

La deconstrucción de la subjetividad desde el estado: una mirada a los derechos en el sistema carcelario colombiano

Jesús José Fuentes Orozco*

*"Denuncio más que repruebo la administración penitenciaria actual:
se le pide que "reinserte" un detenido "desinsertándolo" con la prisión".
Michel Foucault.*

Resumen

A partir de ciertos elementos, la Filosofía y el Derecho definen las características esenciales de la subjetividad; aquella a partir de sus diversas construcciones, y la disciplina jurídica a través de la Constitución y los derechos allí reconocidos, proponen un modelo esencial de sujeto que aspiran construir. De otro lado, el castigo penal ha pasado de la afectación desmedida del cuerpo del condenado, a un modelo que recae tanto en su humanidad como en su espíritu, en función de la economía de la sanción. Aún cuando se acude al Derecho Penal, la subjetividad debe ser plenamente respetada por el Estado, teniendo en cuenta que la función de la pena es principalmente lograr la reinserción del sujeto al pacto social y su consecuencial readaptación a las estructuras económicas. Empero, el mismo Estado resulta ser el agente de la deconstrucción de la subjetividad que se propone realizar, cuando desconoce ciertas garantías esenciales de los reclusos, situación que se puede apreciar al estudiar el *estado de cosas inconstitucional* de las cárceles colombianas.

Palabras clave: Estado de cosas inconstitucional, Estado Social de Derecho, subjetividad, prisión, resocialización.

Abstract

From certain constant elements the Philosophy and the Right define the essential characteristics of the subjectivity; That, from their constructions, and legal discipline through the Constitution and the rights there recognized, project the essential model of subject that they try to build. On the other hand, the penal punishment has gone from the disproportionate involvement of the body of the condemned to a model in which both his humanity and his spirit are attacked in terms of the economy of the sanction; Even when using the Criminal Law subjectivity must be fully respected by the State, taking into account that the role of punishment is mainly to achieve the reinsertion of

* Abogado, Especialista en Derecho Administrativo y Magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia; estudiante regular de los Cursos Intensivos para Doctorado en Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires; Docente de la Universidad La Gran Colombia; Profesional Máster de Colpensiones. Contacto: jfuentesoro@unal.edu.co

the subject to the social pact and its consequent readaptation to economic structures. However, the State itself appears to be the agent of the deconstruction of the subjectivity that it proposes to carry out when it denies the effectiveness of certain essential guarantees to the inmates, a situation that can be seen when studying the unconstitutional state of the Colombian prisons. Hence, it is necessary to rethink the function of vigilance and punishment carried out by the Colombian Social State.

Keywords: Unconstitutional state of affairs, Social State of Law, subjectivity, prison, resocialization.

Índice de abreviaturas

Estado Social de Derecho	ESD	Sala Séptima de Revisión	SSR
Corte Constitucional	CC	Sala Octava de Revisión	SOR
Sentencia	STC	Consejo de Estado	CE
Sala Plena	SP	Sala de lo Contencioso	
Sala Primera de Revisión	SPR	Administrativo	SCA
Sala Tercera de Revisión	STR	Sección Tercera	ST
Sala Cuarta de Revisión	SCR		

1. A título introductorio: el propósito de realización de la subjetividad por parte del estado

Tanto la Filosofía como el Derecho, a partir de su actividad, han caracterizado la subjetividad de diversas maneras. Por ejemplo, tenemos que el Estado Social de Derecho (en adelante ESD), proyecta diversos tipos de sujeto a partir de los derechos allí reconocidos y del papel de sus instituciones, siendo su deber asegurar en todo escenario la efectividad de las garantías otorgadas a sus asociados (CC, SPR, STC T-406 del 5 de junio de 1992, p. 7), incluso cuando ejerce uno de sus poderes más radicales, como lo es el sancionatorio.

Considerando que la sanción no busca venganza sino la reinserción del sujeto en el modelo socioeconómico vigente, se le deben brindar medios y herramientas que así lo permitan: acceso a servicios elementales, educación, trabajo, y un ambiente propicio para dicho cometido. Empero, ese mismo ESD que reconoce un amplio catálogo de derechos, que teóricamente no debe negar ni siquiera bajo los estados de excepción, puede convertirse en agente desconocedor de los mismos, como ocurre por ejemplo con las dictaduras (Raffin, 2006) o, en un ámbito menos radical, al ejercer la función penitenciaria que le asiste.

En efecto, al revisar parte de la jurisprudencia, encontramos que la Corte Constitucional aborda con frecuencia la revisión de decisiones de tutela

relacionadas con el reclamo sobre derechos fundamentales en el marco del sistema penitenciario colombiano. Reclamos que van desde la debida prestación del servicio de guardia carcelaria, hasta la satisfacción del servicio de salud, agua potable, así como medidas de choque para evitar el desmedido hacinamiento, son objeto de recurrentes fallos de tutela.

Es así, como el presente artículo aborda el tema de la subjetividad en el sistema carcelario colombiano. Para desarrollarlo, plantearemos como pregunta problema si el ESD colombiano realiza o no efectivamente su papel de garante de la subjetividad de los prisioneros en los términos que le impone la Constitución de 1991, inquietud que surge por cuanto se aprecia una antinomia entre la realidad de los reclusos y el proyecto constitucional de subjetividad yacente en el ESD.

Como hipótesis a validar, tenemos que las autoridades estatales no contribuyen a la realización del modelo de sujeto que la Constitución pretende realizar, en tanto *la situación carcelaria actual niega la subjetividad que se desprende de los derechos reconocidos en la Carta Magna de 1991, negación confirmada con el estado de cosas inconstitucional declarado por la Corte Constitucional en materia penitenciaria.*

Para abordar el problema y respuesta planteados, acudiremos a una metodología analítica, tomando en consideración algunas de las construcciones de Michel Foucault y la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre el tema, para estudiar la subjetividad en su órbita filosófica y jurídica, y así validar la hipótesis propuesta.

Estudiaremos, entonces, (i) la subjetividad en el ESD, presentando una aproximación a este último concepto, junto con la construcción de la subjetividad a partir de la Filosofía y la Carta Política de 1991, para luego, en el marco del (ii) castigo y la vigilancia en la posmodernidad, abordar la necesidad del poder punitivo para el Estado, junto con la filosofía de la sanción y la vigilancia, de la mano con el *estado de cosas inconstitucional* en la materia.

2. Marco conceptual previo

Considerando que las mismas pueden permitir diversos entendimientos, para lograr una cabal comprensión de la presente disertación, antes de analizar a fondo la temática propuesta es menester esbozar un marco conceptual previo, con fines introductorios, para precisar algunos de sus conceptos clave, como lo son las nociones de deconstrucción y

subjetividad, lo cual haremos de la siguiente manera.

¿Qué entenderemos por deconstrucción?

Anaizar el concepto y alcance de deconstrucción constituye un objetivo que por sí solo justificaría una contribución completa, escapando al objeto y propósito de las presentes líneas. Empero, dada su relevancia para la exposición que nos ocupa, inicialmente aclararemos lo que habrá de entenderse por tal en nuestro estudio.

En principio, la filosofía nos presenta una elaboración con un alto grado de complejidad. Allí encontramos que la deconstrucción alude a un método de análisis textual, enfocado en la lucha contra el poder y las instancias de dominación, en el que la contradicción razonable se presenta como un motor del conocimiento humano (Krieger, 2004, p. 180), y que encuentra en Jacques Derrida uno de sus principales exponentes.

La deconstrucción se traduce, así, en un mecanismo de confrontación que busca desarticular o desarmar una estructura conceptual, identificando la retórica presente en la argumentación. Esto le imprime un carácter revolucionario que le permite

desplazar y reinventar estructuras institucionales y modelos sociales (Ayala, 2013, p. 83). Así, su esencia es el desmonte de ideas a partir de la identificación de la realidad subyacente en un texto, detectando “lo otro” en los discursos homogéneos (Krieger, 2004, p. 181).

Empero, apartándonos un poco de su preciso significado en el ámbito de la filosofía, pues no acudiremos a lecturas “de lo otro” ni a confrontaciones de diversos autores sobre un mismo punto, para el análisis que nos ocupa es necesario puntualizar que al hablar de deconstrucción haremos mención a situaciones o procesos con los que se minimiza, anula o deshace determinada cualidad, desarticulando con ello los elementos integradores de determinado concepto.

¿Qué queremos decir con subjetividad?

Para absolver en términos generales esta inquietud, es preciso recordar el origen de la preocupación filosófica por el sujeto, advirtiendo que si bien es cierto esta no fue una novedad en tanto anteriormente hubo debates, disertaciones y aportes sobre el particular, sí fue un asunto que desde el siglo XVII cobró un lugar central e inusitado en la filosofía, que a su vez proyectaría efectos en la vida política,

económica, cultural y jurídica de los hombres y de las sociedades.

