (consumidores) no son tenidos en cuenta, de manera tal que no son restaurados sus derechos. Y algunos otros son conscientes de que el proceso penal no es la mejor forma para ayudar a estas víctimas.

## **II. EL DERECHO PENAL PROTEGE EN IGUALDAD DE CONDICIONES AL INFRACTOR (VICTIMARIO)**

Si en el mito anterior la verdadera víctima se convierte en victimario aquí ocurre lo contrario. El infractor se convierte en víctima. En general el sistema criminal se centra en el victimario, en sus derechos y obligaciones de una manera “igualitaria”. Sin embargo observamos y con base en el trabajo de campo realizado con los operadores de justicia y con los internos de la penitenciaría la Picota de Bogotá que existe un proceso de selección de las personas que ingresan al sistema atinando y marginalizando más a un grupo de personas vulnerables económica y socialmente.

Fue importante en el trabajo de campo identificar el comportamiento del ser humano desde una visión exterior y desde enfoques micro y amplio. O sea, el fin de la investigación empírica es el aclarar a la gente que conforma la sociedad sobre lo que esta pasando en la realidad. De esa manera los interesados podemos comprender y expresarnos mejor.

Según las entrevistas realizadas, desde el ámbito policivo y penal, la policía sigue a los pequeños consumidores y narcotraficantes en determinados lugares públicos, no en todos, y la Fiscalía General de la Nación FGN con sus limitantes también caen en

ese proceso de selección y de estigmatización de ciertos grupos débiles de la población. Esa clase de pro actividad obedece a presiones políticas nacionales e internacionales sin haber mediado los efectos, costos inéditos y efectos perversos sobre el sistema de justicia criminal y sobre el individuo.

Es importante destacar que al detener a los llamados “fungibles” no se atenta contra la llamada organización criminal. La organización se divide el riesgo según las actividades de peligro. A nivel nacional e internacional se hacen reformas globales, sustantivas, adjetivas, de cooperación internacional pero es necesario poner límites y no sobrepasar las garantías fundamentales y los derechos humanos.

#### A. SELECTIVIDAD: SITUACIÓN SOCIOECONÓMICA

“Eso es muy duro en el caso de ser uno pobre, no existe justicia...”.

Casi la totalidad de estos hombres, antes de estar en la prisión, vivían con sus respectivas familias, generalmente constituida por esposa e hijos (entre 1 y 4) o, en su lugar, por los padres y hermanos; sin embargo, en pocos casos eran solteros y vivían alejados de su hogar inicial.

Sus ocupaciones básicamente eran informales y/o independientes haciéndose una distinción entre quienes están por Lavado de Activos y Narcotráfico y quienes están por Ley/30 (delitos contra la salud pública). Esta distinción lo que muestra es que aún cuando la mayoría de los primeros eran independientes recibían unos ingresos muy altos, mientras las ganancias de los segundos difícilmente superaban el mínimo legal establecido y no eran estables.

De otra parte, las profesiones desempeñadas por estos últimos eran las de comerciante, agricultor, conductor, trabajos varios y pequeños propietarios. Hubo un común denominador: quienes estaban desempleados y llevaban en esta situación desde cuatro meses hasta casi cinco años fueron penalizados por traficar drogas ilícitas fuera del país, lo que se conoce como “mula”. Manifestando en estos casos que la difícil situación económica y familiar los había obligado a realizar estos delitos.

En cuanto a la escolaridad la gran población carcelaria por los delitos contenidos en la Ley 30 escasamente es bachiller, habiendo incluso analfabetas. Mientras los Profesionales, Técnicos y quienes habían empezado estudios universitarios sin acabarlos eran investigados o fueron condenados por delitos como Narcotráfico y Lavado de Activos.

De esta manera vemos como frente a un total de 73 solo 7 están detenidos por Narcotráfico, Lavado de Activos o Concierto para Delinquir, mientras la otra gran parte (66) la constituyen los infractores de la Ley 30, básicamente, por sacar droga

del país en su cuerpo o equipaje o por distribución (en este caso se trata de pequeños distribuidores). Nos preguntamos, entonces a que se debe esta desigualdad y porque la coincidencia de que los más penalizados sean precisamente los de más bajo nivel económico y educativo.