En efecto, es menester recordar que en el siglo XVII la del sujeto fue una cuestión de importancia capital, generadora de hondas transformaciones paulatinas, hasta llegar en el siglo XIX al abandono del ideario medieval en el que la religión ocupaba el centro del mundo, y en virtud de las cuales el sujeto debería asimilar la nueva realidad presente en las ciudades, definida por el capital y el mercado (Raffin, 2006, p. 67). Es así como las nuevas condiciones del siglo referido trajeron consigo la necesidad de otorgarle un papel central al sujeto, facilitando las transformaciones propias de la nueva concepción económica y social que comenzaba a experimentar el mundo. Para ese papel, sería clave construir una subjetividad, entendiendo por tal un modelo de sujeto dotado de identidad propia a partir de una serie de características que determinan su esencia.

Así por ejemplo, Kant abordó la subjetividad proponiendo un modelo de sujeto en el que se fincarían más adelante las revoluciones burguesas. Planteó dos clases de subjetividad: la del *homo phaenomenon*, particularizado por su conciencia empírica y observancia de la ley causal, y el *homo noumenon* definido por su cognición pura y el obrar según las leyes morales y de la razón. El uso de esta última

habría de sumarse a la libertad como *conditio sine qua non* para que el sujeto se desarrolle a plenitud.

Este entorno, necesario para la consumación de la subjetividad kantiana, parte del deber del asociado de obedecer la ley para poder preservar el orden, apareciendo la conjunción de un elemento fijo con otro dinámico de la sociedad -el orden y el progreso-, en una relación de complementariedad. Es por ello que Raffin indica que en "(...) La metafísica de las costumbres Kant define el derecho como "el conjunto de las condiciones bajo las cuales la voluntad de cada uno puede conciliarse con la voluntad de los demás según una ley universal de libertad" (Raffin, 2006, pp. 73-82). Podemos apreciar cómo la subjetividad kantiana gira alrededor de la libertad, y desde allí habrán de definirse las características adicionales que permiten identificar al sujeto.

Habiendo quedando delimitada la noción de subjetividad para efectos de este artículo, dedicaremos algunas líneas preparatorias a la forma en que Michel Foucault aborda este concepto¹. La estructura de la subjetividad para este autor, siguiendo a Raffin

¹ En el apartado correspondiente a "La filosofía del castigo y la vigilancia" se desarrollará uno de los aspectos trascendentales en la subjetividad foucaultiana, como lo es el poder presente en el encierro panóptico.

(2006), responde a una triada compuesta por la subjetividad-cuerpo (saber-poder), la historia-genealogía, y el poder-microfísica (poder-saber). El sujeto moderno, según su concepción, es el producto del juego de fuerzas que termina en los llamados dispositivos de encierro, que como veremos se encargan de asegurar la normalización del sujeto, y está marcado por dos elementos cardinales: el poder y el saber (p. 101).

Las prácticas sociales generan nuevos dominios del saber, que a su turno componen novedosos objetos para ser pasibles de conocimiento, construyendo la línea desde la que se erige el poder. Este último no responde a la concepción política tradicional, propia de las funciones y prerrogativas del Estado, ni derivada de relaciones de subordinación, sino a situaciones de dominación presentes en cada espacio de la vida, en sus pequeños e incluso imperceptibles campos, es decir, los micropoderes (Raffin, 2006, p. 112).

El poder en Foucault estará concebido desde el primer nivel, el de la subjetividad-cuerpo, donde aparece el poder-saber, atado a una sociedad panóptica en la que la vigilancia es una constante y que se soporta en la disciplina y el control. Adicionalmente, en la concepción del poder también repercuten los componentes del tercer nivel referido, el del poder-microfísica,

que como advertimos implica la presencia de estructuras de dominación que permean incluso los pequeños espacios de la vida, tanto a nivel biológico como político (Raffin, 2006, p. 114). De tal suerte, la subjetividad en Foucault se construye a partir de un poder presente en todos los espacios de la vida, que va de la mano con los nuevos dominios del saber generador de nuevos objetos de conocimiento. Como bien concluye Raffin (2006):

Si se toma en consideración toda la obra foucaultiana, se trata, en todo caso, de recorrer los senderos secretos, subterráneos y a veces oscuros, por los cuales las experiencias fundamentales de la locura, el sufrimiento, la muerte, el crimen, el deseo y la individualidad se vincularon con el conocimiento y el poder y nos produjeron. Se trata, en definitiva, de problematizar quiénes somos, lo que hacemos y el mundo en que vivimos.

Pero debemos advertir que la subjetividad no necesariamente es una cuestión privativa de la filosofía; el Derecho también aporta elementos para definir al sujeto. Manteniendo como base conceptual las transformaciones acaecidas desde el siglo XVII, fue necesario superar diversos obstáculos en el camino de la consolidación del sujeto y del nuevo modelo social y económico, a lo cual la normatividad jurídica no fue ajena.

En efecto, avanzando en el tiempo encontramos que la Constitución colombiana de 1991 trató de hacer frente a problemas propios de nuestro Estado y nación, como el autoritarismo, la discriminación, la intolerancia y la participación política limitada. Entre las diversas formas en que se trató de superar esta problemática, se establecieron unos derechos fundamentales con fuerza jurídica propia, exigibles ante el poder judicial, así como de instrumentos céleres y efectivos para asegurar su realización (Jaramillo, 2016, p. 42-43). Esos derechos son el referente mismo de la subjetividad, pues no son cosa distinta a las características individuales, colectivas y del entorno desde las cuales se pretende y debe desarrollar al sujeto del Estado Social de Derecho.

Estos breves comentarios nos permiten afirmar que, para efectos del presente análisis, cuando hablamos de subjetividad se alude a construcciones, que pueden ser tanto filosóficas como jurídicas, que permiten determinar con precisión los elementos desde los que se fija la identidad del sujeto.

3. Conjunción conceptual: la deconstrucción de la subjetividad

En las líneas subsiguientes se detallará cómo el Derecho también intervino ante la necesidad de darle un signi-

ficado a la subjetividad; para ello, la Constitución Política colombiana de 1991 estableció un rico y extenso catálogo de derechos a partir de los cuales fija los derroteros desde los que habría de erigirse el sujeto que aspira consolidar en el modelo de ESD; el goce de estos derechos será un asunto esencial para asegurar la realización de la subjetividad jurídica.

Por su parte, la subjetividad filosófica foucaultiana también aparece en el asunto a analizar, teniendo en cuenta que el dispositivo de encierro que por excelencia se aplica con fines de normalización es la cárcel, que a su vez dio luz a nuevos dominios del saber como la criminología. Este dispositivo de encierro, en su estado actual, es un agente de anulación de la subjetividad que la disciplina jurídica busca alcanzar a partir de los derechos fijados en la Constitución Política, pues por situaciones como el hacinamiento y la ausencia de servicios elementales para los reclusos, impide el goce efectivo de sus derechos fundamentales esenciales, anulando con ello la dignidad que le asiste en su condición de sujeto en el marco del ESD.

Así, cuando aludimos a la deconstrucción de la subjetividad estamos haciendo alusión a un proceso en el que la dignidad, diversos derechos fundamentales y por consiguiente

su condición de sujeto, se ven anulados y/o minimizados por la situación derivada del estado de cosas inconstitucional que se vive en las cárceles colombianas.

La subjetividad en el Estado Social de Derecho colombiano

En el presente apartado, se hará una muy breve aproximación a la esencia del ESD, principalmente desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional colombiano, para luego avanzar al análisis concreto de la subjetividad de acuerdo con parte de la obra de Foucault y el contenido de la Ley Mayor colombiana de 1991.

Aproximación a la esencia del Estado Social de Derecho

Buscando comprender la real dimensión del ESD, partiremos del contraste de su filosofía con respecto a la del Estado Liberal. Los elementos básicos de este último modelo, yacen en la igualdad y libertad, principios rectores en un plano formal puesto que el Estado se limitaba a no intervenir en la esfera de las garantías reconocidas a favor de sus asociados.

Siguiendo a Valadés (2011), tenemos que el Estado de derecho surgió du-

rante el auge del liberalismo, a partir de lo expuesto por Kant y Von Humboldt, para quienes la acción estatal encontraba como límite la libertad reconocida al individuo (p. 19). Esto motivó la concepción de un sistema en el que el ejercicio del poder se encontraba sometido a un sistema jurídico normativo, a diferencia de los regímenes absolutistas, en los que no existía limitación legal alguna (Ruíz, 2015, p. 3). En otros términos, el Estado liberal tenía como referente la legalidad, a la cual se encontraba sometido (Ruíz, 2015, p. 10), marcando una gran diferencia con su estructura política antecesora.

El modelo de Estado liberal se estructuró a partir de cuatro características esenciales, sin las cuales resulta bastante complicado calificar determinada organización como un Estado de Derecho; estas características, a saber, son el imperio de la ley, la división de poderes, la legalidad en el ejercicio de la administración y la consagración de derechos y libertades fundamentales (Ruíz, 2015, p. 9). Sin embargo, es necesario considerar que estos últimos no fueron objeto de reconocimiento pleno, ya que por ejemplo, la participación política era monopolizada por la burguesía, único estamento beneficiado con la propiedad privada y el voto censitario (Ruíz, 2015, p. 5).

Este modelo político se convirtió en una fuente de desigualdades económicas, derivadas tanto de la estructura restrictiva de la actividad estatal, como de la fracción social beneficiada por su consagración. La situación fue afrontada por las constituciones de Querétaro y Weimar a través de un modelo en el que se pudieran equilibrar los intereses del movimiento obrero con los de la burguesía, equilibrio que sería regulado por instrumentos jurídicos. Entonces, para construir la justicia material, se hizo necesaria la aplicación del Derecho a la economía, mediante la “(...) limitación de la propiedad privada, la subordinación del régimen laboral al derecho, la intervención coercitiva del Estado en el proceso productivo y la transición de la actividad económica del ámbito del derecho privado al campo del interés público” (Valadés, 2011, p. 25).

Es por ello que la transformación de este modelo de estado en uno Social de Derecho, obligó a esta abstracción a enfilar sus esfuerzos en la construcción de la igualdad material de sus habitantes, fomentando la inclusión de toda la comunidad en el disfrute de los derechos y asegurando la protección de los más débiles, a partir de una más equitativa distribución de recursos escasos. Siguiendo esta premisa, la Corte Constitucional ha advertido que “De esta forma, el Estado Social

de Derecho busca realizar la justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional” (CC, SP, STC C-1064 del 10 de octubre de 2001a, p. 21).

De lo anterior, se desprende que la gran diferencia entre estos dos modelos, yace en el papel de las autoridades públicas, que pasa del de un mero espectador al de sujeto activo de la igualdad material. Sin embargo, es importante recalcar que las consideraciones anteriores no pueden llevar a confundir al ESD con un Estado asistencialista; las obligaciones materiales que recaen sobre aquel se enfocan en equiparar beneficios y cargas para los asociados, tal y como precisó nuestro Tribunal Constitucional al advertir que el Estado debe propender por la equidad en “(...) contenidos tanto de participación en la prosperidad general, de seguridad frente a los riesgos de la vida en sociedad, de equiparación de oportunidades como de compensación o distribución de cargas” (CC, SP, STC C-1064 del 10 de octubre de 2001b, p. 22).

La tarea que asumió el ESD no implica invadir todos los ámbitos de la vida subjetiva, pues su real pretensión es conciliar el respeto de la iniciativa privada con la obligación estatal de generar las condiciones idóneas

para que materialmente la sociedad llegue a un plano de inclusión y justicia. Desde el abandono de la igualdad formal que imperó en el Estado Liberal, una importante consecuencia del modelo jurídico político sobre el que se comenta, fue convertir en un imperativo para las autoridades públicas brindar ayuda y protección a grupos desfavorecidos, apreciación ratificada por la Corte Constitucional al precisar que el Estado debe “(...) combatir las penurias económicas o sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población, prestándoles asistencia y protección” (CC, SP, STC C-613 del 4 de septiembre de 2013, p. 17).

Lo expuesto nos permite afirmar que el ESD se edifica a partir de un catálogo de derechos de los asociados, cuyo horizonte se divisa en la realización de la igualdad material y de unos estándares de vida consecuenciales a la observancia de la equidad. La parte orgánica de la Norma Superior, cobra sentido únicamente si se analiza desde los principios y derechos introducidos en su parte dogmática (CC, SPR, STC T-406 del 5 de junio de 1992, p. 7); si se quiere comprender el modelo de sujeto que la Constitución aspira a consolidar, no es posible escindir la institucionalidad de las garantías reconocidas por el Estado.

4. La construcción de la subjetividad desde la filosofía y la carta de 1991

Vista de manera general la esencia del ESD, para absolver la inquietud que nos ocupa, es menester analizar con mayor detalle ahora algunos elementos de la subjetividad, tanto desde la Filosofía como a partir de la Constitución colombiana de 1991. La revisión conjunta de las implicaciones del ESD y el tipo de sujeto planteado por las disciplinas filosófica y jurídica, aporta elementos para establecer no solo si el encierro a los actores del delito respeta la razón de ser del ESD, sino la coherencia de la función normalizadora de esta práctica con los referentes mencionados. Por ello, se hará alusión *grosso modo* al sujeto resultante del planteamiento foucaultiano, así como de la construcción básica jurídica sobre el particular que surge de la Carta colombiana vigente.

Al entrar la posmodernidad, es indispensable hacer una aproximación muy general a la subjetividad en la obra de Foucault, que como anunciamos, se forma a partir de su vínculo con el cuerpo, por ser el producto de un juego de fuerzas que termina con los *dispositivos de encierro*, entre los que se encuentra la prisión. Su consecuencia inmediata ha sido la aparición de dominios del saber como

la criminología (Foucault, 2014, pp. 73-74), que dan origen a la ya mencionada relación sujeto-cuerpo, que junto con la lógica panóptica que permea los dispositivos de encierro y que podemos percibir en los hospitales, fábricas y escuelas, entre otros, implica que la moral pasa a ser un asunto objeto de monopolio del Estado, quien detenta un nuevo poder de decisión (Foucault, 2009, pp. 227-261).

La práctica del encierro tiene una función de normalización. La reclusión refleja una dualidad entre lo que es considerado normal y anormal, ya que uno de sus propósitos —entre los que encontramos por ejemplo el control sobre el cuerpo del sujeto— yace en lograr regularizar a aquel que se salió del cauce ortodoxo, verbigracia el enfermo, el loco o el delincuente (Foucault, 2009, pp. 207-215). La reclusión es, entonces, “La penalidad perfecta que atraviesa todos los puntos, y controla todos los instantes de las instituciones disciplinarias, compara, diferencia, jerarquiza, homogeniza, excluye. En una palabra, normaliza” (Foucault, 2009, p. 213).

Estamos entonces, ante una subjetividad que se define por los múltiples mecanismos de control y disciplina que sobre ella recaen, dentro de lo que el autor comentado llama *anatomía política*, noción desde la que se

explican mecanismos que adaptan el cuerpo y los comportamientos a lo que quiere el orden imperante, invadiendo pequeños espacios de la subjetividad a partir de la microfísica del poder (Foucault, 2009, pp- 160-161).

Ahora, y vista de manera general la razón de ser del ESD y una de las diversas construcciones filosóficas posmodernas sobre la subjetividad, tenemos que la teleología de aquel permite establecer el tipo de sujeto a cuya construcción aspira la Carta que hoy en día rige en Colombia. El complemento de las elaboraciones filosóficas con las jurídicas es necesario, pues las “(...) palabras y las ideas que podrían completar las respuestas a esta pregunta competen a la política, a una declaración política y a un acto político. Porque saber quiénes somos es, a fin de cuentas, saber lo que queremos ser” (Raffin, 2006, p. 295).

Importa resaltar que la Carta Política colombiana consagra entre sus artículos 11 y 82 derechos fundamentales, económicos, sociales y culturales, y derechos colectivos desde los que se construye la subjetividad, sin que exista un único tipo de sujeto constitucionalmente avalado, ya que el pluralismo reconocido en el artículo 1° Superior, así lo permite. Esta gama de subjetividades, tiene como constantes estructurales la libertad y la dignidad humana, atributos inescindibles de

la condición humana (CC, SP, STC C-459 del 11 de mayo de 2004, p. 13).

La libertad constituye un atributo natural del hombre, en virtud del que todo sujeto está facultado para determinar con plena autonomía lo referente a su proyecto de vida, soportando únicamente las restricciones impuestas en virtud de la ley; puede actuar de la manera que a bien tenga, siempre que ello no contravenga la normatividad jurídica (CC, SP, STC C-581 del 6 de junio de 2001, p. 13), pero deberá asumir aquellos impases derivados de la opción misma por la que haya optado en un escenario determinado.

El otro componente rector de la subjetividad analizada, yace en el respeto de la dignidad humana, atributo que a la luz de la jurisprudencia constitucional, permite y legitima al sujeto para reivindicar la potestad de establecer y desarrollar una existencia acorde con sus deseos y necesidades (CC, SP, STC C-373 del 15 de mayo de 2002, p. 23), dentro de unas condiciones materiales propicias para realizar su potencial, condiciones que deben ser aseguradas por las autoridades del ESD.