## B. GARANTÍAS PROCESALES

Quienes primero intervienen en la búsqueda de infractores de estos delitos, vale decir, son las autoridades de policía y según las encuestas estos no dan a conocer los derechos de los capturados y además suelen ser indiferentes frente a los argumentos de las personas que creen son infractores de la ley penal. También muchos afirman haber sido víctimas de “montajes” o llevar mucho tiempo presos por la existencia de una prueba en su contra que luego mágicamente desaparece. Otros denunciaron agresión física y psicológica de las que fueron víctimas, ejercida por estas autoridades.

Un punto importante en la presente investigación fue indagar sobre el desarrollo del proceso de cara a las garantías y derechos de los sindicados y/o condenados dentro del proceso penal. Las respuestas fueron diversas; la mayoría dio un concepto negativo frente al trato dentro del proceso, justificándolo en la ausencia total de pruebas o su inconsistencia, o en la falta de diligencia y premura (agotamiento de los términos) y, especialmente, en la negación absoluta de la presunción de inocencia. En resumen consideran que las garantías procesales no se dan (Legalidad, Igualdad, dignidad, entre otros). Esto sin contar los casos en los que ni siquiera saben por que delito están siendo investigados o la posibilidad de obtener beneficios como la Sentencia Anticipada, lo cual pone de presente como se esta desconociendo el derecho de todo sindicado a conocer desde el comienzo el delito por el cual se le investiga y los beneficios a que puede acceder.

Otro importante grupo de hombres dio un balance regular de este trato reconociendo que aún cuando se les habían respetado algunos de sus derechos hubo ausencia de información, de valoración de medios probatorios por ellos aportados y violación a la igualdad, haciendo referencia a la desfavorabilidad que impera dentro de la Justicia Especializada.

Finalmente fueron muy pocos los que hablaron bien del sistema penal sin expresar las razones que motivaban este concepto o relacionándolo con la asistencia del Defensor Público.

Quienes son de escasos recursos debieron acudir a la Defensoría Pública obteniendo, en su mayoría, buenos resultados. Mientras al indagarse por los defensores privados manifestaron la deshonestidad, inoperancia y ausencia de ética coincidiendo que estos trabajan solo bajo la ansiedad de obtener dinero sin ningún compromiso profesional verdadero.

### C. EFECTOS DE LA PRISIONALIZACIÓN<sup>8</sup> EN EL INDIVIDUO, EN LA FAMILIA Y EN LO SOCIAL

Las distinciones que hacíamos al comienzo de este capítulo no terminan allí. Al ser encarcelados el grupo minoritario viene a ser recluido en los pabellones especiales. Llámense Casas Fiscales que como su nombre lo indica son pequeñas residencias abastecidas de todos los espacios y servicios necesarios. Estas son asignadas, tal como lo dijeron los beneficiarios de las mismas, por influencias, por haber pagado una buena suma de dinero o por haber sido político o hijo de tal. Sólo en un caso un enfermo ocupaba una de estas casas y, aun cuando por su estado tenía derecho a ello, debió acudir a la tutela para que se lo hicieran efectivo.

La otra cara de la moneda es más del 90% de este grupo de reclusos quienes están recluidos en los demás patios. Estos no tienen las comodidades anteriores, sino que por el contrario están superpoblados y escasamente cuentan con las normas más mínimas de higiene y/o sanidad. Esto sin contar los obstáculos por los que deben atravesar sus familias para poder visitarlos; aclarando que en el caso de las Casas Fiscales sus visitantes pueden ser visitados fácilmente todos los días a cualquier hora y sin mayores obstáculos.

Los patios comunes los ocupan, de un lado, quienes manifestaron no saber bajo que criterio les fueron asignados, y de otro, quienes dicen estar ahí por alguna de las siguientes razones: por la presencia de un conocido que lo solicitó, o porque era de una región en la que existían ciertos grupos armados que estaban en ese patio, o por conveniencia, o porque así lo había pedido.