Sin embargo, la subjetividad yacente en la Carta de 1991 no se limita a una esfera individual; también hay que considerar los derechos colectivos que dan cuenta de la dimensión social del sujeto, de la comunidad en la que

puede y debe alcanzar la plenitud de su desarrollo (CC, SP, STC C-377 del 14 de mayo de 2002, p. 8). Concebir al sujeto no solamente desde la individualidad sino desde un ámbito social, lleva a que la solidaridad se erija como otro componente de la subjetividad del ESD colombiano, al aportar el esfuerzo propio para llegar al bienestar colectivo y a la realización de los derechos de los demás asociados (CC, SCR, STC T-025 del 23 de enero de 2015, p. 23).

5. Castigo y vigilancia en la posmodernidad: el estado de cosas inconstitucional en las cárceles colombianas

En el apartado siguiente analizaremos el ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado desde su razón de ser y fundamentación teórica, para desembocar en un ejemplo real que permita establecer si el modelo de sujeto dividido por el ESD colombiano desaparece por la conducta misma de esa estructura político-jurídica: el *estado de cosas inconstitucional* en el que se encuentran las cárceles colombianas.

La necesidad del poder punitivo del Estado

Colombia, como cualquier Estado, necesita contar con una *extrema ratio*

que le permita intervenir y corregir aquellas situaciones que atenten gravemente contra bienes jurídicos de estirpe individual y colectiva. El Derecho Penal aparece como la herramienta concebida para el efecto.

Esta rama de la disciplina jurídica se fundamenta, entre otros, en el principio de necesidad, en virtud del cual aquellas sanciones que no sean proporcionales al bien jurídico relevante particular y socialmente que pretenden tutelar, serán inconstitucionales, tal y como ratificó la Corte Constitucional al señalar que “El derecho penal en un Estado social de derecho está también limitado por el principio de necesidad, pues tiene el carácter de última ratio, por lo que, resultan inconstitucionales aquellas penalizaciones que sean innecesarias”. (CC, SP, STC C-226 del 2 de abril de 2002, p. 21).

Ahora bien, la sanción consecuencial a la afectación de ciertos bienes y derechos por la trasgresión de la ley penal, puede ser analizada desde su propósito resocializador, de colosal interés para el presente estudio dado que constituye la brújula de la pena, siendo los principios humanistas los que guían el desarrollo del confinamiento al delincuente para alcanzar su posterior reinclusión al pacto social que ha transgredido.

La pena busca la resocialización de quien delinque, observando siempre la autonomía y dignidad como atributos inherentes al sujeto reconocido por la Constitución de 1991. Es consecuencial al ESD que quien incurre en una conducta tipificada como delito, no sea excluido definitivamente del pacto social; en lugar de ello, se adoptan una serie de medidas que se enfocan en lograr la reinserción del sujeto activo del delito al mismo. Sobre el particular, la Corte Constitucional estableció que:

Por ello, es lógico que los instrumentos internacionales de derechos humanos establezcan esa función resocializadora del tratamiento penitenciario. Así, de manera expresa, el artículo 10 numeral 3º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, aprobado por Colombia por la Ley 74 de 1968, consagra que ‘el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. (CC, SP, STC C-261 del 13 de junio de 1996, p. 17).

De esta manera, desde la disciplina, trabajo y educación, se pretende obtener la reforma y readaptación social de los reclusos. En este punto, resultan determinantes el control y manejo de los tiempos, para lo que se establecen ritmos, se generan

ocupaciones y ciclos de repetición de determinados actos, enfocados en la reincorporación del individuo al modelo de producción (Foucault, 2009, pp.173-197). Así, teóricamente, se pretende brindar unas condiciones de vida admisibles en las que el sujeto logre desarrollar la autodeterminación de su ser y de su proyecto de vida individual y luego, desde allí, volver a aportar al interés general.

Estas breves consideraciones nos permiten inferir, que aún ante la máxima expresión de la intervención estatal en la vida de sus asociados –cuando apela a la *extrema ratio* constituida por el Derecho Penal–, no es posible dejar de lado algunos de los atributos del sujeto concebido por el ESD: su dignidad y autonomía. En otras palabras, a pesar de tratarse de la necesidad última, el ejercicio del poder sancionatorio del Estado no puede desconocer la subjetividad del condenado sino que por el contrario debe respetarla para procurar su efectivo retorno al pacto social contenido en la Carta Magna de 1991.

hasta culminar con la prevalencia de los *dispositivos de encierro* sobre el *castigo corporal* que imperó hasta el siglo XVIII aproximadamente. Para ello, seguiremos los planteamientos que sobre el punto presenta Foucault (2009a), quien inicia su análisis con el paralelo entre el castigo sufrido por Damiens, consistente en un horrible suplicio acaecido el 2 de marzo de 1757 por el parricidio en que incurrió, y el reglamento de la Correccional de París, marcada por un rígido horario y aprovechamiento del tiempo durante la privación de la libertad, en actividades que podían estimarse como productivas (pp. 11-19, 142).

Enfocados en el primer tipo de pena, el suplicio fue un componente esencial del castigo hasta el siglo XVIII. Éste tenía una naturaleza compleja, pues involucraba elementos de un ritual político en el que se sancionaba la violación de la ley –delito–, y el atentado contra la figura misma del soberano a través del hecho punible. Constituía una manifestación del derecho de aquel de hacer la guerra a sus enemigos, para luego ejercer sobre estos el poder de vida o muerte, mediante el perdón o la venganza personal y pública. Se buscaba, entonces, reconstruir la soberanía ultrajada por el delito y así mismo demostrar la fuerza del monarca, concretada en el desequilibrio de la relación de poder entre este y el súbdito trasgresor de

6. La filosofía del castigo y la vigilancia

Continuando con la línea expositiva que nos ocupa, es menester referirnos de manera general a la forma en la que el castigo penal ha evolucionado,

la ley (Foucault, 2009, p. 59). Claramente el objeto de la manifestación de poder del rey era el cuerpo del súbdito delincuente (Foucault, 2009, p. 61).

Foucault (2009b) afirma que el suplicio presentó las siguientes características: i) exponía al culpable al obligarlo a ser pregonero de su propia condena, por medios como carteles y declaraciones en la plaza pública; ii) constituía una forma de prosecución con la confesión ya que el condenado, en el momento que no tiene nada que perder, expone al soberano y al público la verdad para esclarecer el delito; iii) el crimen se relacionaba directamente con el suplicio a través de, por ejemplo, su ejecución en el mismo lugar donde se llevó a cabo el delito, y finalmente, iv) constituía un momento de prueba última que enlaza el juicio terrenal con el divino; la pena corporal sufrida podía considerarse un atenuante de la que Dios impondrá en su momento al condenado (pp. 53-57).

¿Por qué cambió la orientación de la filosofía del castigo hasta llegar a lo que conocemos hoy? Cambió a partir de la aparición de la economía burguesa, en la que el cuerpo del condenado cobró la utilidad y valor mercantil que no tenía mientras la pena del suplicio imperaba.

El autor en comento indica que la mezcla de debilidades y excesos fueron, en

conjunto, detonantes de la necesidad de repensar el suplicio como tipo de castigo. Sin embargo, estos aspectos resultaban menores frente a la palmaria necesidad de estructurar una nueva economía de la sanción, por lo que Foucault (2009c) afirmó que “El verdadero objetivo de la reforma, (...) es menos fundar un nuevo derecho de castigar a partir de principios más equitativos que establecer una nueva “economía” del poder de castigar (...)” (p. 93). Sin embargo, la nueva dirección del castigo penal no solo obedeció a la nueva economía de la sanción; otras debilidades de la sanción corporal concurren para asegurar su desuso, tal y como lo explica el autor comentado, enumerando como debilidades:

(...) los privilegios de la justicia, su arbitrariedad, su arrogancia arcaica, sus derechos sin control, los criticados, sino más bien la mezcla de sus debilidades y sus excesos, de sus exageraciones y sus lagunas y, principalmente, el principio mismo de esta mezcla, el sobrepoder monárquico (Foucault, 2009, p. 93).

De este modo, y en síntesis, la principal razón por la cual se abandonó el suplicio para abrir paso a penas que no se enfocaran únicamente en el cuerpo del condenado fue la necesidad de aplicar la nueva economía de poder y dejar atrás castigos

fundados en arbitrariedades regias. De allí que:

En el antiguo sistema, el cuerpo de los condenados pasaba a ser una cosa del rey sobre la cual el soberano imprimía su marca y dejaba caer los efectos de su poder. Ahora, habrá de ser un bien social, objeto de una apropiación colectiva y útil (Foucault, 2009, p. 127).