“Me han arruinado el matrimonio, se me dañó, mis hijos viven con mis padres, he perdido mi trabajo. Básicamente me han acabado, estoy arruinado emocional y físicamente”

Cuando se les pregunto por los efectos personales, familiares y sociales de la prisión las respuestas fueron negativas pues consideran que son devastadores. En lo personal se sienten solos, tristes, frustrados, arrepentidos, desesperados y hasta deprimidos. En lo familiar no deja de ser peor ya que al estar separados de la familia dejan de responder económicamente por esta y dejan su papel de cabeza de familia (como lo son la mayoría); esto no sólo los preocupa por la impotencia de no poder hacer nada sino que también genera conflictos familiares como separaciones conyugales, crisis

---

8. A pesar de que la Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia dice la importancia de los derechos fundamentales la realidad es otra: Sentencia T-596 de 1992 M. P.: CIRO ANGARITA BARON “La cárcel no es un sitio ajeno al derecho. Las personas recluidas en un establecimiento penitenciario no han sido eliminadas de la sociedad. La relación especial de sometimiento que mantienen con el Estado no les quita su calidad de sujetos activos de derechos. En vista de su comportamiento antisocial anterior, el prisionero tiene algunos derechos suspendidos, otros limitados, como el derecho a la comunicación y a la intimidad; pero goza de otros derechos de manera plena como el derecho a la vida, a la integridad física y a la salud”.

económicas entre otros. También les afecta el no poder compartir con sus seres queridos las fechas importantes y más aún no poder asistir a los entierros de alguno de estos, a quienes, la mayoría de las veces, no pudieron ver antes de morir. En lo social temen al rechazo que genera el haber estado en la cárcel y la imposibilidad de conseguir un nuevo empleo. También las familias de estos se ven rechazadas y marcadas por que uno de sus miembros este preso.

### III. EL DERECHO PENAL ES LA REACCIÓN NORMAL

Para demostrar que el derecho penal no es lo normal hemos implementado las encuestas de victimología de delitos “tradicionales”<sup>9</sup>. Se preguntó sobre la victimización (hurtos, corrupción etc.), sobre la percepción de los hechos, sobre el denuncia o no de hechos etc. Encontramos que hay relatividad en los conflictos y en las maneras de resolverlos, o sea no existe un modelo de reacción.

1. No hay credibilidad en el sistema penal
2. Victimización secundaria o terciaria
3. Grado de conocimiento entre víctima y victimario

Para entender la cifra oscura de la criminalidad (*dark figure*) no solo desde la perspectiva teórica de hechos que no se denuncian fue importante participar con investigadores y encuestados las percepciones diferentes de las personas frente a diferentes victimizaciones. Constatamos que no siempre lo que se clasifica como delito no siempre es percibido por la persona involucrada como delito. La gravedad o no de los hechos depende también de las interpretaciones y lógicamente de los diferentes contextos culturales.

El derecho penal no trata todos los conflictos y además también es selectivo. Y cuando los trata no desata el nudo gordiano del conflicto y nos deja en una estado anómico.

Sabemos que es diferente la reacción frente a los delitos tradicionales (proactiva o con denuncia) y los delitos relacionados con las drogas es reactivo (de oficio) pues no hay personas que se perciben como víctimas.

Sin embargo en este ámbito el derecho penal también es excepcional. La investigación empírica también nos aclara las reacciones de la gente y de las instituciones. Confirmando entonces que la dinámica penal frente a los delitos creados por las políticas de drogas llegan a ser conocidos excepcionalmente por las instituciones: se reacciona de oficio o in flagrancia. Se confirma lo anterior y reconociendo que hay una gran cifra oscura de la criminalidad, con lo que la FGN<sup>10</sup> dice “que dentro de los delitos de

9. UNITED NATIONS INTERREGIONAL CRIME AND JUSTICE. RESEARCH INSTITUTE (UNICRI) 2000.

10. Fiscalía General de la Nación de Colombia.

mayor ocurrencia según la FGN el tráfico, la fabricación o porte de estupefacientes (narcotráfico) este representado en un 4%, o sea en un onceavo puesto de la delincuencia en Colombia”.

Según la coordinadora de la Unidad de lavado de activos y extinción de derecho de dominio, MIREYA GALÁN, FGN, “no hay duda que por la complejidad de las investigaciones, la carga probatoria y las técnicas de investigación, las tareas de combatir las finanzas de la delincuencia organizada, grupos terroristas y subversivos, es aun difícil”.

“En realidad yo no lo veía como un delito porque al ser humano y más al civilizado le gusta tener algún vicio... entonces pienso que no estoy haciendo daño por traficar con droga”.

Dentro de la encuesta se les preguntó porque consideraban que cometer cualquiera de estas conductas era un delito. La mayoría cree que lo es porque la droga perjudicaba a las personas, de manera que confundían el consumo de droga con la fabricación, tráfico y distribución de la misma. Sin embargo otros creen que son otras las razones que llevan a penalizar estos comportamientos puesto que no se trata de proteger la salud pública ya que existen muchos productos que pueden generar mayor daño pero no están prohibidos, como el cigarrillo y el alcohol. Sin embargo hay quienes creen que la razón de su penalización es el resquebrajamiento de las economías de algunas potencias. Otro grupo pequeño no lo consideran un delito pues al producir, traficar o distribuir droga no se le esta causando daño a nadie sino que al contrario es una forma de hacer dinero como cualquier otra y que además brinda las oportunidades laborales que no existen dentro del país. Sin embargo entienden que es malo por el reproche social y moral que genera. Para justificar esto afirman que mientras haya consumidores habrá producción. Finalmente una persona procesada por Lavado de Activos dijo que esta conducta consiste en la oficialización de dinero por lo cual no lo considera como un delito, además porque cree que algún día será legalizada.

#### **IV. LA PRISIÓN SANCIONA AL INFRACTOR Y ATACA EL “DELITO”**

“No existe relación directa entre el número de delitos cometidos y el número de encarcelamientos o el número de presos cada 100.000 habitantes en ningún punto en el tiempo particular”, HANS HENRIK BRYDENSHOLT.

La Misión Internacional de la ONU dice: Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos.

Las autoridades colombianas, especialmente del Ministerio de Justicia y del Derecho y el INPEC, aparentemente, han preferido privilegiar medidas paliativas, ineficaces y

onerosas, tales como la construcción de cárceles de alta seguridad y la promoción de la denominada; nueva cultura penitenciaria.

El incremento de respuestas punitivas frente a diversos problemas sociales y políticos que no se encararan debidamente en dichos planos (social, económico, político), ha dado lugar a la sobrecriminalización de conductas, la calificación y persecución de contravenciones como delitos, el incremento de los mínimos de penas para los delitos y por ende el aumento de delitos inexcusables, y el agravamiento de penas en general.

En las cárceles y penitenciarías se encuentran las personas pertenecientes a los grupos más vulnerables socialmente, constituyen una población homogénea y de ciertos grupos sociales.

Caso aparte merecen algunos de los reclusos en condiciones especiales y que no están comprendidos en el artículo 29 de la Ley 65, y quienes por disponer de recursos económicos, no sufren las condiciones inhumanas y degradantes que tienen que soportar los demás internos al carecer estos de recursos económicos.

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 familiar 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 mas bien a confirmar el lugar común acerca de que las cárceles son escuelas del crimen, generadoras de ocio, violencia y corrupción”.

El Hacinamiento impide realizar el proyecto de Resocialización<sup>11</sup>. Ni es protectora (entre octubre de 1999 y septiembre de 2000 se produjeron 243 muertes violentas y 462 personas sufrieron heridas dentro de los centros carcelarios y penitenciarios); ni tampoco es preventiva dado que la población presa creció de 1992 a 1999 en 23.577 personas presas; ni tampoco resocializadora ya que contempla altos índices de reincidencia y altos niveles de violencia carcelaria, drogadicción y proliferación de bandas al interior de la cárcel, propiciando y favoreciendo la corrupción y victimización de la población reclusa.

Evolución de la población carcelaria y gastos en una porción importante de los recursos adicionales se orientaron a construir cárceles de máxima seguridad cuyo costo fue muy alto y su razón de ser era diferente a la de aportar solución al hacinamiento.

---

11. Según datos proporcionados por el INPEC al 30 de septiembre de 2001, de una población total de 50.755 los sindicados son 21.433 y los sentenciados 29.322. Datos que no son reales pues habría que añadir los que se encuentran en las detenciones y retenciones de la policía y en las cárceles municipales del país. Estos datos demuestran el alto grado de prisionalización y más sin respetar el principio de inocencia.