Si esta era la razón esencial para tan radical cambio, la prisión se presentaba como la pena idónea frente a la necesidad de generar utilidad individual y colectiva. La autoridad resultaba encargada de transformar el objeto del castigo, enfocándolo no solo en el cuerpo sino también en el alma; en otros términos, la prisión adoptó entonces la función de modificar los espíritus (Foucault, 2009, p. 147). Para lograr este propósito era necesario implantar un control efectivo, una observación permanente que derive en la variación de comportamientos negativos arraigados en el sujeto, en la eliminación de hábitos antiguos (Foucault, 2009, pp. 147-148), fenómeno que visto de manera general traería como consecuencia adicional el ya comentado nacimiento de nuevos saberes, como la criminología. Continuando con Foucault (2009d), sobre el punto tenemos que:

Pero lo más importante, sin duda, es que este control y esta transformación

del comportamiento van acompañados —a la vez condición y consecuencia— de la formación de un saber respecto de los individuos. Al mismo tiempo que el propio condenado, la administración de Walnut Street recibe un informe sobre su delito, sobre las circunstancias en que fue cometido, un resumen del interrogatorio del inculcado, notas sobre la manera en que se comportó antes y después de la sentencia. Otros tantos elementos indispensables si se quiere “determinar cuáles serán los cuidados necesarios para destruir sus antiguos hábitos. Y durante todo el tiempo del encarcamiento será observado, se consignará su conducta cotidianamente y los inspectores —doce notables de la ciudad designados en 1795— que, de dos en dos, visitan la prisión cada semana, deben informarse de lo que ha ocurrido, enterarse de la conducta de cada preso y designar aquellos cuyo perdón se ha de solicitar. (...) La prisión se convierte en una especie de observatorio permanente que permite distribuir las variedades del vicio o de la flaqueza (pp. 147-148).

7. *El estado de cosas inconstitucional en el sistema carcelario colombiano*

Comprendido el fundamento del nuevo rumbo del castigo penal, anali-

zaremos en el presente apartado la realidad penitenciaria colombiana, para determinar el impacto de esta en el modelo de sujeto pretendido por la Norma Superior de 1991.

Las relaciones de especial sujeción: ¿meras prerrogativas del Estado?

Previamente, tenemos que la jurisprudencia constitucional ha reconocido la existencia de una *relación de especial sujeción* entre el sujeto privado de la libertad y el Estado, marcada por la presencia de un régimen jurídico particular. Para la Corte Constitucional colombiana, las cinco características de dicha relación son i) la subordinación del recluso frente al Estado; ii) la obligación del recluso de acatar los controles disciplinarios y administrativos impuestos por el Estado, así como de soportar la limitación de algunos de sus derechos fundamentales; iii) la autorización normativa a los organismos penitenciarios para hacer efectivas las limitaciones indicadas en el ordinal anterior; iv) el enfoque de la potestad disciplinaria y de la limitación de derechos en la resocialización del sujeto, así como en la salvaguarda de la salubridad y seguridad, y v) la aparición de deberes positivos para el Estado, como asegurar condiciones materiales mínimas de existencia para los reclusos,

enfocadas en la debida prestación de servicios públicos, habitación etc. (CC, SSR, STC T-572 del 27 de mayo de 2005).

De esta manera, cuando el Estado ejerce su *imperium* y dispone la privación de la libertad de un sujeto que vulneró o pudo trasgredir la normatividad penal, nace una *relación de especial sujeción* en donde la administración penitenciaria adquiere poderes para restringir algunos derechos fundamentales de los reclusos, siempre apuntando a su resocialización. Todas las acciones tanto restrictivas como positivas que debe asumir el Estado se orientan a la consecución de este propósito.

Es así, como mal podría afirmarse, que estamos ante una mera prerrogativa del Estado, pues si bien es cierto se le otorga la potestad de limitar o suspender el ejercicio de ciertos derechos, no lo es menos que corolario a ello las autoridades públicas adquieren una serie de deberes positivos a observar mientras subsista la reclusión. La Constitución Política, al consagrar un catálogo de derechos fundamentales, fija una serie de parámetros objetivos de conducta para las autoridades públicas, tanto por acción como abstención, pues como lo señala Ferreyra (2015a):

Hay constituciones que, en tanto fundamento de validez de los sistemas

jurídicos, no se limitan a programar un conjunto de procedimientos dirigidos a posibilitar la planificación y despliegue de la coerción a cargo de los poderes constituidos, sino que además y aceptando que ellas no son fines sino medios, reputan que los derechos fundamentales en ellas insertados realizan una reglamentación que se considera el ámbito básico de la vida comunitaria en libertad, donde se les concibe no solo como derechos subjetivos, sino también como reglas objetivas del sistema y, como tales, formal y no materialmente, líneas de acción que deben asegurar un uso correcto de la fuerza estatal. (p. 56).

De tal suerte, los derechos fundamentales presentan una naturaleza dual, pues además de su natural condición de derechos subjetivos, también trazan una línea de comportamiento para las autoridades públicas, que debe observarse tanto por acción como por omisión para asegurar la materialización de lo positivizado en el Texto Constitucional. Este postulado de respeto de los mandatos constitucionales, como es claro, también tiene completa vigencia en el ámbito carcelario.

La noción de *estado de cosas inconstitucional*

La Corte Constitucional ha introducido en su jurisprudencia, el concepto

de *estado de cosas inconstitucional* para indicar que una situación determinada, que un preciso conjunto de hechos, genera violaciones masivas de derechos fundamentales individuales a colectividades identificables, siempre a partir de razones estructurales -institucionales o de política pública- que por involucrar el ejercicio de diversas competencias, impiden que la violación de los derechos en comento sea imputable a la acción u omisión de una sola autoridad. Sobre el concepto antedicho, la Corte Constitucional precisó que este es un mecanismo con el que se busca lograr un:

(...) remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general—en tanto que afectan a multitud de personas—, y cuyas causas sean de naturaleza estructural—es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades (CC, STR, STC T-153 del 28 de abril de 1998, p. 73).

El Tribunal Constitucional colombiano ha acudido a esta construcción para abordar, entre otras, las vulneraciones de derechos en el ámbito del sistema pensional, en el acceso al cargo de notario público, y para las personas que se encuentran en situación de

desplazamiento forzado², eventos en que como advertimos, es necesario que el Tribunal adopte las medidas para que, con el concurso de las entidades públicas competentes, se ponga fin a falencias estructurales que repercuten negativamente en la esfera de los derechos fundamentales de los grupos poblacionales involucrados.

El estado de cosas inconstitucional en las cárceles colombianas: las Sentencias T-153 de 1998 y T-388 de 2013

Ahora, adentrándonos en el caso específico del sistema penal y carcelario colombiano, donde es bien sabido que prevalecen las sanciones de multa y prisión, es menester traer a colación una reflexión otrora presentada por Foucault (1980-1988), para quien a pesar de poder acudir a otro tipo de castigo, la mayoría de los sistemas penales occidentales optaron por las sanciones citadas. Así se desprende del siguiente apartado:

Y entre todas las sanciones posibles con las que se puede castigar a un delincuente, nuestro sistema penal

solo retuvo muy pocas: la multa y la prisión. Podrían existir muchas otras que recurrieran a otras variables: servicio de utilidad colectiva, complemento al trabajo, privación de algunos derechos. La sanción misma podría ser modulada por sistemas de compromiso o de contratos que vincularían la voluntad del individuo de manera diferente al encierro (p. 30).

El desmedido uso de la pena de prisión, tanto en su modalidad preventiva³ como definitiva, fue una de las causas eficientes para que en el año de 1998 la Corte Constitucional, con la Sentencia T-153 advirtiera problemas estructurales en el sistema penitenciario colombiano, que se traducían en una vulneración sistemática de los derechos fundamentales que le asisten a la población privada de la libertad, partiendo del abandono

² Sobre el particular pueden consultarse, en el orden arriba anotado, las siguientes decisiones: CC, SSR, STC T-068 del 5 de marzo de 1998, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero; CC, SP, STC SU-913 del 11 de diciembre de 2009, M.P. Dr. Juan Carlos Henao Pérez, y CC, STR, STC T-025 del 22 de enero de 2004, M.P. Dr. Manuel José Cepeda.

³ Es importante aclarar que si bien el artículo 29 de la Constitución Política nacional consagra la presunción de inocencia, que solo se romperá con sentencia ejecutoriada del juez penal, el artículo 308 de la Ley 906 de 2004 establece la posibilidad de medidas de aseguramiento, entre las que se encuentra la detención preventiva. Esta procederá cuando se demuestre que el imputado representa un peligro para la sociedad, que puede interferir en el curso de la investigación, o que es probable que evadirá el proceso penal respectivo. Por ello, en un alto número de casos se ordena la reclusión en centro carcelario de personas que aún no han sido condenadas.

de dicho sistema por parte de las autoridades.

Entre otros problemas, en la providencia comentada la Corte constató el hacinamiento y la inexistente o deficiente prestación de servicios públicos, así como de condiciones de violencia y corrupción que atentaban contra la finalidad resocializadora a la que hicimos mención. La pluricitada Sentencia T-153 enseñó que:

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. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc. Pero el remedio de los males que azotan al sistema penitenciario no está únicamente en las manos del INPEC o del Ministerio de Justicia. Por eso, la Corte tiene que pasar a requerir a distintas ramas y órganos del Poder Público para que tomen las medidas adecuadas en di-

rección a la solución de este problema (CC, STR, STC T-153 del 28 de abril de 1998, p. 73).

Para entonces, el Tribunal dispuso, además de la declaratoria del *estado de cosas inconstitucional*, la notificación de la existencia del mismo a las autoridades competentes, junto con la elaboración de un plan de construcción y refacción carcelaria, debiendo efectuar las apropiaciones presupuestales de rigor, en un término máximo de 4 años. De igual manera, se ordenó al INPEC adoptar las medidas necesarias para solucionar la carencia de personal especializado en las prisiones (CC, STR, STC T-153 del 28 de abril de 1998, pp. 79-81).

Ya en el año 2013 la Corte nuevamente analizó la situación de los centros penitenciarios. En esta ocasión ya no se habló de abandono del sistema carcelario por parte de las autoridades sino de deficiencias en la política criminal —no solo en su fase de ejecución de la sanción sino en su etapa preventiva— y de la insuficiente intervención presupuestal y legislativa para regular la detención, que en su conjunto han dejado al sistema en una situación semejante a la de 1998. Por ello, el Tribunal encontró que esto ha traído como consecuencia una nueva violación masiva y generalizada de los derechos fundamentales de los

reclusos (CC, SPR, STC T-388 del 28 de junio de 2013).

Con esta nueva Sentencia, nuestro Tribunal Constitucional afirmó que el hacinamiento que actualmente afecta el sistema carcelario, encuentra uno de sus principales fundamentos en el excesivo recurso al encierro como castigo, desbordando así la capacidad para la cual están concebidos los centros de reclusión. Ya en la cotidianidad de la privación de la libertad, existen prácticas inconstitucionales como la extorsión, corrupción y violencia que imperan en las cárceles, sumadas a la ausencia de servicios tan elementales como el acceso al agua y a la salud, negando el derecho a la vida digna de los reclusos.

Es tal la situación que recientemente, el Ministro de Justicia advirtió la existencia de una crisis humanitaria en las cárceles colombianas, nacida del hacinamiento que en estas se vive, llegando al punto de asemejarlas a un campo de concentración:

El hacinamiento también es muy preocupante, es una vergüenza para la humanidad, no solamente para Colombia. Hay que activar mecanismos que conjuren esa situación de crisis humanitaria que hay en el sistema carcelario. Vemos que realmente las cárceles son casi tan dramáticas como un campo de concentración. Le

estamos apuntando a humanizar el derecho penal y el sistema carcelario, y a construir una política que permita que el individuo que ha delinquido pueda resocializarse.

Entonces, para hacer frente a esta múltiple problemática, la Corte Constitucional declaró nuevamente la existencia de un *estado de cosas inconstitucional* en los penales colombianos. Como primera medida, fijó la fórmula de *equilibrio decreciente*, a partir de la que solo ingresarán personas a los centros carcelarios cuando de allí salga un número igual o mayor de reclusos, o cuando el total de individuos del penal haya disminuido hasta encontrarse por debajo del esperado por las autoridades. De esta manera se puede ayudar a superar el hacinamiento y el escaso recibo de servicios mínimos al interior de los centros penales. Esta es la orden de mayor relevancia adoptada, pues obliga a las autoridades penitenciarias a sostener un número de reclusos para evitar el aumento del hacinamiento.

Un ejemplo concreto del problema: la Sentencia T-815 de 2013

Ahora, en el presente apartado y a título ilustrativo de la magnitud del problema que motiva este análisis, se presentará una decisión de la Corte Constitucional en la que se abordaron

algunas de las dificultades que sufren los reclusos a partir del estado de cosas *inconstitucional* de las cárceles colombianas.

La solicitud de tutela partió de las condiciones indignas, antihigiénicas, e inadecuadas a las que son sometidos los reclusos para compartir con sus familias, más aún cuando se trata del espacio propio de la “visita íntima” a la que tienen derecho. Así por ejemplo, la Cárcel La Picota no dispone de una zona verde que facilite al recluso compartir con los hijos menores de edad, y menos aún de espacios adecuados para el contacto en pareja, por lo que se deprecó del Juez Constitucional el amparo de los derechos a la igualdad y a la familia de los reclusos.

Al momento de adentrarse en el estudio del caso, la Corte indicó que la situación advertida en 1998, consistente en un conjunto de dificultades estructurales que llevaron a que en el sistema penitenciario la Norma Superior fuera permanentemente trasgredida, subsistía. Por ello, nuevamente se hizo palmaria la necesidad de que el Juez de los derechos fundamentales tomara correctivos en sede de revisión de tutela, en aras de proteger los derechos de primer grado de los reclusos.

Así, el punto de partida de la Sentencia T-815 de 2013, fue la necesaria

distinción entre los derechos que le asisten a quienes han sido privados de la libertad; la Corte los catalogó como derechos suspendidos, restringidos e intocables, de la siguiente manera:

- Derechos intocables: entendiéndose por estos, aquellos ligados a la vida, dignidad y debido proceso que en todo momento definen al recluso.
- Derechos restringidos: como corolario de la relación de especial sujeción que existe entre el Estado y el recluso, surgen algunas limitaciones encauzadas a la resocialización del individuo; por ello, se limita la intimidad personal, los derechos de reunión y asociación, entre otros.
- Derechos suspendidos: la privación de la libertad implica, por su misma naturaleza, la suspensión de algunos derechos fundamentales, como la libertad de locomoción y el sufragio. (CC, SOR, STC T-815 del 12 de noviembre de 2013, p. 25).

Posteriormente, la Corte resaltó la incuestionable relevancia de la dignidad humana, constitutiva de un eje axial de nuestra Ley Mayor, tal y como se desprende del texto de su artículo 1°. Este permea todo el ordenamiento jurídico y permite que, en el caso bajo examen, los reclusos demanden de la autoridad carcelaria el respeto de

ciertos parámetros mínimos para su subsistencia. Es tal la relevancia de la dignidad humana para quienes se encuentran privados de la libertad, que la Corte Constitucional advirtió que es un deber primordial del Estado hacer efectivos los derechos que le asisten a aquellos, sin que sea posible:

(...) excusarse en la carencia de recursos, ya que el Estado termina siendo el principal responsable de proporcionar las condiciones básicas para la vida digna de una persona reclusa a su cargo en un establecimiento carcelario, máxime cuando i) la dignidad humana como derecho se conserva intocable y sin limitaciones de ningún orden o circunstancia y ii) las restricciones impuestas a las personas privadas de la libertad están limitadas a un estricto criterio de necesidad y proporcionalidad (CC, SOR, STC T-815 del 12 de noviembre de 2013, p. 23).

Al constatar el menoscabo de los derechos fundamentales de los reclusos, la Corte ordenó a los organismos y entidades accionados, adoptar las medidas presupuestales que correspondieran para que haya una adecuación estructural que permita la visita conyugal en condiciones dignas, así como la adopción de un Plan de choque que asegure el derecho a la visita de los reclusos, junto con un

aumento del personal médico que garantice su derecho a la salud.

Igualmente, la Corte ordenó a la Defensoría del Pueblo adelantar el seguimiento del caso para verificar el cumplimiento de estas órdenes, y exhortó al Ministro de Justicia y del Derecho, al Ministro de Hacienda y Crédito Público, al Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario y al Presidente del Congreso de la República para que actúen de tal manera que las nuevas cárceles cuenten con la estructura necesaria para asegurar los derechos fundamentales de los reclusos y de quienes los visiten.

Este es uno de los múltiples casos que ilustra el problema que venimos comentando, donde la carencia de servicios elementales y el menoscabo de la dignidad humana son las constantes estructurales que deben soportar los reclusos, en contravía de la subjetividad que predica el ESD.

8. Reincidencia y utilización excesiva del encierro: dos fuentes del problema

A partir de lo expuesto, también podemos identificar algunos elementos que nos llevan a considerar que por diversas razones, la función resocializadora de la pena está en entredicho.

Además del muy alto número de reclusos, que obedece al uso excesivo de la reclusión en establecimiento carcelario, la cifra de reincidencia, es decir, de retorno al penal de sujetos nuevamente pasivos de una medida restrictiva de la libertad, es bastante considerable, como lo demuestran las estadísticas disponibles sobre el particular.