En la sentencia T 153/98 Corte Constitucional de Colombia declara: “las inspecciones le permitieron a la comisión judicial llegar a la conclusión de que las condiciones de reclusión en las dos cárceles citadas son absolutamente inhumanas, indignas de una persona humana, cualquiera sea su condición personal. Las condiciones de albergue de los internos son motivo de vergüenza para un estado que proclama su respeto por los derechos de las personas y su compromiso por los marginados”.

Por los fines de la pena se cae el mito. Lógicamente habría que estudiar no solo los fines declarados sino más bien los no declarados. Cuando uno entrevista a un “narcotraficante” o a las “mulas” vemos que el problema no es de cambio de comportamiento sino social y de políticas. Entiendo social no solo como el problema económico sino también la cultura y la educación.

Observamos que todos los días hay retenciones por tráfico de drogas<sup>12</sup> en aeropuertos, y otras partes, y el efecto disuasivo de la prisión no tiene nada que ver con los hechos desencadenantes del tráfico.

“Pues intimidada, pero más lo intimida a uno tener hambre”.

Cuando se les pregunto por la posible influencia que tendría su prisionalización en la Organización del Narcotráfico fue unánime la respuesta tendiente a afirmar que este grupo de personas organizadas para tales fines en nada se ve afectada porque unos cuantos trabajadores suyos sean detenidos, principalmente porque es cada vez mayor el número de personas que debe acudir a estas para conseguir dinero que de otra forma no pueden adquirir, es decir, no son indispensables sino que por el contrario son fácilmente reemplazables. Otra razón fue indicar que estos grupos son muy poderosos por lo que difícilmente se pueden ver perjudicados.

Sin embargo unos pocos creen que les afecta pues se disminuye el número de personas a su servicio, porque pierden dinero al incautárseles su producto o porque pueden correr el riesgo de ser delatadas.

En cuanto a los efectos disuasivos de la prisión son dos las opiniones generales; la principal es que esta pena no cumple con las funciones que le han sido delegadas sino que, por el contrario, las personas que van a la cárcel salen mucho más preparadas para cometer delitos que cuando ingresaron y también porque la cárcel no evita que otras personas dejen de cometer los mismos delitos. La otra opinión es que la prisión si cumple con la prevención especial pues estas personas lo último que quisieran sería volver a estar privadas de su libertad.

---

12. Esta es una cifra de la cifra detectada por las autoridades y no la cifra oscura de la criminalidad que es incierta pero que existe en una gran proporción. La población interna por tráfico de estupefacientes y otras infracciones según el INPEC con corte del 31 de mayo 2002 es: Hombres sindicados 2946 y condenados 2782. Y mujeres sindicadas son: 635 y condenadas 705. Para un total de 7.068.

## V. EL DERECHO PENAL ACTÚA DE ACUERDO CON EL PRINCIPIO DE DIVERSIDAD

“A Colombia ha llegado, por imposiciones del gobierno de Estados Unidos, el cuento del ‘crimen organizado’, como si se tratara de un fenómeno permanente y no coyuntural de los Estados de régimen de economía de lucro, afectados por problemas de criminalidad a causa de producción, tráfico o consumo de drogas tóxicas prohibidas, contrabando de mercancías y de armas, etc.”. EUGENIO RAÚL ZAFFARONI. *El crimen organizado: una categoría frustrada*.

La globalización esta desconociendo la cultura y la educación de cada región. Por ejemplo los EUA implementan sus procesos penales, la justicia y su concepto de seguridad nacional de acuerdo a su cultura.

El problema se presenta cuando las estrategias y moralidades son impuestas. De países centrales a países periféricos, con una política discriminatoria dependiendo de si es país consumidor o país productor. Es lo que podríamos llamar la división internacional de los ilegalismos conllevando un gran sometimiento a los países pobres.

Las políticas de drogas quieren seguir monopolizando la problemática de las drogas ilícitas desconociendo los aspectos sociales y regionales del consumo de drogas, Se evita tocar el tema de la descentralización, de la solidaridad evitando que los directamente comprometidos asuman el tratamiento de sus problemas.

Según ÁLVARO PIRES, de la Universidad de Ottawa, la política de drogas cada vez es mas severa y esta empujando a los países a adoptar unánimemente una postura. “La política criminal deja de ser una área exclusiva de los expertos, los medios masivos de comunicación comienzan a interferir y la población hace sentir mas sus exigencias sobre los políticos. Las viejas divisiones desaparecen y dejan lugar a las nuevas, esta vez entre la gente común y aquellos vistos como criminales”.

Siguiendo con el diagnostico en el campo penal y en el proceso de criminalización (poder de definición) los legisladores construyen normatividades de acuerdo a una supuesta opinión publica y de acuerdo a construcciones ficticias de los medios de comunicación.

Concretamente, la guerra contra las drogas preparo el terreno para una guerra contra las personas consideradas inútiles y potencialmente peligrosas de la población, los que Spitzer llama basura social, pero que en realidad son considerados más peligrosos que la basura.

## RESULTADOS

– *Estado no garante*. Teniendo en cuenta nuestra historia, la diversidad cultural, no se explica la homogeneidad de las reacciones y de la lógica del sistema sistema represivo. La investigación empírica nos mostró lo que vive una de las partes del conflicto y nos muestra un Estado no garantista, sin desconocer que faltan más fuentes para confrontarlos.

Es necesario tener claro que hay derechos fundamentales básicos (como la libertad individual) frente a los valores “absolutos”, como es el de la protección a la sociedad y a la salud pública.

– *Opinión pública “inexistente”*. Si empezamos a observar los diagnósticos sobre impunidad, desconfianza e incredulidad frente a todo el sistema penal nos deberíamos preguntar por qué la supuesta opinión pública considera que la reacción del sistema penal es la normal. Esto no es cierto, pues como lo constatamos empíricamente, el derecho penal es excepcional y el mensaje enviado a través de diferentes medios sobre el sistema penal es una supuesta normalidad.

– *Normatividad creadora de delitos*. Para entender esas “justificaciones” es necesario reconocer que el crecimiento carcelario es un problema normativo. Como dice CHRISTIE, es necesario ponerle límites al crecimiento de la industria carcelaria. Nos encontramos en una situación en la que resulta crucial discutir seriamente hasta dónde se puede permitir que se extienda el sistema de control formal. Las ideas, los valores, la ética ñy no el empuje industrialñ deben determinar los límites del control”.

Es necesario aceptar, y como ejemplo la política de drogas, que la ley penal crea efectos en contravía a la prohibición. Los problemas creados por la criminalización del comportamiento ponen en tela de juicio la misma ley criminal. La pregunta para el legislador, para el aplicador y para el ejecutor es la siguiente: ¿la prohibición de un comportamiento por una ley penal tiene riesgos en crear problemas sociales independientemente de la manera de aplicarla?

PIRES aclara que no se piensa con cuidado o seriamente sobre la forma de intervención jurídica o el estilo de intervención apropiada en derecho penal. La represión por medio de la prisión aparece como lo más natural. El derecho penal pierde el sentido de los límites, inclusive de todo ideal moral para poder ser mejorada.

## PROPUESTA

Sobre el ámbito penal debemos partir de los conocimientos preestablecidos e interrogarnos sobre su validez, eficacia y humanidad. La base fundamental y empírica de las políticas públicas (política criminal) es observarla y probarla ante procedimientos analíticos. En otras palabras, es inventarla y descubrirla. Y el mecanismo más impor-

tante es *interrogarnos* de la manera como ha sido construida, aplicada y cómo saber que no sabemos.

Los procesos de construcción de las realidades en donde participamos activamente los comprendemos mejor y los explicamos de una manera consciente. Tal como dice BERGER y LUCKMANN: “La sociología del conocimiento deberá tratar de captar los procesos por los cuales ello se realiza, de una manera tal que una realidad ya establecida se cristaliza para el hombre de la calle. En otras palabras, sostenemos que la sociología del conocimiento se ocupa del análisis de la construcción social de la realidad”<sup>13</sup>.

#### A. TRABAJAR LOS VALORES DEMOCRÁTICOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Es importante tener en cuenta otro marco de referencia (llámese penal o no), reflexionar sobre la ley penal (del pasado, presente y futuro) y sus justificaciones, para así orientar las decisiones jurídicas y políticas.

Tal como diría LOUK HULSMAN. “Es necesario trabajar con valores democráticos:

- a. Respeto por la diversidad y por la tolerancia
- b. Los profesionales y las autoridades deben servir al cliente concretos en su diversidad
- c. El menú no es la comida y el mapa no es el territorio. Un suceso o una situación que es el objeto de una decisión esta siempre reconstruido. Solo las reconstrucciones que s hagan respetando los valores a) y b) son validas. Esta validez debe ser siempre examinada”.

#### B. EVALUAR LOS RIESGOS DE LAS DECISIONES

Así, podríamos decir que las infracciones no siempre están igualmente fundamentadas y dependen de la época. Pero como diría ÁLVARO PIRES<sup>14</sup>, por experiencia histórica y contemporánea, que las infracciones creadas por el legislador son siempre “bien justificadas”. O con una apariencia lógica de comportamientos que no son justificados ni son justos.

Es por esa razón que se necesita evaluar los riesgos de nuestras decisiones. Así, LUHMANN<sup>15</sup> decía: “El problema es que toda decisión puede llevar a consecuencias no queridas; ellas son siempre arriesgadas. Debemos decidir en función del tipo, de

13. BERGER PETER & LUCKMANN THOMAS. La construcción social de la realidad. Amorrutu. Buenos Aires, 1979, p. 15.

14. PIRES ALVARO. Deux grands types de crimes: les hill cites standard et les hill cites a double face. Canada. Sin publicar. 2002.

15. LUHMANN, N. “La descripción del futuro” DANS N. LUHMANN, Observaciones de la modernidad, racionalidad y contingencia en la sociedad moderna, Barcelona, Paidós, pp. 121 a 138.

la amplitud de la probabilidad de los daños que vamos a aceptar como riesgo o como peligro. Pues exponerse a un peligro es un riesgo” (1992, p. 134).

### C. OBSERVAR CON PERSPECTIVA DIFERENTE A LA ESTÁNDAR

Es así que hay que observar (aspectos y diferencias) la realidad con otra perspectiva, no con la standard. Es necesario aceptar que en el mundo no todo está clasificado sino que hay zonas grises, pues son importantes para un nuevo sistema de políticas públicas en el ámbito jurídico. Aceptar que hay distinciones en el mundo y de estas diferencias hace que existan nuevas políticas públicas en el ámbito jurídico.

### D. INTERROGARNOS SOBRE LA REALIDAD CREADA POR EL SISTEMA PENAL Y LA REALIDAD SOCIAL

Para finalizar la idea es reivindicar lo diverso y la identidad de cada hecho de acuerdo a las personas involucradas en los conflictos y no a una tercera persona extraña al conflicto. Es importante conocer seriamente los fenómenos para así concebir otra forma de intervención jurídica (que procure bienes positivos y no negativos) y pensar en otras opciones, primando siempre los derechos fundamentales nacionales (dejando al lado conocimientos religiosos, políticos, etc). La clave es la investigación empírica que nos confronta con la normatividad y la veracidad de la legislación. Nos invita a examinar la criminalización primaria y las decisiones de las Cortes.

Tenemos la tendencia a concebir y a tratar el problema global de las drogas como si todo fuera igual y no reconocer que existen situaciones internas muy diversas en esa problemática. Tal como lo reconoce Faugeron (2002) constatamos una gran cantidad de estereotipos sobre la naturaleza de los individuos que consumen drogas, sobre las relaciones entre criminalidad y la droga etc.

Crear en las utopías<sup>17</sup> que seguramente en un momento va a ser realidad. En un artículo del criminólogo SEBASTIAN SCHEERER nos recuerda que “nunca hubo una gran transformación social en la historia de la humanidad que no se haya considerado como ilusoria, idiota o utópica por una gran mayoría de los expertos pocos años antes de convertirse en realidad (Scheerer, 1986:7) respeta a los derechos fundamentales<sup>18</sup>.

16. Insiste NILS CRISTIE: “Los conflictos son propios. Son la gasolina para la vida en sociedad. Deben ser resueltos por las partes implicadas en ellos”.

17. Hablo de utopías no en un sentido de ideas para imponer a otros sino más bien en las que se piensan que no pueden cambiar o desaparecer. La investigación empírica debe trabajar con el fin de abandonar las falsas utopías (mitos).

18. THOMAS MATHIESEN. *Hacia el siglo XXI: la abolición de la prisión, ¿un sueño imposible?* Presentación en la VIII Conferencia Internacional sobre Abolición Penal, 18 a 21 de febrero de 1997.