Según el Informe Estadístico de mayo de 2017 del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC– (2017), la población reclusa en centros carcelarios asciende a 115.878 personas, de las cuales un total de 15.024 son reincidentes que regresan a las cárceles⁴. Para dimensionar el impacto de esta cifra en la situación de los penales nacionales, basta advertir que a mayo de la presente anualidad, el índice de sobrepoblación carcelaria era del 47.3%, es decir, de 37.188 reclusos; si se restara el número de reincidentes, la sobrepoblación pasaría al 28.2%, mostrando una disminución significativa del 19.1% (pp. 53-55).

alcanza el preocupante 13% del total de población reclusa. Adicionalmente, tiene un impacto muy grande en el hacinamiento, pues los reincidentes representan un 40% de la sobrepoblación que actualmente hay en las cárceles nacionales. Es entonces innegable la conexión entre las fallas de la pretendida resocialización del recluso con la reincidencia y el hacinamiento carcelario, problemas que constituyen algunas de las causas eficientes del ya mencionado *estado de cosas inconstitucional* que se vive en las cárceles colombianas.

Otro aspecto, no menos importante que los anteriores, que evidencia las dificultades inherentes al problema bajo examen, lo encontramos en las consecuencias lesivas para el Erario de las absoluciones por parte del juez penal, dado que es frecuente que el afectado con la medida restrictiva de la libertad, una vez recobre esta última, acuda ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa por vía del medio de control de reparación directa, a deprecar la indemnización de los perjuicios sufridos a título de privación injusta de la libertad.

Sobre el particular, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha señalado que a la luz del artículo 90 Superior y de lo preceptuado en el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, cuando se presente la absolución, incluso

Las cifras presentadas ponen en tela de juicio la resocialización como finalidad primordial de los centros carcelarios colombianos, pues el porcentaje de reincidencia criminal

⁴ Vale advertir que de acuerdo con el mismo informe, en algunos casos el reincidente es cobijado por medidas de prisión domiciliaria o vigilancia electrónica.

por aplicación del principio *in dubio pro reo*, no es necesario demostrar la existencia de falla alguna en el curso del proceso penal; basta con acreditar la absolución para que el daño antijurídico sufrido por el particular deba ser asumido por el Estado, sin perjuicio de una eventual absolución de la autoridad pública a partir de los eximientes de responsabilidad (CE, SCA, ST, Sent. del 2 de mayo de 2017, Exp. 38.775).

Es apenas evidente que la privación de la libertad tiene incidencia negativa directa en el buen nombre, en las relaciones familiares y con terceros, y en la integridad psicofísica de quien estuvo recluso, por mencionar algunos de los campos más notorios. De allí que las decisiones condenatorias contra el Estado que se basan en este título de imputación, implican la asunción de daño emergente, lucro cesante, perjuicios morales y todos aquellos que se acrediten en el proceso respectivo, comprometiendo el patrimonio público por el daño antijurídico sufrido por el otrora recluso, y haciendo a su vez un llamado indirecto a racionalizar el uso de la medida de aseguramiento a los casos en que ello sea realmente necesario.

Hacemos mención a las indemnizaciones asumidas por el Estado por la consumación de diversos perjuicios una vez el recluso es absuelto, en la

medida que esta es otra consecuencia de la afectación de la subjetividad en el sistema carcelario, tanto en su dimensión individual –perjuicios frente al buen nombre, a la salud, a la integridad psicológica, laboral, entre otros- y colectiva –relaciones con la familia, con terceras personas e identificación como parte de la sociedad-. Las indemnizaciones por este tipo de daño antijurídico no son otra cosa que la reparación por la afectación, en este caso indebida, de la subjetividad.

Negación del sujeto moderno por el Estado Social de Derecho colombiano

De conformidad con lo expuesto, hemos visto que el sistema punitivo ha evolucionado de tal forma, que desapareció el castigo enfocado en el cuerpo del condenado, para dar paso a la sanción desde los llamados *dispositivos de encierro*. El ESD colombiano, al ejercer la función punitiva, se constituye en agente activo de la negación de la subjetividad por él mismo concebida, pues en lugar de normalizar al delincuente, el *estado de cosas inconstitucional* declarado por segunda vez por la Corte Constitucional en materia carcelaria refleja que se están desconociendo los elementos rectores del sujeto propuesto: las ya mencionadas dignidad y libertad.

El carácter universal e inalienable de los derechos fundamentales reconocidos por el ESD implica que si bien el delincuente desconoció la dignidad y el valor humano de la víctima de su crimen, la sociedad no puede hacer lo mismo con él, y por el contrario, reconoce que este es un fin en sí mismo, lo que fundamenta la búsqueda de su resocialización. Sobre el particular, estableció la Corte que:

En el Sistema penitenciario y carcelario se evidencia de manera notoria como (sic) los derechos fundamentales de todo ser humano son universales, inalienables, indivisibles e interrelacionados, como se muestra a continuación. Los derechos de las personas privadas de la libertad son universales. Sin importar cuál haya sido su crimen o su falta, son seres humanos, y, por ese sólo hecho, la sociedad está comprometida con su defensa. Los derechos fundamentales son universales, de toda persona. Es una posición moral que refleja la decisión social, consagrada por el Constituyente, de respetar el valor intrínseco de todo ser humano. Su dignidad. Es precisamente una de las razones por las que es legítimo sancionar con penas privativas de la libertad a quien comete un crimen: el no haber respetado la dignidad y el valor intrínseco de la víctima a al cual se ofendió y violentó. La sociedad, se diferencia, precisamente, porque no

hace lo mismo; no instrumentaliza a ningún ser humano, le reconoce su valor propio; el ser fin en sí mismo. (CC, SPR, STC T-388 del 28 de junio de 2013, p. 134).

Vimos también que el Estado, al reconocer derechos a favor de sus asociados, adquiere deberes de carácter positivo y negativo, gozando también de la potestad de limitar libertades a quienes han incurrido en delitos. Sin embargo, ello no lo desliga del deber de respetar los derechos fundamentales del recluso que no son objeto de restricción, ya que los mismos resultan definitivos para que el sujeto proyectado por el ESD colombiano, sometido a las tecnologías de encierro como mecanismo normalizador del comportamiento, logre su resocialización.

La aplicación de esta tecnología a quienes infringen la ley penal obedece, a la necesidad advertida por Foucault de concebir una sanción acorde con el imperativo de adaptación a la economía del castigo, donde se necesita que el cuerpo se acople a la carga productiva individual y social propia del modelo burgués. Por ello, se pasó del suplicio al encierro, momento último donde se afecta en un grado mucho menor la corporalidad del sujeto pero en un grado mayor su espíritu y conducta.

En tal orden de ideas, podemos apreciar que el *estado de cosas inconstitucional* es la declaración judicial de la negación de la subjetividad por parte del mismo ESD, del desconocimiento, no doloso⁵, del proyecto de sujeto que aquel pretende realizar a través del respeto de sus garantías mínimas y derechos fundamentales; es el reconocimiento por parte del juez constitucional de la desaparición de la función normalizadora del castigo, de la negación del horizonte de la pena de prisión.

Poco nos detenemos a pensar en el recluso; partimos de la idea que quien se encuentra privado de su libertad de locomoción lo merece al constituir un elemento atentatorio contra la estabilidad social. Sin embargo, esta reflexión hace oportuno recordar que el recluso nunca es despojado de su subjetividad, y que el deber del ESD es contribuir efectivamente al redireccionamiento social del individuo. Más allá de limitaciones

⁵ Es importante advertir que las autoridades han adelantado ciertos esfuerzos para menguar la situación que se vive al interior de los penales, visible en la construcción de nuevos centros carcelarios y en la mejora de los servicios que se presta al interior de los mismos, haciendo inviable pensar en un comportamiento intencionalmente dañino; sin embargo, se recuerda que con estas decisiones se están combatiendo las consecuencias y no los efectos, de la falta de una política criminal enfocada en la prevención del delito.

de orden presupuestal, es necesario que el Estado comprenda que el sujeto jamás es desposeído de su autonomía y dignidad, debiendo orientar desde allí la política criminal para efectivizar el funcionamiento del sistema penitenciario.

Vale traer a colación las palabras de Foucault (1980-1988) para pensar si el modelo actual de castigo penal aplicado en Colombia, desde 1998 hasta su situación actual, resulta coherente con la subjetividad filosófica y jurídica propia del ESD; dice el autor mencionado:

“Pero hay un peligro que acaso no sea evocado: el de una sociedad que no se preocupa continuamente por su código y sus leyes, sus instituciones penales y sus prácticas punitivas. Y ahora, bajo una forma u otra, frente a la categoría de individuos que hay que eliminar definitivamente (con la muerte o la prisión), aparece fácilmente la ilusión de resolver los problemas más difíciles: corregir, si se puede; si no, inútil preocuparse, inútil preguntarse si no es necesario reconsiderar todas las maneras de castigar: la trampa está lista, en la que el “incorregible” desaparecerá. (p. 5).

Un Estado que niega la subjetividad de sus reclusos y una sociedad que no se detiene a pensar en el derecho y la persona de los mismos, debe

reflexionar seriamente si veladamente está aceptando la existencia de sujetos de diversas categorías, entre los cuales existen algunos “*in-correctibles*” frente a los que resulta más razonable no hacer esfuerzo alguno para resocializarlos, o si por el contrario es urgente adoptar otras medidas para que la reincorporación del condenado al pacto social no se quede en el papel, y así se logre la construcción de un modelo de vida más justo y acorde con el proyecto constitucional que Colombia trazó en 1991.

Finalmente, es importante recordar que la solución a esta problemática no necesariamente se encuentra en la inversión del Estado para crear más cárceles, disponer de más personal de guardia y mejorar la prestación de los servicios al interior de los centros de reclusión; la mejor y más rentable solución yace en edificar mejores seres humanos, desde las construcciones de la filosofía y los derechos que la misma Ley Mayor ha reconocido a favor de los asociados. Bien lo dice el actual Ministro de Justicia en entrevista con el Diario El Espectador, al afirmar que:

La sociedad colombiana tiene que reflexionar para que, quienes han transgredido el ordenamiento jurídico, puedan recomponer sus vidas. La sanción debe tener un fin de renaci-

miento, para permitirles volver a la sociedad. Este problema lo tenemos que ver desde tres puntos de vista: el de la política criminal, la mirada humanista y un fin de la rehabilitación. No hay que apuntarle a construir más cárceles sino a construir mejores seres humanos.

Igualmente, no basta con consagrar unos derechos fundamentales como saludo a la bandera; es indispensable que el Estado genere las condiciones idóneas para su materialización. La legitimidad del actuar del Estado puede y debe abordarse desde el respeto de los derechos fundamentales, pues como advierte Ferreyra (2015b):

Si, en cambio, al Estado se lo considera un instrumento (de la razón), el ente únicamente se legitima si tutela y satisface los derechos fundamentales. Es más: aquí el Estado no solo es el que confiere los derechos fundamentales, sino que además debe generar las condiciones para su realización, ya sea por abstención o por prestación. En este caso, a diferencia del anterior, el Estado debe legitimarse mediante la procreación y respeto del ambiente necesario para la realización de los derechos fundamentales (p. 47).

El Estado es el instrumento de realización de los derechos fundamentales, vigentes en su esfera intocable y restringida para quienes se encuen-

tran privados de la libertad. Desde estos se proyecta la subjetividad, basada en la dignidad humana, que constituye un parámetro objetivo de comportamiento para las autoridades penitenciarias. Su inobservancia solo se puede traducir en la negación de los mandatos constitucionales, y por contera, del modelo de sujeto allí plasmado.

9. A manera de conclusión: la prisión como modelo de castigo fallido a la luz de la carta política y la filosofía foucaultiana

El recorrido efectuado a lo largo del presente estudio, nos lleva a concluir lo siguiente:

De manera general, encontramos que el ESD colombiano es un agente de deconstrucción de la subjetividad reconocida por la Norma Superior de 1991, la cual le es imputable teniendo en cuenta que a partir de la relación de especial sujeción que se configura entre el recluso y la autoridad pública, esta última adquiere la obligación de asegurar la dignidad del sujeto; obligación incumplida por el Estado, si se tiene en cuenta la inexistencia de condiciones de seguridad, salubridad e higiene a las que se ven sometidos

los reclusos, impidiendo la pretendida resocialización a partir de la pena.

Ya específicamente, lo expuesto nos lleva a sellar el análisis advirtiendo que:

- La sanción con reclusión en centro carcelario, busca la normalización del individuo con el propósito cardinal de reincorporarlo a la sociedad; con esto se sigue la línea advertida por Foucault sobre el papel del modelo económico en la sanción penal, suficiente para pasar del castigo corporal al uso de los dispositivos de encierro.
- La pena de prisión conlleva la necesaria restricción y suspensión de algunos componentes de la subjetividad. Sin embargo, esta es permeada por la dignidad, atributo que define la subjetividad, por lo que no se puede suprimir ni en el marco de la relación de especial sujeción entre el recluso y el Estado.
- El *estado de cosas inconstitucional*, es la declaración judicial de deconstrucción de la subjetividad en el sistema carcelario colombiano; con esta se obliga a las autoridades competentes a aplicar los postulados constitucionales, y garantizar el acatamiento del sujeto al que apunta la Constitución de 1991.

El trato que el ESD le brinda a sus reclusos, refleja el respeto del mismo por su propia esencia y orientación; Colombia puede retomar el horizonte y demostrar que su ruta filosófica se respeta aun cuando usa sus poderes más radicales, donde la sanción dirigida hacia el alma no lleve de suyo la deconstrucción de su proyecto de sujeto.

Bibliografía

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 2 de mayo de 2017, Exp. 38775, M.P. Dr. Danilo Rojas Betancourth.

Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, Sentencia T-406 del 5 de junio de 1992, M.P. Dr. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-153 del 28 de abril de 1998, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-261 del 13 de junio de 1996, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-581 del 6 de junio de 2001, M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería, p. 13).

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-1064 del 10 de octubre de 2001,

Magistrados Ponentes Manuel José Cepeda y Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-226 del 2 de abril de 2002, M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-373 del 15 de mayo de 2002, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-377 del 14 de mayo de 2002, Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-802 del 2 de octubre de 2002, Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-459 del 11 de mayo de 2004, M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-025 del 22 de enero de 2004, M.P. Dr. Manuel José Cepeda.

Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, Sentencia T-572 del 27 de mayo de 2005, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU-913 del 11 de diciembre de 2009, M.P. Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, Sentencia T-388 del 28 de

- junio de 2013, Magistrada Ponente Dra. María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-613 del 4 de septiembre de 2013, M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, Sentencia T-025 del 23 de enero de 2015, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, Sentencia T-195 del 7 de abril de 2015, M.P. Dra. María Victoria Calle Correa.
- Ayala, O. (2013). La deconstrucción como movimiento de transformación, en *Ciencia, docencia y tecnología*, No. 47, Uruguay. Recuperado de <http://www.scielo.org.ar/pdf/cdyt/n47/n47a03.pdf>
- Ferreya, R. (2015). *Fundamentos constitucionales*, Buenos Aires, Argentina, Ediar.
- Foucault, M. (1980-1988). *Castigar es lo más difícil que existe* (Traducido al español de Punir est la chose la plus difficile qui soit), en *Dits et écrits*, v. 4, Paris, Gallimard, pp. 208-210, traducido por Marcelo Raffin, publicado originariamente como entrevista con A. Spire con el mismo título, en *Témoignage chrétien*, n° 1942, el 28 de septiembre de 1981
- Foucault, M. (2014). *Historia de la sexualidad. I. La voluntad del saber*, Buenos Aires, Argentina, Siglo XXI Editores.
- Foucault, M. (1980-1988). *Contra las penas de sustitución* (Traducido al español de Contre les peines de substitution), en *Dits et écrits*, v. 4, Paris, Gallimard, pp. 205-207, traducido por Marcelo Raffin, publicado originariamente con el mismo título en *Libération*, n° 108, el 18 de septiembre de 1981.
- Foucault, M. (2009). *Vigilar y castigar*, México DF, México, Grupo Editorial Siglo XXI.
- García Villegas, M, Guiza Gómez, D, Rodríguez, A, & Uprimny, R. (Eds.) (2016). *Constitución, democracia y derechos. Textos escogidos de Juan Fernando Jaramillo Pérez*, Bogotá D.C., Colombia, Colección Dejusticia.
- Gil Bortero, E. (20 de marzo de 2017). Cárceles, tan dramáticas como un campo de concentración. El Espectador. Recuperado de <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/las-carceles-son-casi-tan-dramaticas-como-un-campo-de-concentracion-articulo-685518>
- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC. (2017). Informe Estadístico Mayo 2017, recuperado de <http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/Inpec/Institucion/Estad%EDsticas/Estadisticas/Informes%20y%20Boletines%20>

- Estadísticos/INFORME%20MAYO%202017.pdf
- Krieger, P. (2004). La deconstrucción de Jacques Derrida (1930-2004), en *Anales del Instituto de Investigaciones Estéticas*, Num. 84, 2004. Recuperado de <http://www.scielo.org.mx/pdf/aiie/v26n84/v26n84a9.pdf>
- Raffin, M. (2006). *La experiencia del horror: subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y posdictaduras del Cono Sur*, Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto.
- Ruíz, W. (2015). *Responsabilidad del Estado social de derecho por los actos del poder constituyente*, Bogotá D.C., Colombia, ECOE Ediciones.
- Valadés, D. (2011). *Problemas constitucionales del Estado de derecho*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea.