



UNAULA[®]
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA



Neopunitivismo: estudio desde los límites constitucionales del derecho penal de los condenados frente a la libertad condicional

Autora

Laura Cecilia Molina Garcia

Trabajo de grado presentado para optar por el título de Magister en Teoría del Delito y Derecho Procesal Penal

Asesor

Fernando León Tamayo Arboleda

Doctor en Derecho

Universidad Autónoma Latinoamericana (UNAULA)
Facultad de Derecho
Maestría en Teoría del Delito y Derecho Procesal Penal
Medellín-Antioquia
2020

**NEOPUNITIVISMO: ESTUDIO DESDE LOS LÍMITES
CONSTITUCIONALES DEL DERECHO PENAL DE LOS CONDENADOS
FRENTE A LA LIBERTAD CONDICIONAL**

Contenido

Introducción.....	4
Metodología	6
LIMITES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO PENAL	9
Constitucionalización del derecho penal	9
Política Criminal	12
Neopunitivismo penal frente a los límites constitucionales	18
Legitimidad del castigo penal en el Estado de Derecho	22
LA PRISIÓN COMO PENA PRINCIPAL	29
Jurisprudencia Corte constitucional sobre el estado de cosas inconstitucional.....	37
Estado actual de las cárceles	43
LIBERTAD CONDICIONAL	48
La figura de la libertad condicional	48
Ante quien se pide y requisitos para su procedencia	50
Restricciones para su concesión.....	52
Discrecionalidad del juez al decidir su procedencia	55
Jurisprudencia Corte Constitucional.....	56
Jurisprudencia Corte Suprema de Justicia.....	61
Se debería inaplicar este artículo por parte de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad.....	64

Conclusiones.....68

Referencias bibliográficas70

Introducción

El neopunitivismo está afectando los límites constitucionales al derecho penal, que se caracteriza por ser un derecho de mínima intervención, subsidiariedad, fragmentariedad y última ratio, debido a que existen otras ramas del derecho que podrían dar solución a los problemas sociales. Siendo esta una nueva visión de la ley penal amplia y absoluta al pretender dar solución a grandes problemas sociales a través del derecho penal por el aumento de tipos penales, el incremento de penas y restricción de beneficios a un sector de la población reclusa; aumentando la crisis carcelaria como consecuencia del hacinamiento y privación de la libertad de las personas por un mayor periodo de tiempo reduciendo las garantías a los criminalizados y afectando sus derechos fundamentales.

Se busca determinar cómo afecta la situación carcelaria actual la interpretación de las normas sobre la procedencia de la libertad condicional de cara a su validez constitucional por la constante violación masiva de derechos fundamentales y garantías en los establecimientos carcelarios. Finalmente analizar si existen requisitos definidos por el legislador para valorar el requisito previo en la libertad condicional ante el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, o se trasgreden límites constitucionales como el principio de estricta legalidad o reserva legal por no existir claridad o referente conceptual que permita inferir que habrá de entenderse por *“previa valoración de la conducta punible”* debido a que es un requisito subjetivo a cargo del juez en el momento de estudiar la

procedencia de la libertad condicional contemplada en el artículo 64 de la Ley 599 de 2000, gozando con un amplio margen de discrecionalidad al ser un término vago e impreciso que afecta la seguridad jurídica, quedando al arbitrio del juez esta valoración, que deja una puerta abierta para que se interprete la norma en múltiples sentidos. O si por el contrario se debería inaplicar haciendo uso del control difuso de constitucionalidad, si bien en este escenario el juez también cuenta con discrecionalidad, sería la opción más razonable atendiendo al estado actual de las cárceles y los deberes que como funcionarios públicos adquieren en la posesión de sus cargos.

Para esto se abordará lo atinente a los límites constitucionales, su papel trascendental y constitucionalización en la carta política de 1991, además su introducción al derecho penal como límites del *ius puniendi* en búsqueda del respeto de las garantías procesales y los derechos humanos de quien es procesado en el sistema penal colombiano; caracterizado por ser un estado de derecho donde se deben crear las condiciones necesarias para la realización de los principios constitucionales en beneficio de los menos favorecidos (igualdad ante iguales) en búsqueda de una igualdad material, característico de un estado social de derecho que se ve legitimado por la protección y respeto de estos, obligando al estado y al ciudadano entre sí. Posteriormente hablaré de la prisión como pena principal que se justifica precisamente en cuanto a técnica de minimización de la reacción social frente al delito; de la violencia, pero también del arbitrio que de otro modo se produciría con formas aún más salvajes y desenfrenadas.

Finalmente, pasaré al análisis del caso concreto sobre la libertad condicional y como el garantismo en un estado social de derecho es necesario para limitar la función de los jueces de ejecución de penas; debiendo interpretar el

artículo 64 siempre desde un punto de vista de maximización de los derechos atendiendo a que las cárceles se encuentran en un estado de cosas inconstitucional que se ha prolongado durante años. Siendo el neopunitivismo y la política criminal actual una afrenta a este garantismo, al punto de desvirtuarlo en su apuesta por mantener a las personas encerradas por largos periodos de tiempo, lo que condiciona, la forma en que los jueces usan la discrecionalidad que les confiere este artículo referente a este subrogado penal y opten por negar estos beneficios a algunos sectores de la población privada de la libertad.

Metodología

Análisis cualitativo del concepto conocido como neopunitivismo o cuarta velocidad del derecho penal, entendido como una ampliación del poder punitivo suprimiendo garantías a sus criminalizados, argumentando la gravedad de las lesiones a bienes jurídicos penales, destruyendo así los principios del derecho penal como el derecho penal mínimo, proporcionalidad, mínima intervención y ultima ratio, que nos permitirá darle amplio desarrollo al objetivo general de la propuesta investigativa. Es por esto que se busca determinar cómo afecta la situación carcelaria actual la interpretación de las normas penitenciarias de cara a su validez constitucional por la constante violación masiva de derechos fundamentales y garantías de acuerdo a los límites constitucionales al *ius puniendi* y que está produciendo una ineficacia del sistema procesal penal al no respetarse estos límites, donde tendremos como referente las tres sentencias relevantes respecto al estado de cosas inconstitucional decretado por la Honorable Corte Constitucional en materia carcelaria y el estado actual de las cárceles.

Para desarrollar lo anterior, seleccionaremos la bibliografía más acorde con la investigación, según los expertos en la materia, autores como: Norberto Hernández Jiménez, quien en su trabajo doctoral realiza unas críticas al giro punitivo y la tendencia a un mayor encarcelamiento cuestionándose porqué a partir del año 2006 ha aumentado en mayor medida la población carcelaria. También encontramos a Juan Oberto Sotomayor y Fernando Tamayo, en artículos como la “nueva cuestión penal” y los retos de una ciencia penal garantista donde los autores hacen un análisis de los discursos que fundamentan el aumento del poder punitivo del estado causando una expansión desmesurada del derecho penal siendo posible comprender este fenómeno a partir de la caracterización general de los principales discursos que desde diferentes ámbitos tienen impacto directo en este crecimiento desmesurado del derecho penal.

A través del estudio de seis categorías que denominaré: neopunitivismo estatal, garantías, derechos fundamentales, proceso penal garantista, ejecución de penas y libertad condicional, se sistematizará la información en fichas bibliográficas que ayudarán a comprender la constitucionalización del derecho penal y la actual crisis carcelaria que padece el país; en especial producto del aumento de penas y una marcada tendencia a un mayor encarcelamiento, aumentando la vulneración de garantías procesales y derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, siendo estas características fundamentales del neopunitivismo estatal o cuarta velocidad del derecho penal.

El método que se empleará es la hermenéutica jurídica, este método nos permite encontrar el significado e interpretación adecuada de todas y cada una de las disposiciones normativas aplicables por el operador al caso concreto (leyes 65 de 1993, 1709 de 2014, 599 de 2000 y 906 de 2004) nos invitan a los estudiosos del derecho a la reflexión sobre los principios elaborados por la filosofía jurídica,

doctrina y la jurisprudencia que permiten contener la violencia institucional y el control de políticas públicas obsoletas y que realmente busquemos que se haga justicia de la forma más equitativa posible. Para esto tendremos como base los objetivos que seguidamente se mencionan:

Objetivo General: Identificar cómo el neopunitivismo estatal afecta los límites constitucionales del derecho penal y derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad en calidad de condenados que solicitan ante el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad la libertad condicional.

Objetivos específicos:

1. Determinar como el neopunitivismo va en contra de los principios de un proceso penal garantista en un estado constitucional de derecho que impone límites al derecho sancionatorio del estado.
2. Explicar las diferentes sentencias de la Honorable Corte Constitucional mediante las que se decretó un estado de cosas inconstitucional en las cárceles de Colombia por la constante violación masiva de derechos humanos trayendo consigo la ineficacia del sistema penitenciario en el cumplimiento de los fines de la pena, principalmente la resocialización o reinserción social de las personas privadas de la libertad como condenados
3. Examinar si con el neopunitivismo estatal se trasgreden límites constitucionales del derecho penal como el principio de estricta legalidad o reserva de ley en la procedencia de la libertad condicional.

Buscando así poder responder a la pregunta: ¿Se puede utilizar por los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad la excepción de inconstitucionalidad

en la procedencia de la libertad condicional e inaplicar el requisito previo para conceder la libertad a las personas privadas de la libertad?

LIMITES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO PENAL

Constitucionalización del derecho penal

Las luchas por los derechos son la herramienta mediante la cual a lo largo del tiempo se han manifestado las necesidades vitales insatisfechas de la sociedad, es gracias a estas que se producen los cambios en la esfera del derecho positivo: desde el reconocimiento constitucional de nuevos derechos fundamentales hasta la elaboración de nuevas garantías para los derechos ya reconocidos, es precisamente esta capacidad de cambiar o de influenciar la legislación en lo que consiste la fuerza y el éxito de una lucha social; siendo la democracia el régimen político que permite el desarrollo pacífico de los conflictos y las transformaciones sociales e institucionales que permiten que el derecho penal se encuentre constitucionalizado:

“Desde el transito del derecho constitucional al derecho penal, se pudo verificar la externalidad y la vinculación de los principios tales como: la legalidad, la culpabilidad, el estado de derecho, la humanidad, la proporcionalidad, etc., como vectores que deben respetarse. En este contexto, se prestó especial énfasis al principio de intervención mínima o ultima ratio del derecho penal, que contiene la aplicación subsidiaria del derecho penal como un medio necesario para proteger los intereses legales

y debe aplicarse la ley penal solo en los casos en que las otras ramas del derecho no atendieren” (Neopunitivismo o cuarta velocidad del derecho penal delante de los derechos humanos de los ciudadanos, Meire Jany Lopes de Souza, 2012)

Sus antecedentes más recientes son los convenios y tratados de derechos humanos suscritos y ratificados por Colombia antes de 1991, que sirvieron para la aplicación e interpretación de la actual carta política, donde se establecen unos límites al poder punitivo.

“...la prevalencia de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico está dada, entre otros, por los artículos 2, 4, 5 y 93 de la Constitución política, a partir de los cuales se ha entendido que el Estado se encuentra en la obligación de no realizar restricciones injustificadas en los derechos humanos y de garantizar las condiciones para su ejercicio, de conformidad con las exigencias del Estado Constitucional” (Sotomayor y Tamayo, 2014, Pág. 168)

Dando preponderancia a los derechos fundamentales y garantías constitucionales desde la adopción de esta constitución que además trae consigo la creación de la Corte Constitucional instituida para salvaguardar la integridad de la carta política, introduciendo el principio según el cual no sólo importa la consagración formal del derecho en el papel, sino, ante todo, la protección material del mismo en la realidad, es decir, que bajo el orden constitucional vigente no se garantizan los derechos fundamentales de las personas al reconocerlos expresamente en los textos legales, reglamentarios, judiciales y administrativos. Los derechos deben ser una realidad, una vivencia; no meras expectativas y palabras hermosas, vacías de todo contenido y reflejo en el mundo. De esta

manera el contrato social, Rousseau (1762) una vez traducido a pacto constitucional, se convierte en un conjunto de normas positivas que obligan entre sí al estado y al ciudadano, haciendo de ellos dos sujetos con soberanía recíprocamente limitada.

“En el tratamiento penal se manifiesta -en estado puro y de la manera más directa y conflictiva- la relación entre estado y ciudadano, entre poder público y libertad privada, entre defensa social y derechos individuales. El problema de la legitimación o justificación del derecho penal, consiguientemente, plantea en su raíz la cuestión misma de la legitimidad del estado, de cuya soberanía es precisamente el poder de castigar, que puede llegar hasta el ius vitae ac necis, la manifestación más violenta, más seriamente lesiva de los intereses fundamentales del ciudadano y en mayor medida susceptible de degenerar en arbitrariedad.” (Ferrajoli, 1995, pág. 210)

Este compromiso en un estado constitucional como el colombiano que impone límites al derecho sancionatorio desde la constitución política, hace que el sistema jurídico penal asuma un papel garantista en el ejercicio del *“ius puniendi”* protegiendo los derechos de los ciudadanos que se ven involucrados en un proceso penal (víctima e imputado) especialmente el sujeto activo de la conducta punible, a quien deben respetársele en mayor medida el debido proceso y la dignidad humana, principio este último en el que está fundada nuestra carta magna, porque siendo la intervención punitiva la técnica de control social más gravosamente lesiva de la libertad y de la dignidad de los ciudadanos, se exige de acuerdo al principio de necesidad que se recurra a ella sólo como remedio extremo. Por eso afirma Beccaria, remitiéndose a Montesquieu: Todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico (1764)

En un estado constitucional de derecho se deben crear las condiciones necesarias para la realización de los derechos fundamentales; es así como el estado se legitima. La fórmula constitucional del estado social de derecho, supone la superación de la igualdad formal, característica del estado liberal, que advertía que todos debían ser tratados por igual; cuando el escenario en que debe actuar el juez del nuevo esquema le impone justamente privilegiar a los desvalidos, a los discriminados y a los infelices, por lo tanto, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser justificada, y si bien estos derechos pueden ser objeto de limitaciones por parte del estado en función de sus poderes, no significa que no puedan verse vulnerados. En un estado social de derecho no puede suspenderse ningún tipo de garantía, el estado colombiano debe respetar todas y cada una de ellas dentro del proceso penal, desde la creación de la norma, aplicación y ejecución; por ello es deber de los jueces realizar un control de legalidad y convencionalidad sobre los actos de investigación y los actos procesales, a fin de determinar si existen vulneraciones sobre procedimientos (garantías), o sobre derechos fundamentales en el ejercicio del *ius puniendi*.

Política Criminal

El principal derecho de las personas, como se dijo, no es reclamar plena protección a sus derechos, en caso de llegar a ser víctimas de un delito, su principal derecho es no ser víctimas. En tal medida, las políticas criminales de un estado social y democrático de derecho deben ser preventivas antes que punitivas.

“Conforme a la situación jurídica y constitucional actual la política criminal no tiene por objeto la lucha contra la criminalidad a cualquier precio, sino la lucha contra el delito en el marco de un Estado de Derecho. Los componentes limitadores de la reacción pertenecen, por tanto, como ya se subrayó al principio, a la política criminal y dogmáticamente tienen que resultar tan provechosos como sus orientaciones preventivas” (La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal, Claus Roxin, 2000, pág. 70)

Una política carcelaria que no tenga como eje central la resocialización de las personas que han cometido un acto que afecta gravemente el orden jurídico vigente y los derechos amparados por éste, es contraria a los postulados centrales de un estado social y democrático de derecho. Una política carcelaria que simplemente se dedique a castigar y sancionar, sin la finalidad de lograr resocializar y reintegrar a las personas en la vida civil, deja de lado una de las funciones centrales y primordiales del poder penal del estado fijadas en la constitución política de 1991, obedeciendo a factores que deforman el derecho penal, en detrimento del valor constitucional de la dignidad humana y la libertad.

Quienes diseñan y formulan la política criminal no tienen en cuenta las particularidades de nuestros contextos, lo cual se explica en parte, también, por la ausencia de fundamentación empírica y de bases de datos serias y confiables, que permitan retroalimentar la función y el impacto de una política punitiva en la sociedad. En este punto se explica cómo el no tener en cuenta diversos factores, hace que la política criminal se torne inequitativa en la distribución de costos y beneficios, y a su vez, se ensañe con determinadas clases sociales, generalmente afectadas por la desigualdad e inequidad social y económica. Se resalta que factores tales como la diversidad regional y social, el grado de presencia estatal en

las distintas zonas del país, la complejidad de algunos fenómenos criminales focalizados (narcotráfico, corrupción, conflicto armado, entre otros), la inequidad y el grado de pobreza no son tenidos en cuenta en la actualidad para diseñar la política criminal.

“La Política Criminal en Colombia, tal como lo planteó la Comisión Asesora para la Política Criminal, se ha adoptado a partir de decisiones esencialmente reactivas y sin fundamentos empíricos sólidos (2012: 27). En la gran mayoría de las ocasiones dichas medidas han sido tomadas sin tener una evaluación del impacto previo y posterior; sin hacer un seguimiento de las consecuencias sobre los fenómenos de la criminalidad y la violencia, el sistema normativo; y sin contar con los operadores del sistema penal, penitenciario y carcelario (Comisión Asesora, 2012: 28-29)”¹

Dependiendo de la alarma social o de las conveniencias políticas, el condenado está destinado a servir de chivo expiatorio para satisfacer discursos políticos, criminalizando conductas de bagatela; pero nunca centrándose en los grandes problemas sociales como la falta de oportunidades laborales, exclusión social, nivel educativo de la población, etc., si bien existen personas de todo tipo y condición social que comenten actos considerados criminales en una sociedad y tener dinero no excluye a la persona de caer en el mundo de la criminalidad, ni carecer de dinero implica terminar en tales actos. Pertenecer a determinados contextos sociales suele conllevar a que las personas estén más próximas a cometer cierto tipo de actos criminales antes que otros.

¹ <http://www.politicacriminal.gov.co/Observatorio/Observatorio-de-Pol%C3%ADtica-Criminal>

La exclusión y la marginalidad, son uno de esos tantos contextos sociales en que el desconocimiento e irrespeto de la ley tiene cabida y puede propiciar la comisión de cierto tipo de actos que, por su gravedad, además de ilegales son considerados criminales. Por eso, los establecimientos penitenciarios y carcelarios deben encargarse de tomar medidas adecuadas y necesarias, para asegurar la efectiva reinserción en la sociedad de aquellas personas marginadas y excluidas

socialmente por su condición socio económica que se encuentran privadas de la libertad.

A esta situación se suma que el aumento de la criminalización ha sido mayor que el aumento de la criminalidad en ciertas áreas. Es decir, los niveles de encarcelamiento no se explicarían por los niveles de delincuencia, en tanto aquellos son superiores a estos delitos. En otras palabras, existen evidencias de que en Colombia puede estar siguiéndose una política criminal similar a la de los Estados Unidos de América, que ha desconectado la tasa de encarcelamiento de la tasa de criminalidad; aquella puede aumentar notoriamente, sin que ésta pueda hacerlo al hacer uso de la tolerancia cero pero de forma selectiva .

“ La profunda desigualdad social del país, caracterizada por altos índices de pobreza que sufren amplias capas de la población y la marginación de colectivos étnicos y sociales; un reparto inequitativo de la tierra y de las cargas de mantenimiento del estado; la ausencia de instituciones estatales en vastas zonas del territorio nacional cuyo vacío es llenado por grupos armados al margen de la ley que imponen su justicia; el bloqueo tradicional de los canales democráticos de participación ciudadana y la criminalización de la protesta social; la guerra contra las drogas con la

consecuente estigmatización de consumidores y aplicación de todo el peso del sistema de justicia penal sobre sectores sociales marginados... Estos factores, entre otros, no pueden ni deben ser ignorados, pero analizados de manera aislada conducen a un abordaje sesgado de la criminalidad y la victimización, que se refleja en el diseño de la política criminal” (víctima del delito y racionalidad legislativa penal, Luis Andrés Vélez Rodríguez y Carlos Andrés Guzmán Díaz, pág. 7)

Siendo la política criminal entendida como el conjunto de respuestas (puede ser de la más variada índole social, penal, administrativa, cultural, económica, tecnológica, etc.) que un estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. En esta área el legislador cuenta con un margen de libertad para el diseño de la política criminal del estado y, en consecuencia, para la tipificación de conductas punibles.

Es evidente que no se trata de una potestad ilimitada, pues, como se sabe, en el constitucionalismo no existen poderes absolutos y por eso deben protegerse los derechos y garantías como límite de la arbitrariedad estatal; pero la realidad nos muestra que en materia penal, la política criminal adoptada no ha sido basada en estudios serios, es reactiva más no preventiva.

“ La política criminal del país es reactiva y toma decisiones sin fundamentos empíricos se dijo: “ Tales decisiones están generalmente basadas en la necesidad de responder con celeridad a fenómenos sociales mediados por la opinión pública y de mostrar resultados contra el crimen, para aumentar la popularidad de un determinado sector político. No tienen

como principal finalidad impactar los índices de criminalidad y, rara vez, se sostienen en fundamentos sólidos que permitan relacionar la expedición de una norma y la reducción real de un fenómeno criminal” (Corte Constitucional. Sentencia T 762 de 2015 (M.P Gloria Stella Ortiz Delgado, Diciembre 16 de 2015, pág. 84)

Por tanto, no se tiene en cuenta el principio general de prevención (prevenir en vez de punir) además de estar basada en la opinión pública y no en datos reales, respondiendo solo a los deseos de tratar de demostrar que se está combatiendo la criminalidad cuando la realidad es otra. Se debe propender por una política criminal basada en datos empíricos, consistentes y coherentes para que esta pueda ser útil en la sociedad. Teniendo en cuenta que la política criminal, no se reduce a la política penal ni se confunde con el derecho penal, pues tiene una dimensión más amplia. Sin embargo, el recurso al instrumento penal es el elemento distintivo de la política criminal, que la diferencia de otras políticas públicas.

En materia penal, la política criminal se relaciona con las llamadas tres formas de criminalización. Así, tiene que ver con la criminalización primaria o definición de un comportamiento como delito que es en su fase legislativa; igualmente se vincula con la criminalización secundaria, esto es con la determinación de un individuo como responsable de un crimen ya establecido por la ley, es decir de la judicialización o investigación criminal de los hechos punibles; y finalmente también con la criminalización terciaria, esto es, la ejecución y cumplimiento de la sanción penal por parte de una persona declarada responsable de un crimen, siendo la fase de ejecución penitenciaria; en esta última donde se muestran los síntomas de todas las dificultades, que se analizan en el presente artículo y que, emergen de la política criminal actual.

Así que, el estado tiene el deber constitucional de diseñar e implementar una política pública² escrita, que garantice progresiva y sosteniblemente, el goce efectivo de las facetas prestacionales de los derechos fundamentales que no sean de inmediato cumplimiento. Toda política pública de la cual dependa el goce efectivo de un derecho fundamental es, por supuesto, aplicable también a la

política pública criminal y carcelaria (criminalización terciaria). No es sólo el respeto al derecho a la libertad de quienes se encuentran reclusos en prisión, sino también el deber de asegurar goce efectivo la dignidad humana y otros derechos fundamentales de estas personas, de sus familiares y allegados que los visitan en prisión, así como de un número importante de funcionarios y servidores, públicos y privados que prestan sus servicios en las cárceles y las penitenciarías. Debido a que el derecho penal de hoy tiene más de máquina del terror y de distribución de indignidades que de mecanismo subsidiario de protección de bienes jurídicos. Así lo acredita la situación actual de las cárceles colombianas. (Tamayo Arboleda y Sotomayor Acosta, 2018, pág. 21)

Neopunitivismo penal frente a los límites constitucionales

El derecho penal ha pasado por unas etapas o velocidades: La primera velocidad tiene que ver con el modelo de derecho penal clásico liberal, que utiliza la pena de prisión, pero se basa en garantías individuales inamovibles, resumiéndose en dos: la aplicación de la pena de prisión por excelencia y el respeto de las garantías constitucionales. En este sentido Silva Sánchez, refiere una primera velocidad, representada por el derecho penal «de la cárcel», en el que

² Una política pública no es el conjunto de promesas y de directrices que una autoridad pública formula en un texto. Una política pública es el conjunto de acciones y omisiones de una autoridad, encaminadas a resolver un problema público.

habrían de mantenerse rígidamente los principios político-criminales clásicos, las reglas de imputación, los principios político-criminales clásicos y los principios procesales. (2001, pág. 163)

La segunda velocidad se ocupa del modelo que incorpora dos tendencias: flexibilidad proporcional de ciertas garantías penales y procesales junto con la adopción de alternativas a la privación de la libertad como penas restrictivas de derecho. Para los casos en que, por no tratarse ya de la cárcel, sino de penas de privación de derechos o pecuniarias, aquellos principios y reglas podrían experimentar una flexibilización proporcionada a la menor intensidad de la sanción. (Silva Sánchez, 2001, pág. 163)

La tercera velocidad utiliza la prisión pero permitiendo flexibilidad de las garantías sustantivas y procesales. Está conectada con el derecho penal del enemigo, una ley penal total, que interviene en cualquier área. Un derecho penal intervencionista, de expansión, de emergencia y urgencia³.

“Las características del derecho penal de enemigos serían entonces, siempre según JAKOBS, la amplia anticipación de la protección penal, esto es, el cambio de perspectiva del hecho pasado a uno venidero; la ausencia de una reducción de pena correspondiente a tal anticipación; el tránsito de la legislación jurídico-penal a la legislación de lucha; y el socavamiento de

³ “ La concepción de terrorista, del delincuente como enemigo tiene aptitud bastante para arrollar todas las garantías del derecho penal, desde el principio de legalidad al de culpabilidad, desde la presunción de inocencia hasta la carga de la prueba y los derechos de defensa” (el derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal, Luigi Ferrajoli, pág.7, 2007)

garantías procesales” (la expansión del derecho penal, Jesús María Silva Sánchez, 2001, pág. 164)

Y por último, una cuarta velocidad que surge como crítica de la tercera, un expansionismo mayor, debido a que la sociedad del riesgo⁴ exige un derecho penal más eficaz y determina el abandono del modelo ideal representado por la defensa de un derecho penal mínimo como ultima ratio yendo a lo estrictamente necesario, todo esto creado por la expansión del derecho penal; su origen

reciente, según Pérez Pinzón, “coincide con el renacimiento del funcionalismo, del denominado derecho penal del riesgo o derecho penal grande o derecho penal moderno, y si se quiere con mayor especificidad, con la última teoría de la imputación jurídica u objetiva”. (2008, pág. 36) observando que esta crítica lo que logró fue el aumento de este neopunitivismo o expansionismo tal y como lo pronostico Silva Sánchez al decir “A la vista de dicha tendencia, no creo que sea del todo aventurado pronosticar que el círculo del derecho penal de los «enemigos» tenderá, ilegítimamente, a estabilizarse y a crecer” (Silva Sánchez, 2001, pág. 167).

Este neopunitivismo estatal, como es conocida esta última velocidad del derecho penal se presenta actualmente en el ordenamiento jurídico interno, en la expansión del derecho penal y la creencia de que el poder punitivo puede y debe llegar a todos los rincones de la sociedad, sus características principales son la deshumanización, el resurgimiento de fuertes y crecientes sanciones y el aumento

⁴ El cambio que se hizo del “peligro” al “riesgo”. En derecho penal, por tradición, se hablaba entre otros, de delitos de resultado y de lesión, y de delitos de peligro, concreto o abstracto,, en el entendido que el “peligro” era una amenaza proveniente de la conducta del hombre. El “riesgo”, al contrario, no procedía del “hombre”, sino de la naturaleza. El modernismo, el industrialismo, entonces, deja de lado el “peligro” y comienza a hablar de “riesgo”, sea que surja de la naturaleza, sea que surja del “hombre”. (Abolicionismo y expansionismo, Álvaro Orlando Pérez Pinzón, conferencia dictada el 15 de agosto de 2008)

de la prisión como principal pena impuesta a la mayoría de condenados, estando de acuerdo con lo expuesto por Silva Sánchez, “también puede precederse a matizar otra cuestión: seguramente, el problema no es tanto la expansión del derecho penal en general, sino específicamente la expansión del derecho penal de la pena privativa de libertad” (2001, pág. 152), se encuentra ampliamente influenciado por el derecho penal del enemigo, distinguiéndose por la flexibilización de garantías y principios del derecho penal; coincide con el renacimiento del funcionalismo, el derecho penal de riesgo y la teoría de la imputación objetiva, pasando del peligro al riesgo⁵. Actualmente encontrándonos en una expansión considerable de normas de carácter penal, rasgo sobresaliente

del sistema punitivo por la proliferación de leyes que crean inseguridad jurídica y que se manifiesta en la expansión del derecho penal, la deshumanización y el resurgimiento de fuertes y crecientes sanciones.

...el rasgo característico más sobresaliente de los sistemas penales de la actualidad lo constituye su desmesurado crecimiento, referido ello no sólo a la notable ampliación del número de supuestos que merecen intervención penal, sino también al rigor de la respuesta penal misma,...(Sotomayor Acosta y Tamayo Arboleda, 2014, Pág. 164).

El neopunitivismo está afectando los límites constitucionales al derecho penal, que se caracteriza por ser un derecho de mínima intervención, subsidiariedad, fragmentariedad y *ultima ratio*, debido a que existen otras ramas

⁵ El peligro era concebido como amenaza cercana, próxima a un bien jurídico, mientras que el riesgo es peligro de peligro de un resultado lesivo, ya no se trata de una amenaza directa e inmediata para el bien jurídico, sino posibilidad de un peligro, peligro que puede conducir a un resultado ofensivo. (Abolicionismo y expansionismo, Álvaro Orlando Pérez Pinzón, conferencia dictada el 15 de agosto de 2008)

del derecho que podrían dar solución a los problemas sociales. Esta nueva visión de la ley penal es amplia y absoluta al pretender dar solución a grandes problemas sociales a través del derecho penal, por el aumento de tipos penales, incremento de penas y restricción de beneficios a un sector de la población reclusa; situación que aumenta la crisis carcelaria a raíz del hacinamiento y privación de la libertad de las personas por un mayor periodo de tiempo, reduciendo las garantías a sus criminalizados y afectando sus derechos fundamentales. La expedición de normas de corte expansionista en el derecho penal que actualmente presenta la legislación colombiana es una ofensa a las garantías de derecho penal mínimo y de última ratio; como lo evidencia Hernández Jiménez:

“...el hacinamiento no se resuelve con la construcción de más cárceles, ya que además de la sobrepoblación carcelaria asentada en los distintos establecimientos de reclusión, existen problemas relacionados con la utilización del derecho penal, de manera contraria a los lineamientos correspondientes a su carácter de ultima ratio” (Hernández, 2018, pág. 104).

Legitimidad del castigo penal en el Estado de Derecho

El problema de la justificación de la potestad del estado para sancionar, es decir, el poder de una comunidad política cualquiera de ejercitar una violencia programada sobre uno de sus miembros, es quizá el problema más clásico de la filosofía del derecho debido a que en el tratamiento penal se manifiesta -en estado puro y de la manera más directa y conflictiva- la relación entre estado y ciudadano, entre poder público y libertad privada, entre defensa social y derechos individuales. El problema de la legitimación o justificación del derecho penal consiguientemente plantea en su raíz la cuestión misma de la legitimidad del

estado, de cuya soberanía es precisamente el poder de castigar, esta legitimación está dada por la satisfacción de los derechos y garantías fundamentales que deben ser cumplidas materialmente, no pueden ser palabras vacías de contenido no solo importa su consagración formal, sino su materialidad. En la historia del pensamiento jurídico-filosófico, desde una concepción idealista o constructivista del derecho, las teorías acerca de la justificación del derecho penal pueden ser distinguidas en dos grandes teorías o “filones” como lo denomina FERRAJOLI:

“las teorías que separan la legitimación externa de la legitimación interna, o si se quiere la validez de la justicia y el derecho de la moral; y aquellas que por el contrario confunden las dos formas de legitimación, en el sentido de que subordinan la legitimación interna a la legitimación externa, la validez a la justicia y el derecho a la moral, o a la inversa.”
(Derecho y razón, Teoría del garantismo penal, Luigi Ferrajoli, 1995, pág. 215)

Un sistema penal está justificado si y sólo si minimiza la violencia arbitraria en la sociedad y alcanza dicho fin en la medida en que satisfaga las garantías penales y procesales del derecho penal mínimo. Estas garantías se configuran por consiguiente como otras tantas condiciones de justificación del derecho penal, en el sentido de que sólo su realización sirve para satisfacer sus fines justificadores. El derecho penal representa el máximo esfuerzo llevado a cabo para minimizar y disciplinar el arbitrio y el abuso punitivo a través de la maximización de los derechos fundamentales.

“A diferencia de la perspectiva abolicionista, que afronta la realidad del Derecho penal proponiendo su desaparición, la tesis resocializadora es

una de las posibles manifestaciones de la lucha por un «mejor Derecho penal». En efecto, partiendo de la atribución al Derecho penal de una función preventiva, esto es, de una función real de protección de la sociedad y no meramente metafísica, los partidarios de este enfoque ponen el acento en la necesidad de que el Derecho penal, en general, y el sistema de las penas privativas de libertad, en particular, dispongan de los mecanismos necesarios para la obtención de una auténtica reinserción de los penados, eliminando o, al menos, reduciendo en medida relevante las tasas de reincidencia. Es más, llegan a legitimar el Derecho penal por su capacidad resocializadora, extremo éste que motivará la mayoría de las críticas que se dirigen contra ellos” (aproximación al derecho penal contemporáneo, Jesús María Silva Sánchez, 1992, pág.26)

Es aquí entonces donde el garantismo nos permite encontrar la legitimación y justificación del derecho sancionatorio a través del análisis crítico del derecho penal, y la realización de este, a través de derechos y garantías dadas por el sistema sea este -inquisitivo, acusatorio o mixto- invita a cuestionarnos sobre la validez de las leyes y su aplicación, así como la búsqueda de un derecho sancionatorio que permita la satisfacción de todos los derechos y garantías en una medida mayor según las técnicas legislativas y judiciales adoptadas especialmente para proteger las minorías, al ciudadano más débil (imputadoacusado-procesado-condenado) contra la arbitrariedad del *ius puniendi*. Precisamente, la expansión desmesurada de leyes en materia penal ha puesto en duda la estructura garantista de la jurisdicción, creando incertidumbre sobre su legitimidad al ser derechos y garantías sin efectividad en la práctica. Siendo determinante el garantismo como criterio de valoración del grado de validez o legitimidad y, a la inversa, de invalidez o ilegitimidad constitucional de nuestras instituciones penales y procesales y de su funcionamiento concreto.

“Garantismo, en efecto, significa precisamente tutela de aquellos valores o derechos fundamentales cuya satisfacción, aun contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador del derecho penal: la inmunidad de los ciudadanos contra la arbitrariedad de las prohibiciones y de los castigos, la defensa de los débiles mediante reglas del juego iguales para todos, la dignidad de la persona del imputado y por consiguiente la garantía de su libertad mediante el respeto también de su verdad. Es precisamente la garantía de estos derechos fundamentales la que hace aceptable para todos, incluida la minoría de los reos y los imputados, al derecho penal y al mismo principio mayoritario” (Ferrajoli, 1995, pág. 335336)

El garantismo en un sistema de derecho está guiado por el principio de estricta legalidad, que es propio de este sistema caracterizado por ser cognoscitivo (saber) o de poder mínimo, capaz de minimizar la violencia y de maximizar la dignidad humana y la libertad a través de los límites impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, es garantista todo sistema penal que se ajusta a este principio; buscando la inmunidad del ciudadano frente a las intervenciones arbitrarias, que es el derecho fundamental específico sobre el que se funda su legitimación sustancial, garantizada precisamente por la estricta legalidad.

Esta sujeción a la ley es justamente el contenido garantista de la obligación política a la que se vinculan jueces y funcionarios con el juramento de fidelidad a la constitución y a las leyes prestado en la toma de posesión de sus cargos: la obligación de observar las leyes, al identificarse con la de aplicarlas, que en principio parecería por tanto incondicionada y enteramente formal, también debe ser acatada materialmente. Es una cuestión de conciencia de los jueces y de los

funcionarios elegir la personificación de tales funciones de poder y aceptar hacerlo en un ordenamiento democrático y liberal o en uno totalitario; pero, una vez realizada esta opción, aplicar o no aplicar exactamente las leyes, deja de ser una cuestión de conciencia, al menos en un estado de derecho caracterizado por vínculos de estricta legalidad.

Mientras el buen ciudadano está obligado moral y políticamente, y no sólo jurídicamente, a obedecer las leyes; es que a falta de tal obligación ningún ordenamiento, ni siquiera el más aceptable, podría regir y funcionar. Por lo tanto la función utilitaria y garantista del derecho penal representan la minimización de la violencia, tanto privada como pública, la función garantista del derecho en general en cuanto a minimización del poder, o visto de otro modo, consiste en la primacía del derecho y en su separación de la moral en el ejercicio de los poderes públicos por parte de quien está investido de los mismos y en el funcionamiento práctico del estado de derecho.

Siendo el principio de legalidad penal una de las principales conquistas del estado constitucional, al constituirse en salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos, pues les permite conocer previamente cuándo y por qué razón pueden ser objeto de penas, ya sea privativas de la libertad o de otra índole, fijando reglas estables para impedir el abuso de poder de las autoridades penales del caso.

“El principio “no hay delito sin ley” permite escaparse colándose entre las mallas de la ley penal. Por eso Franz v. Liszt denominó al Código Penal, que realmente debería servir para combatir el delito, con una fórmula exagerada pero pegadiza, “la Carta magna del delincuente”. Ello significa lo siguiente: que así como en su momento la “Magna Charta Libertatum” británica (1215) protegía al individuo de intromisiones arbitrarias del poder

estatal, el Código Penal pone a cubierto al ciudadano (tanto al honrado como al no honrado) de todo castigo por una conducta que no haya sido claramente declarada punible antes del hecho. Que con ello en alguna ocasión pueda quedar impune una conducta especialmente refinada, socialmente nociva y por ello merecedora de pena, es el precio que ha de pagar el legislador por la falta de arbitrariedad y la seguridad jurídica (es decir, por la calculabilidad de la aplicación de la potestad punitiva del Estado).” (tomo I Claus Roxín. Derecho Penal Parte General, 1997, pág. 138)

La Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia han identificado las diferentes dimensiones del principio de legalidad en materia penal, las cuales podrían resumirse en: I) la reserva legal, pues la definición de las conductas punibles le corresponde al legislador y no a los jueces ni a la administración; II) la prohibición de aplicar retroactivamente las normas penales, por lo que un hecho no puede considerarse delito ni ser objeto de sanción si no existe una ley previa que así lo establezca, salvo el principio de favorabilidad; III) el principio de legalidad, en sentido estricto denominado de tipicidad o taxatividad, exige que las conductas punibles no solo deban estar previamente establecidas por el legislador, sino que deban estar inequívocamente definidas por la ley, por lo que la labor del juez se limita a la adecuación de la conducta reprochada en la descripción abstracta realizada por la norma.

Esta reserva legal es, entonces, una importante garantía para los asociados. Pero no basta, pues si la decisión legislativa de penalizar una conducta puede ser aplicada a hechos ocurridos en el pasado el principio de legalidad no cumpliría su función garantista. Una consecuencia obvia del principio de legalidad es entonces la prohibición de la aplicación retroactiva de las leyes que crean

delitos o aumentan las penas. No sólo un hecho no puede considerarse delito ni ser objeto de sanción si no existe una ley que así lo señale sino que además la norma sancionadora debe ser anterior al hecho o comportamiento punible, es decir, previa o preexistente.

La prohibición de la retroactividad y la reserva legal no son, sin embargo, suficientes, pues si la ley penal puede ser aplicada por los jueces a conductas que no se encuentran claramente definidas en la ley previa, entonces tampoco se protege la libertad jurídica de los ciudadanos, ni se controla la arbitrariedad de los funcionarios estatales, como tampoco se asegura la igualdad de las personas ante la ley, ya que la determinación concreta de cuáles son los hechos punibles recae finalmente, *ex post facto*, en los jueces, quienes pueden además interpretar de manera muy diversa leyes que no son inequívocas. Por eso, el principio de legalidad en sentido lato o reserva legal, esto es, que la ley debe definir previamente los hechos punibles, no es suficiente y debe ser complementado por un principio de legalidad en sentido estricto, también denominado como el principio de tipicidad o taxatividad, según el cual, las conductas punibles deben ser no sólo previamente sino taxativa e inequívocamente definidas por la ley, de suerte, que la labor del juez penal se limite a verificar si una conducta concreta se adecua a la descripción abstracta realizada por la ley; sólo de esa manera el principio de legalidad cumple verdaderamente su función garantista y democrática, se protege la libertad de las personas y asegura la igualdad ante el poder punitivo estatal.

El principio de legalidad se relaciona de manera dinámica con el debido proceso y se edifica bajo tres pilares: la reserva legal, la irretroactividad y la tipicidad y taxatividad (norma previa y preexistente), refiriéndonos concretamente a este último pilar, resulta útil lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-181 de 2016, donde, se refirió a la importancia del mismo para salvaguardar la

libertad de los ciudadanos, garantizar la igualdad y la seguridad jurídica, así como para evitar la arbitrariedad en el ámbito de la penalización. En conclusión, la tipicidad o taxatividad es una garantía constitucional que hace parte del núcleo esencial del principio de legalidad en materia penal. Dicho principio se expresa en la obligación que tiene el legislador de establecer de manera clara, específica y precisa las normas que contienen conductas punibles y sus respectivas sanciones. Por su parte, el principio de legalidad materializa el derecho fundamental al debido proceso, garantiza la libertad individual y la igualdad de las personas ante la Ley.

LA PRISIÓN COMO PENA PRINCIPAL

¿Porque existe la prisión?

El proceso penal y la prisión se justifican desde una visión utilitarista y garantista de la pena precisamente en cuanto a técnica de minimización de la reacción social frente al delito, reducción de la violencia, pero también del arbitrio que de otro modo se produciría con formas aún más salvajes y desenfrenadas. Siendo el derecho penal y la sanción:

“el instrumento, el medio por el que las relaciones de convivencia pasan del estado salvaje al estado civil y cada uno es reconocido como persona. En este sentido, la pena es la negación de la venganza, del mismo modo que el derecho en general es la negación de la guerra. Recuérdese el paradigma hobbesiano: el derecho es la alternativa al bellum ómnium, es

decir a la violencia desregulada de la guerra. Con él se sale del estado de naturaleza y la sociedad salvaje se civiliza” (El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal, Luigi Ferrajoli, 2007, pág. 12)

Igualmente el castigo ha tenido varias etapas, luego de superar su administración privada (venganza) como lo manifiesta, Norberto Hernández Jiménez:

“La historia del castigo, tras superar su administración privada con el objeto de alcanzar la venganza, puede dividirse en tres periodos principales: (i) alta edad media, (ii) baja edad media, (iii) modernidad. En cada una de estas etapas existen características especiales: (i) fines monetarios/pena pecuniaria (los delitos eran motivados por los impulsos primitivos de la sexualidad y el odio, dejando en segundo plano las agresiones contra la propiedad, ya que los bienes podían gestionarse por el mismo individuo), (ii) penas corporales crueles y pena de muerte (la separación de clases aumenta los delitos contra la propiedad y (iii) la prisión como institución que administra la fuerza laboral de los presos (escasez de mano de obra). En esta última etapa se transforma al criminal en proletariado, convirtiéndolo en un sujeto disciplinado y mecánico, apto para la sociedad industrial.” (El derecho penal de la cárcel, una mirada al contexto colombiano con base en el giro punitivo y la tendencia al mayor encarcelamiento, Pág. 36, 2018)

Así es que, la necesidad, dice Beccaria, fue “la que obligó a los hombres a ceder parte de su propia libertad” (1764) y es cierto que cada uno no quiere poner en el depósito público sino la porción más pequeña que sea posible, aquella sólo que baste a mover a los hombres para que le defiendan. La base para entender la dinámica de la prisión es sobre la concepción de una empresa o industria del

castigo sobre la que es legítimo ejercer control y vigilancia sobre un grupo poblacional, por lo que es conveniente analizar un poco la historia del castigo y la pena debido a que la segunda es el camino a través del que se realice el primero evitando la venganza, teniendo en cuenta que:

“Si se parte de que el Derecho penal debe garantizar una convivencia pacífica y libre en la sociedad, algo que no puede cuestionarse con seriedad, las teorías de la pena determinan el camino con el que puede conseguirse esa meta: mediante la influencia en el delincuente individual (prevención especial) o sobre todos los miembros de la comunidad (prevención general), y mejor aún, mediante ambos a la vez. De ello resulta una teoría preventiva de la pena que conjuga la medida en la que pueden conseguirse ambas posibilidades de influencia, que a menudo divergen en sus resultados, de tal forma que según los parámetros de un Estado social de Derecho resulta de igual forma beneficiosa, o al menos aceptable, para la sociedad, la eventual víctima y el autor” (La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal, Claus Roxin, 2000, pág. 59)

Encontramos que la manera de aplicar el castigo se ha modificado a lo largo del tiempo, dejando a un lado penas crueles e inhumanas, mutilaciones, actos degradantes, pena de muerte, tortura, entre otros, y en su reemplazo, aparece la prisión como solución a estas penas, bajo la fachada de “humanización”⁶ del castigo al infractor de la ley penal y que debe ser sancionado, pero como veremos “el encarcelamiento es una de las más importantes maneras de infligir dolor” (Christie 1993, pág. 42); provocando en cierta medida un dolor

⁶ “...si bien surgió como un castigo más humano frente a la pena de muerte, es discutible si hoy la seguimos concibiendo como una pena humanitaria” (Larrauri, 2015, pág. 147). En el caso colombiano se debe tener en cuenta el ECI.

corporal⁷, por lo que su implementación eliminó la pena física pero permanece una pena psicológica que es producto de la duración de la pena y su prolongación en el tiempo.

Es así como el derecho penal en sus orígenes ha sustituido la venganza privada por la pena de prisión, definiendo esta relación como una lucha constante que busca prevenir manifestaciones de actos atroces o violentos en busca de venganza y aplicar la ley del talión⁸, puede identificarse en una palabra con el

impedir que los individuos se tomen la justicia por su mano o, más en general, con la minimización de la violencia en la sociedad. La ley penal se dirige a reducir esta doble violencia, previniendo mediante su parte prohibitiva la razón de la fuerza manifestada en los delitos y mediante su parte punitiva la razón de la fuerza manifestada en las venganzas u otras posibles reacciones informales.

Esta formalización legal de la pena de prisión constituye un presupuesto esencial para su minimización conforme al criterio utilitarista y humanitario, más allá de cualquier argumento utilitario, el valor de la persona humana impone una limitación fundamental a la calidad y a la cantidad de la pena. Es éste el valor sobre el que se funda irreductiblemente el rechazo de la pena de muerte, de las penas corporales, de las penas infamantes y por otro lado de la cadena perpetua⁹ y de las penas privativas de libertad excesivamente largas.

⁷ Foucault 1976, pág. 22-23

⁸ “Es bien cierto que en los orígenes del derecho penal la pena ha sustituido a la venganza privada. Pero esta sustitución no es ni explicable históricamente ni mucho menos justificable axiológicamente con el fin de satisfacer mejor el deseo de venganza, que es de por sí una culpable y feroz pasión, sino, al contrario, con el de ponerle remedio y prevenir sus manifestaciones. En este sentido bien se puede decir que la historia del derecho penal y de la pena corresponde a la historia de una larga lucha contra la venganza. El primer paso de esta historia se produce cuando la venganza se regula como derecho-deber privado, incumbente a la parte ofendida y a su grupo de parentesco según los principios de la venganza de la sangre y la regla del talión. El

Debo añadir que este argumento tiene un carácter político, además de moral: sirve para fundar la legitimidad del estado únicamente en las funciones de tutela de la vida y los restantes derechos fundamentales; de suerte que conforme a ello un estado que mata, que tortura, que humilla a un ciudadano no sólo pierde cualquier legitimidad, sino que contradice su razón de ser, poniéndose al nivel de los mismos delincuentes.

segundo paso, bastante más decisivo, tiene lugar cuando se produce una disociación entre juez y parte ofendida, y la justicia privada -las represalias, los duelos, los linchamientos, las ejecuciones sumarias, los ajustes de cuentas- no sólo se deja sin tutela sino que se prohíbe. El derecho penal nace precisamente en este momento: cuando la relación bilateral parte ofendida y ofensor es sustituida por una relación trilateral en la que se sitúa en una posición de tercero o imparcial una autoridad judicial. (Ferrajoli, 1995, pág. 333) ⁹ De manera excepcional cuando un niño, niña o adolescente sea víctima de las conductas de homicidio en modalidad dolosa, acceso carnal que implique violencia o esté en incapacidad de resistir, se podrá imponer como sanción hasta la pena de prisión perpetua.

La humanidad de las penas, en el sentido de que toda pena cualitativa y cuantitativamente (superflua por ser) mayor que la suficiente para frenar reacciones informales más afflictivas para el reo puede ser considerada lesiva para la dignidad de la persona. Este es el presupuesto del que debe partir todo sistema que pretenda encarcelar a las personas, no se puede atentar contra la dignidad de las personas. Si la cárcel es un medio excepcional de resocializar y enfrentar graves casos de criminalidad, es una institución que debe ajustarse a los postulados de un estado social y democrático de derecho; pero si es una máquina para vengar institucional y salvajemente ofensas criminales, es una institución contraria al respeto de la dignidad humana y, por tanto, contraria al orden constitucional vigente e ilegítima.

¿Para que existe la prisión?

La pena de prisión es justificable si (y sólo sí) se reduce a un mal menor respecto a la venganza o a otras reacciones sociales y si (y sólo sí) el condenado obtiene de ella el bien de que le sustrae a castigos informales imprevisibles, incontrolados y desproporcionados. Esto basta para que la eventual justificación no entre en conflicto con el principio ético kantiano según el cual ninguna persona puede ser tratada como una cosa, es decir, como un medio para un fin ajeno. La pena de prisión, está justificada no sólo en el interés de los demás, sino también, en el interés del reo en no sufrir vejaciones mayores, teniendo en cuenta que.

“Además de ser jurídica, pública y judicial, la pena debe ser también necesaria, útil y proporcional. Toda pena, independientemente del delito del cual provenga, debe respetar unas reglas mínimas relativas al tratamiento de los reclusos, que se encuentran ligadas, de manera esencial, al concepto de dignidad humana y al principio según el cual la pena no tiene por objeto el infligir sufrimiento corporal. Su carácter necesario significa que la pena no debe ser impuesta de manera arbitraria, es decir, cuando no guarda relación con el fin perseguido por ella. La pena, además de necesaria debe ser útil. La pena debe ser un instrumento adecuado para servir a sus fines de prevención, retribución, protección o resocialización. Si los fines de la pena pueden conseguirse por otros medios menos costosos o menos aflictivos, la pena no es necesaria y por lo tanto no puede ser útil. La pena debe ser también proporcional. La proporcionalidad se obtiene con la comparación entre el daño ocasionado por el delito y el daño causado por la pena” (nuevo foro n°61, jurisprudencia constitucional y derechos de las personas privadas de la libertad, José Fernando Reyes Cuartas, 1999, pág. 195)

Existiendo así una relación de especial sujeción que establece limitaciones a partir de unos límites generales o principios guías; o pauta del hacer de todo servidor público como lo denomina Reyes Cuartas al manifestar como tales, las siguientes:

- “1. *Principio de legalidad de la actuación limitativa*
2. *Principio de la proporcionalidad*
3. *Principio de la razonabilidad*
4. *Principio de interdicción de exceso*
5. *Principio de favor libertatis*
6. *Principio de conservación del núcleo esencial de los derechos*
7. *Principio de dignidad humana*
8. *Principio de ne bis in ídem*” (nuevo foro n°61, jurisprudencia Constitucional y derechos de las personas privadas de la libertad, José Fernando Reyes Cuartas, 1999, pág. 181)

La idea de la *poena medicinalis*, ya formulada por Platón y recogida después por santo Tomás, según la cual los hombres que delinquen pueden ser no sólo castigados sino también constreñidos por el estado a hacerse buenos, se relaciona con el fin de la pena, de la reeducación y recuperación moral del condenado, en la presuposición de que es un sujeto inmoral a redimir, pero que a través de actividades como:

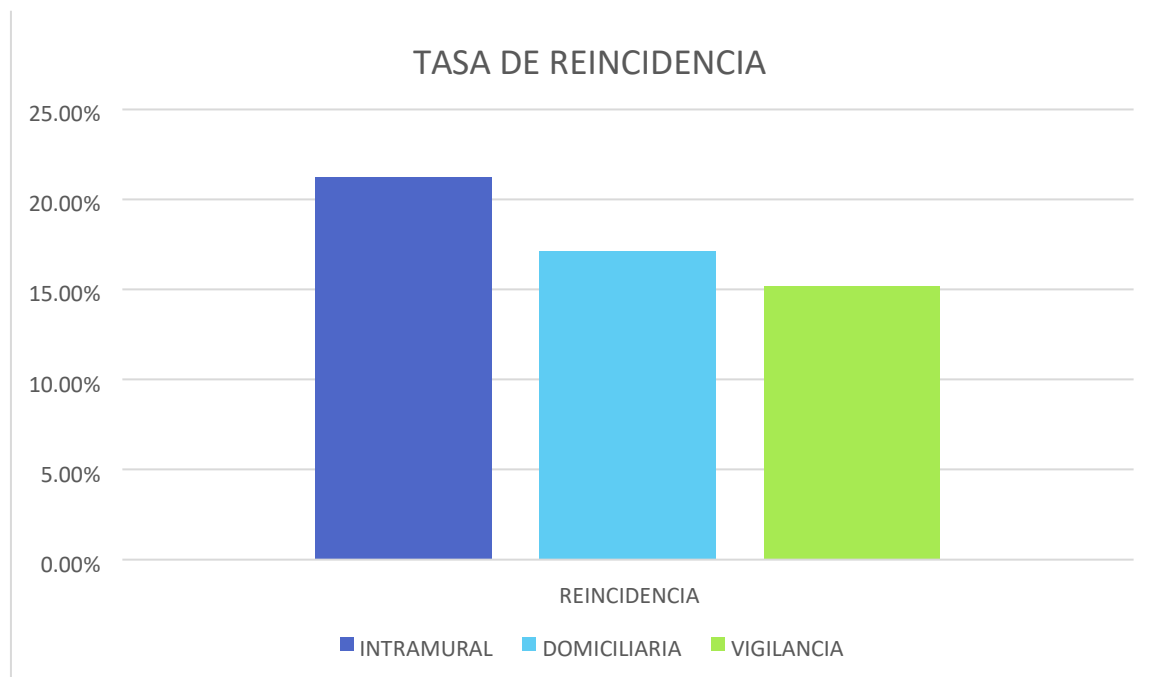
“el trabajo que desarrolla el fin primordial de la pena, es la resocialización (C.P y C., art 9). Entendida esta no ya como la introyección forzosa de unos valores sino como el ofrecimiento de estos para que el penado, en el futuro, lleve una vida sin delitos” (nuevo foro n°61,

jurisprudencia constitucional y derechos de las personas privadas de la libertad, José Fernando Reyes Cuartas, 1999, pág. 184)

Naturalmente esta concepción pedagógica y benéfica de la función represiva, si sirve acaso para sustraerla a la objeción kantiana que va acompañada de una concepción represiva de la función pedagógica. Función que se ve truncada, pues, aunque la prisión es una de las herramientas en la guerra contra el delito, que buscan evitar las violaciones a los derechos fundamentales de las personas mediante la resocialización de quienes delinquen, no lo ha logrado, puesto que la reclusión en las condiciones de crisis que se enfrenta, impiden que el encierro sirva adecuadamente a los propósitos que se le asignan de resocialización. De hecho, como se ha dicho, las condiciones de reclusión aceleran y propician ciclos del crimen.

Las prisiones constituyen el punto más débil de nuestro sistema penal y el lugar en donde se concentran las mayores violaciones a los derechos humanos (criminalización terciaria). El abandono, el abuso, las pésimas condiciones de vida y el hacinamiento son elementos que contribuyen a entender que tengamos una población penitenciaria con tanta propensión a la violencia, con altos índices de adicción a las drogas, con verdaderas epidemias de sida o tuberculosis y altas tasas de suicidios, entre otros graves problemas. Lo anterior muestra por qué en muchos países de la región los sistemas penitenciarios son considerados verdaderas universidades del delito. Además del fenómeno de reincidencia que actualmente se encuentra en:

Grafica n° 1



Fuente: elaboración propia con base en las estadísticas del INPEC (Noviembre de 2020)

Nota: la reincidencia en la población privada de la libertad en calidad de condenados se encuentra: 21,27% en personas con prisión intramural, 17,1% en personas bajo prisión domiciliaria y 15,21% en personas bajo vigilancia, es decir en fase de confianza. Debe tenerse en cuenta que para el INPEC la reincidencia hace referencia a aquellos individuos que, habiendo sido condenados, han vuelto a ser privados de la libertad y se les ha impuesto una pena en establecimientos penitenciarios.

Jurisprudencia Corte constitucional sobre el estado de cosas inconstitucional

La Corte Constitucional a través de diversas sentencias de tutela se ha pronunciado sobre la violación masiva y sistemática de derechos fundamentales

de las personas privadas de la libertad, resaltando las sentencias 153 de 1998⁹, T 388 de 2013¹⁰ y T-762 de 2015¹¹. La primera de estas sentencias fue la encargada de declarar el estado de cosas inconstitucional por la precaria infraestructura carcelaria, la segunda y tercera sentencia, declaran este estado de cosas inconstitucional pero haciendo un análisis profundo sobre la política criminal y los derechos de la población reclusa.

Si bien como se resaltó en la sentencia T-388 de 2013, el estado de cosas inconstitucional decretado por segunda vez es distinto al declarado en 1998, no deja de ser indignante que el sistema penitenciario y carcelario nunca haya tenido una etapa de equilibrio y por el contrario se aumenten los tiempos en prisión, se propenda por un derecho penal como solución a los males de la sociedad sin que se apliquen políticas públicas sólidas y estudios serios que respalden la política

criminal teniendo el derecho sancionatorio como la última ratio y no como un todo, sino parte de la política criminal del Estado.

Sentencia T 153 de 1998

En esta decisión se acumularon dos procesos de tutela para revisión por la sala tercera de la Corte Constitucional, se ordenaron inspecciones judiciales a la cárcel la modelo de Bogotá y la cárcel bellavista de Medellín para constatar la vulneración de derechos como la salud, la dignidad humana, igualdad, intimidación, etc., fue así como la comisión judicial, pudo llegar a la conclusión de que las condiciones de reclusión en las dos cárceles citadas son absolutamente

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T 153 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, abril 28 de 1998)

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T 388 de 2013 (M.P. María Victoria Calle Correa, junio 28 de 2013)

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia T 762 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, diciembre 16 de 2015)

infrachumanas, indignas de una persona, cualquiera sea su condición personal¹². 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 con los marginados.

En cuanto a las condiciones de hacinamiento, la corporación al tomar su decisión se basó en un estudio realizado por la Oficina de Planeación del INPEC, en 1997, denominado “Análisis de la población general de reclusos y el fenómeno del hacinamiento”. De acuerdo con el mencionado estudio, se pueden distinguir

cuatro etapas dentro del fenómeno de la ocupación carcelaria en Colombia, a saber: la época del asentamiento, entre 1938 y 1956; la época del desborde, entre 1957 y 1975; la época del reposo, entre 1976 y 1994; y la época de la alarma, desde 1995 hasta la fecha. Igualmente se resaltan unas categorías de derechos de las personas privadas de la libertad ya ampliamente desarrolladas por esa corporación, entre los que se mencionan, los derechos restringidos, los derechos suspendidos y por última los derechos con plena vigencia, es decir los derechos que mantienen su incolumidad¹³. Esto atendiendo a la especial relación de

¹² El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Ley 74 de 1968, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José - señalan en sus artículos 10 y 5, respectivamente, que las personas privadas de la libertad deben ser tratadas de acuerdo con la dignidad que les confiere su condición de seres humanos. Los tratados señalados también imponen el respeto al principio de la presunción de inocencia - consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política. Este principio, como ya se precisó, tiene dos consecuencias: la primera es que la privación de libertad para los sindicados es una medida extrema, a la que no se debe recurrir sino en los casos que realmente lo ameriten. De acuerdo con las reglas de Tokio - las reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, adoptadas mediante la resolución 45/110 de la Asamblea General, el 14 de diciembre de 1990 - ello significa que “sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima”. La segunda consecuencia es que en los casos en los que se determine la detención preventiva no se debe mezclar a los sindicados con los condenados.

¹³ “En su jurisprudencia, la Corte Constitucional ha expresado de manera reiterada que, si bien algunos derechos fundamentales de los reclusos son suspendidos o restringidos desde el momento en que éstos son sometidos a la detención preventiva o son condenados mediante sentencia, muchos otros derechos se conservan intactos y deben ser respetados íntegramente por las autoridades públicas que se encuentran a

sujeción existente entre el estado y la población reclusa, siempre y cuando se respete el principio de proporcionalidad en la intervención de derechos humanos.

Sentencia T 388 de 2013

El estado de cosas inconstitucional del sistema penitenciario y carcelario que se constató en la sentencia T-153 de 1998 por hacinamiento y por abandono de un sistema penitenciario y carcelario con una infraestructura vetusta, acabada y, por definición, inútil e inadecuada para lograr los fines de resocialización que se demanda al sistema fue superado en gran medida. No totalmente, pero sí en cuanto al estado crítico en el cual se encontraba. Las medidas legislativas y

administrativas adoptadas en los años siguientes implementaron cambios al sistema penitenciario y carcelario nacional que permitieron superar la gravísima situación que se enfrentó en 1998.

En esta nueva declaratoria de estado de cosas inconstitucional se deja claro que el problema del hacinamiento, que por definición es ya suficientemente grave, no es ni el único ni el más grave de los que enfrenta el sistema carcelario en Colombia. De manera que hay ciertas condiciones de indignidad que un estado

cargo de los presos. Así, por ejemplo, evidentemente los derechos a la libertad física y a la libre locomoción se encuentran suspendidos y, como consecuencia de la pena de prisión, también los derechos políticos. Asimismo, derechos como los de la intimidad personal y familiar, reunión, asociación, libre desarrollo de la personalidad y libertad de expresión se encuentran restringidos, en razón misma de las condiciones que impone la privación de la libertad. Con todo, otro grupo de derechos, tales como la vida e integridad personal, la dignidad, la igualdad, la libertad religiosa, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la salud y al debido proceso, y el derecho de petición, mantienen su incolumidad a pesar del encierro a que es sometido su titular. Lo mismo cabe aseverar acerca del derecho a la presunción de inocencia, el cual, aun cuando no imposibilita la expedición de medidas de aseguramiento, sí obliga a los jueces a justificar en cada caso la orden de detención precautelativa, y a la administración a mantener separados a los sindicados y a los condenados". Corte Constitucional. Sentencia T 153 de 1998 (M.P Eduardo Cifuentes Muñoz, abril 28 de 1998)

respetuoso de la carta de derechos no puede, bajo ninguna circunstancia justificar. Por supuesto, la ausencia de capacidad económica es uno de esos argumentos base para desconocer los mínimos de respeto más básicos que merece un ser humano; la situación en la que se encuentra materialmente el sistema penitenciario y carcelario, se explica en gran medida por la política criminal y, en un sentido más amplio, de la política criminal en general, que se restringe simplemente en la alternativa penal.

Es así como en esta sentencia se dispuso que hasta tanto las autoridades carcelarias no dispongan otra medida adecuada y necesaria que garantice, por una parte, la superación del estado de cosas contrario a la constitución, y, por otra, la posibilidad de seguir privando de la libertad a las personas frente a las que corresponda adoptar tal decisión, se deberán aplicar “*las reglas de equilibrio decreciente o de equilibrio*”, según la cual se permita el ingreso de personas al establecimiento siempre y cuando no se aumente el nivel de ocupación y se haya estado cumpliendo el deber de disminuir constantemente el nivel de hacinamiento.

Sentencia T 762 de 2015

Se realiza un análisis de la política criminal del estado como una de las problemáticas principales del estado de cosas inconstitucional, dando unos parámetros mínimos para la creación de una política criminal respetuosa de los derechos humanos y que se resumen en los siguientes:

- a. debe tener un carácter preventivo. Uso del derecho penal como última ratio
- b. debe respetar el principio de la libertad personal, de forma estricta y reforzada

- c. buscar como fin primordial la efectiva resocialización de los condenados
- d. Las medidas de aseguramiento privativas de la libertad deben ser excepcionales
- e. Ser coherente
- f. Estar sustentada en elementos empíricos
- g. Ser sostenible. Medición de costos en derechos económicos
- h. Debe proteger los derechos humanos de los presos

La contribución de esta sentencia está centrada en la adopción de medidas concretas que dinamicen algunos elementos de la política criminal y permitan a su vez crear incentivos institucionales que den mayor sostenibilidad a las medidas adoptadas para superar el estado de cosas inconstitucional en el sistema carcelario y penitenciario que la Corte Constitucional adoptó en Sentencia T-388 de 2013. Es por esto que la sala quinta de revisión de tutelas reiteró en esta sentencia el estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario y carcelario, declarado en la sentencia T-388 de 2013, como consecuencia de la existencia de fallas estructurales en él, relacionadas directamente con la política criminal adoptada por el legislador, derivado en el compromiso masivo de varios derechos fundamentales en el país, como se desprende de las verificaciones efectuadas en cada uno de los 16 centros de reclusión sobre los que versó el presente análisis, donde se pudo constatar que la población reclusa en estos centros penitenciarios asciende a más de 24.107 internos de los 117.000 a nivel nacional, que presentan condiciones de existencia análogas, como lo han manifestado los intervinientes en este proceso, y como ya lo ha constatado esa corporación.

Estado actual de las cárceles

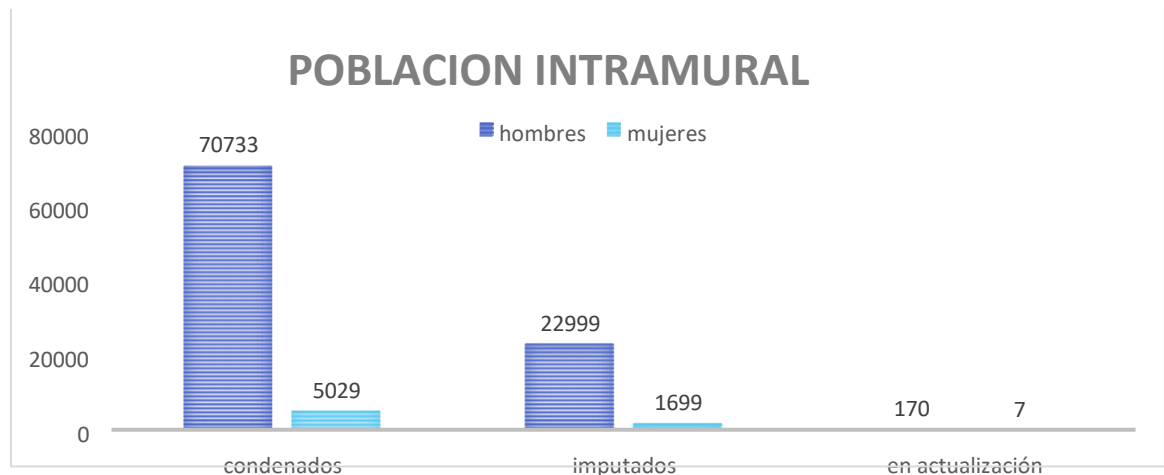
Las condiciones actuales en las prisiones colombianas implican que los bienes mínimos para garantizar una vida digna en prisión (una celda, un “camastro”, oportunidad de trabajar y de estudiar) sean absolutamente escasos. En el medio carcelario ello significa que la distribución y asignación de esos bienes se realice a través de los mecanismos de la corrupción y la violencia. Esta situación es precisada por el INPEC, el cual, luego de resaltar que la congestión carcelaria atenta contra el principio de que el tratamiento penitenciario debe ser individualizado:

“La congestión dificulta la seguridad y el manejo de espacios libres; el hacinamiento refuerza los factores de riesgo para la desocialización; tratar en la congestión tiene altos costos sociales, institucionales y económicos y bajo impacto y cobertura; por último, la congestión genera corrupción y privilegios en la asignación de beneficios o recursos individuales”. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-153/98, consideración N° 35, párrafo 3).

Para el mes de septiembre del año 2020, el Estado actual de las cárceles es el siguiente: existen 132 establecimientos carcelarios en 28 departamentos, distribuidos en 6 regionales¹⁴ que se encuentran a cargo del INPEC, establecimientos con capacidad para 80.699 cupos y que a la fecha albergan 100.637 personas que se dividen de acuerdo a la siguiente gráfica:

Grafica n°2

¹⁴ Regional central, occidente, norte, oriente, noroeste y viejo caldas.



Fuente: elaboración propia con base en las estadísticas del INPEC
(Septiembre de 2020)

Nota: La capacidad de los 132 establecimientos carcelarios en Colombia suman 80.699 cupos carcelarios y de acuerdo a la gráfica anterior existe una población de 100.637 entre hombres y mujeres, que según la descripción se clasifican en condenados, imputados y en actualización, donde la población masculina asciende a: 70.733 condenados, 22.999 imputados y 170 en actualización y la población femenina asciende a 5029, 1.699 y 7 respectivamente; existiendo a la fecha un hacinamiento del 24.8%.

Se observa con gran preocupación que el estado de cosas inconstitucional no ha sido superado, si bien se observa una disminución de la población privada de la libertad a raíz de la actual emergencia sanitaria por la que atraviesa el país debido al COVID-19, que trajo consigo la expedición de la resolución 1144 del 22 de marzo de 2020, donde el director del INPEC declaró el estado de emergencia penitenciario y carcelario; además del decreto 546 del 14 de abril de 2020, que adoptó nuevas medidas para sustituir la prisión intramural por prisión domiciliaria;

en busca de evitar la propagación del virus en establecimientos carcelarios debido a la imposibilidad de distanciamiento social, teniendo en cuenta la población que pudiere verse afectada en mayor medida con este virus por el alto grado de hacinamiento, que a la fecha se encuentra en 24.8% (evidenciándose una disminución desde el inicio de la investigación)¹⁵ esta tiende a empeorar con el pasar de los años; incluso llegando a afectar las estaciones de policía que son centros de reclusión transitoria y que se sabe que estas personas privadas de la libertad se encuentran en las mismas o peores condiciones que los que se encuentran en establecimientos penitenciarios y carcelarios debido a su hacinamiento.

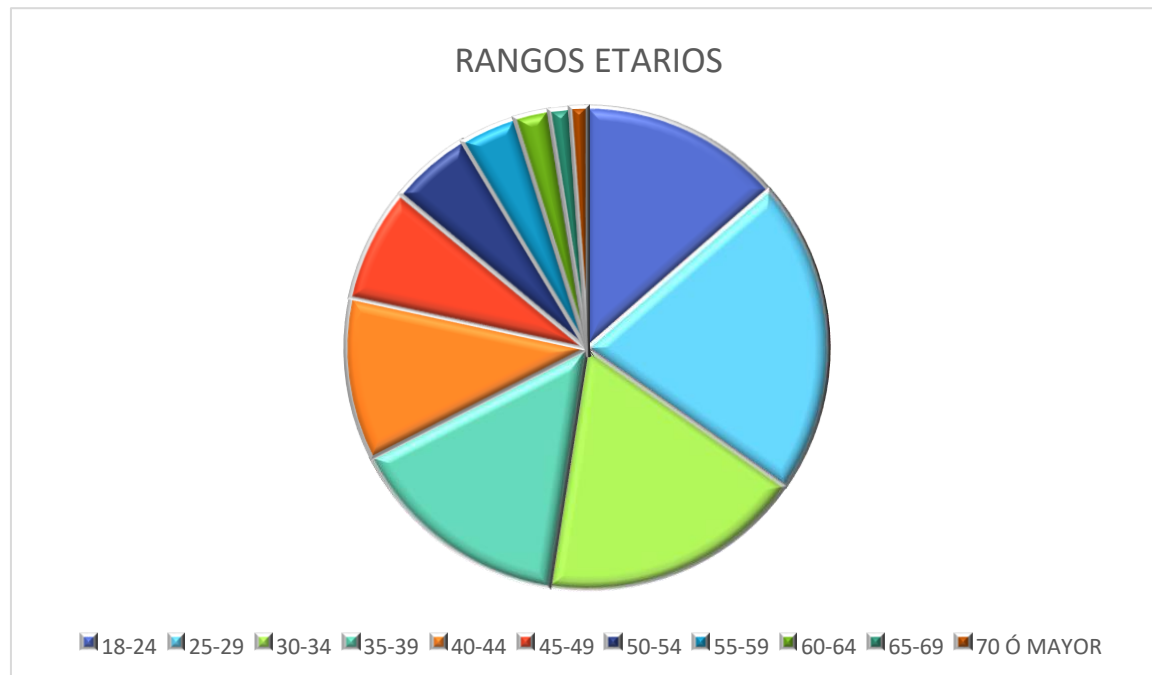
La política criminal y carcelaria es selectiva y excluyente, se concentra en personas vulnerables. El sistema penitenciario y carcelario se concentra en jóvenes de escasos recursos y estratos bajos. Así, por ejemplo, se ha sostenido que:

“[...] la población reclusa no ha variado significativamente las últimas tres décadas y [...] tiene rasgos similares: es una población relativamente joven, en su gran mayoría del sexo masculino, con bajos niveles de educación formal y desempleada o con trabajos de bajos ingresos antes de entrar a prisión. Puede decirse entonces que la mayoría de la población carcelaria proviene de sectores

¹⁵ La capacidad de los 134 establecimientos carcelarios en Colombia suman 80.192 cupos carcelarios y de acuerdo a la gráfica anterior existe una población de 125.187 entre hombres y mujeres, que según la descripción anterior, se clasifican en condenados, imputados y en actualización, donde la población masculina asciende a un total de 116.330, 79.436 condenados, 36.331 imputados y 563 en actualización y la población femenina asciende a 5.688, 3.087 y 82 respectivamente; existiendo a la fecha un hacinamiento del 56,11%. (octubre de 2019).

marginales de la sociedad colombiana, sometidos a altos niveles de exclusión y pobreza.”¹⁶

Grafica n°2



Fuente: elaboración propia con base en las estadísticas del INPEC (noviembre 2020)

Nota: De la población privada de la libertad que para la fecha se estima en 98.912 reclusos y según sus edades podemos concluir que la población mayormente privada de la libertad se encuentra dentro de los rangos de edad que van desde los 18 a los 39 años.

¹⁶ TNI/WOLA (2010) Sistemas sobrecargados; Leyes de drogas y cárceles en América Latina. Docuprint SA. Argentina, 2010. En este estudio se concluyó que los resultados de la investigación “[...] confirma la percepción de que el peso de la ley recae sobre una parte específica de la población, personas de poca educación, pocos recursos, desempleados o con trabajos informales.”

En otras palabras, la política criminal existente ha llevado a que el sistema penitenciario y carcelario se ensañe, sistemáticamente, en contra de algunas de las personas más débiles de la sociedad, debido su grado de exclusión y marginación y falta de oportunidades. Esto quiere decir que el estado de cosas del sistema penitenciario y carcelario implica una violación flagrante en contra del mandato constitucional según el cual, *“[el] Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y se sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se comentan.”* (Art. 13, CP)

Dependiendo de la alarma social o de las conveniencias políticas, el condenado está destinado a servir de chivo expiatorio para satisfacer discursos políticos, criminalizando conductas de bagatela; pero nunca centrándose en los grandes problemas sociales como la falta de oportunidades laborales, exclusión social, nivel educativo de la población, etc., si bien existen personas de todo tipo y condición social que comenten actos considerados criminales en una sociedad y tener dinero no excluye a la persona de caer en el mundo de la criminalidad, ni carecer de dinero implica terminar en tales actos. Pertenecer a determinados contextos sociales suele conllevar a que las personas estén más próximas a cometer cierto tipo de actos criminales antes que otros.

La exclusión y la marginalidad, sí son uno de esos tantos contextos sociales en que el desconocimiento e irrespeto de la ley tiene cabida y puede propiciar la comisión de cierto tipo de actos que, por su gravedad, además de ilegales son considerados criminales. Por eso, los establecimientos penitenciarios y carcelarios deben encargarse de tomar medidas adecuadas y necesarias, para asegurar la efectiva reinserción en la sociedad de aquellas personas marginadas y excluidas

socialmente por su condición socio económica que se encuentran privadas de la libertad.

LIBERTAD CONDICIONAL

La figura de la libertad condicional

Es una figura propia del proceso de ejecución de la sentencia haciendo parte integral del sistema progresivo,¹⁷ implementado por la ley 65 de 1993 para el tratamiento penitenciario¹⁹ en su quinta y última fase del tratamiento, llamándola fase llamada de confianza, que es la que coincide con la aplicación de esta figura procesal o subrogado penal, como lo manifiesta Reyes Cuartas, que la esencia del sistema progresivo o de individualización científica es la fragmentación o distribución de la ejecución de la pena privativa de libertad en varios periodos o etapas, en cada uno de los cuales se van otorgando al recluso más ventajas y privilegios. (Nuevo foro n°61, jurisprudencia constitucional y derechos de las personas privadas de la libertad, José Fernando Reyes Cuartas, 1999, pág. 192)

Sin embargo la libertad condicional no es un beneficio al que se accede de manera automática cuando se cumplen ciertos requisitos formales, sino que el mismo depende de la valoración que haga el funcionario judicial encargado del

cumplimiento de la sanción de la conducta punible, todo esto basado en el efecto resocializador de la pena y el fundamento de transición necesario para la

¹⁷ Art. 12. Sistema progresivo: el cumplimiento de la pena se regirá por los principios del sistema progresivo.

¹⁹ Art. 143 "tratamiento penitenciario" y Art.144 "fases del tratamiento" de la ley 65 de 1993.

liberación y la reducción de la reincidencia, esta no sólo se encuentra subordinada al cumplimiento de ciertos requisitos objetivos sino, además, a la valoración de los elementos subjetivos por parte del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, siendo notorio que el sistema progresivo en la concesión del subrogado penal no es obligatorio y se torna facultativo contradiciendo la razón de ser del sistema penitenciario y carcelario, siendo importante resaltar que en la etapa de vigilancia la reincidencia es menor por lo que propicia la reinserción de las personas a la sociedad como incentivo a observar una buena conducta.

“la libertad condicional es un elemento consustancial al sistema progresivo. Así, en la medida que los estudios, evaluaciones, valoraciones, hechas al interior del penal, por el personal competente, arrojen un resultado satisfactorio en el proceso resocializador, por execrable que fuere el delito o los antecedentes del penado, la libertad condicional se erige en derecho pero a la vez en obligación para quien acoge como paradigma de ejecución, el dicho sistema progresivo, a saber, el estado” (nuevo foro n°61, jurisprudencia constitucional y derechos de las personas privadas de la libertad, José Fernando Reyes Cuartas, 1999, pág. 193)

Inicialmente la regulación de esta figura procesal estaba tipificada en la ley 890 de 2004 que modificó el artículo 64 del código penal así:

“Artículo 5°. El artículo 64 del Código Penal quedará así:

*Artículo 64. Libertad condicional. El juez **podrá** conceder la libertad condicional al condenado a pena privativa de la libertad **previa valoración de la gravedad de la conducta punible**, cuando haya cumplido **las dos terceras partes de la pena y su buena conducta durante el tratamiento***

penitenciario en el centro de reclusión permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución de la pena. En todo caso su concesión estará supeditada al pago total de la multa y de la reparación a la víctima.

El tiempo que falte para el cumplimiento de la pena se tendrá como período de prueba. Cuando este sea inferior a tres años, el juez podrá aumentarlo hasta en otro tanto. (Apartes que fueron objeto de estudio por la Corte Constitucional en sentencia C-194 de 2005)

Posteriormente, después de declarada la exequibilidad condicionada del articulado anterior, se introducen unas nuevas modificaciones a la norma sustantiva penal a través de Ley 1709 de 2014 que en su artículo 30 dispuso:

“Artículo 30. Modifícase el artículo 64 de la Ley 599 de 2000 el cual quedará así:

*Artículo 64. Libertad condicional. El juez, **previa valoración de la conducta punible, concederá** la libertad condicional a la persona condenada a pena privativa de la libertad cuando haya cumplido con los siguientes requisitos:...” (Negrillas y subrayas de aparte que fue objeto de estudio por la Corte Constitucional en sentencia C -757 DE 2014).*

Ante quien se pide y requisitos para su procedencia

El estudio de las condiciones subjetivas y objetivas requeridas para conceder el beneficio de la libertad condicional, corresponde al juez de ejecución de penas, quien está en la obligación de desplegar una argumentación jurídica completa, justificativa de la decisión que ha de adoptarse. Así las cosas, en primer lugar la providencia por la cual se concede o se niega el beneficio de la libertad condicional debe encontrarse suficientemente motivada. Siendo la motivación de la providencia el requisito que garantiza la posibilidad de impugnarla, por lo que la misma debe contener las razones determinantes de la decisión, y a pesar de la discrecionalidad con la que goza el juez al emitir su decisión, esta debe contar con elementos que permitan afirmar que la decisión es razonable y basada en criterios que puedan ser controvertidos.

La valoración que hace el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad debe estar acorde con los términos en que haya sido evaluada la gravedad de la conducta en la sentencia condenatoria por parte del juez de la causa. Y la providencia por la cual se niega o se concede el beneficio de la libertad condicional 1) debe estar suficientemente motivada, 2) los motivos aducidos deben haberse demostrado, y 3) la motivación justificativa de la decisión debe cumplir con el requisito de razonabilidad, el cual se verificará de acuerdo con las condiciones de reclusión del condenado.

El mismo artículo 64 del código penal, trae los requisitos objetivos y subjetivos para otorgar esta figura; además de eso el juez debe analizar no sólo la providencia condenatoria, sino también otros factores como el comportamiento en prisión y la necesidad de continuar con el tratamiento penitenciario. Ahora bien, los requisitos traídos por la norma actualmente vigente¹⁸ son haber cumplido las 3/5

¹⁸ Ley 1709 de 2014, que modificó el artículo 64 de la ley 599 de 2000.

partes de la pena de prisión impuesta, donde se tendrá en cuenta tanto el tiempo de privación efectiva de la libertad, como las redenciones de penas concedidas al condenado, es decir entre tiempo físico y rebajado. Adicionalmente debe satisfacerse el requisito subjetivo, que corresponde a haber observado buena conducta durante el tiempo en reclusión y demostrar arraigo. Así mismo se imponen las mismas obligaciones que para la suspensión de la ejecución de la pena, entre ellas la reparación de la víctima o el aseguramiento del pago mediante la constitución de alguna garantía, a menos que se demuestre insolvencia; el incumplimiento de estas medidas impuestas acarrea la revocatoria de este subrogado penal.

Para conceder el subrogado penal de la libertad condicional, el juez debe verificar, tanto el cumplimiento de los requisitos objetivos exigidos por la norma (haberse cumplido las tres quintas partes de la pena y haberse pagado la multa, más la reparación a la víctima), como el cumplimiento de los requisitos subjetivos que se derivan de la valoración de las condiciones particulares del condenado, valoración que de ninguna manera implica una nueva condena por los mismos hechos.

Restricciones para su concesión

La Corte Constitucional a través de sentencia de tutela precisó que el juez de ejecución de penas debe verificar que la «regla general» y la «regla de excepciones» se satisfagan para acceder o no la libertad condicional. Así, la primer pauta atañe a cotejar los requisitos específicos -objetivos y subjetivos-, regulados en el artículo 64 de la Ley 599 de 2000, y la segunda, a constatar que el

caso sometido a estudio no se encuentre excluido de beneficios, según los artículos 68A ibídem, 26 de la Ley 1121 de 2006 y 199 de la Ley 1098 de 2006. Aunado a lo anterior deberá «valorar la conducta punible», lo que implica que, atendiendo a la interpretación condicionada establecida por la Corte Constitucional mediante sentencia C-194 de 2005, «debe tener en cuenta todas las circunstancias, elementos y consideraciones hechas por el juez penal en la sentencia condenatoria, sean éstas favorables o desfavorables al condenado»¹⁹.

Si el legislador consideró que determinadas conductas deben quedar exceptuadas del subrogado penal de libertad condicional ha podido excluirlas, atendiendo al principio de reserva legal y taxatividad. Al no hacerlo, no puede el intérprete – en este caso el juez de ejecución de penas – establecer distinciones entre diversas conductas, so pena de vulnerar el principio de igualdad y el principio de legalidad. Las distinciones con fundamento en la valoración de la conducta punible, si bien es válido hacerlas, corresponden a la etapa de juzgamiento y no a la de ejecución de la pena.

En ésta última etapa los criterios que puede el juez de ejecución de penas considerar son aquellos que se refieren a la resocialización del condenado, no a la valoración de la conducta punible. Sólo se debería permitir valorar la conducta observada por el interno durante el tiempo de reclusión a fin de deducirse que no es menester continuar con la ejecución de la pena (artículo 64 de la Ley 599 de 2000), en tanto una legítima y proporcional retribución justa que persigue la sanción es la respuesta del estado-jurisdicción a conductas que socavan o ponen

¹⁹ CSJ STP710 de 2015

en serio peligro bienes esenciales o vitales a la sociedad, mas no a la historia personal del individuo, a su manera de ser, a su carácter.

Por más dotados de humanidad y de sabiduría que puedan estar los jueces de vigilancia penitenciaria, es el objeto y la naturaleza de sus decisiones lo que hace que su función no sea jurisdiccional sino administrativa. La autoridad que dispensa o que niega un beneficio penal, de cualquier modo que se la llame, no comprueba hechos en régimen de contradicción y publicidad, sino que valora y juzga directamente la interioridad de las personas; no decide sobre la comisión de un delito, es decir, sobre una hipótesis empírica verificable y refutable, como exige el carácter cognoscitivo propio de la jurisdicción, sino inmediatamente sobre su buena conducta, su arrepentimiento sobrevenido o sobre otras valoraciones análogas inverificables e irrefutables por su naturaleza y la necesidad de continuar con la ejecución de la pena.

Durante la ejecución de las penas debe predominar la búsqueda de resocialización del delincuente, ya que esto es una consecuencia natural de la definición de Colombia como un estado social de derecho fundado en la dignidad humana (CP art. 1º), puesto que el objeto del derecho penal en un estado de este tipo no es excluir al delincuente del pacto social sino buscar su reinserción en el mismo. Por ello es lógico que los instrumentos internacionales de derechos humanos establezcan esa función resocializadora del tratamiento penitenciario. Igualmente la resocialización es una de las principales garantías de no repetición para las víctimas y para los derechos de las personas en general.

Es imperativo que el estado y los funcionarios judiciales analicen las condiciones en que los reclusos se encuentran, para adoptar medidas de resocialización. Además, el estado debe respetar el derecho a la igualdad y proteger las garantías que tienen todos los condenados del país, para asegurar su resocialización. Por esta razón, cuando un recluso se resocializa y cumple con los requisitos exigidos, no tiene por qué negársele su derecho a gozar de libertad condicional, con fundamento en la valoración de la conducta punible imponiendo cortapisas para la concesión de este subrogado incluso a través de restricciones a algunos delitos de los cuales la norma no contempla restricciones.

Discrecionalidad del juez al decidir su procedencia

Uno de los criterios que más ha afectado la crisis penitenciaria es que el legislador les ha otorgado demasiada discrecionalidad a los jueces de ejecución de penas quienes se niegan constantemente a conceder los subrogados penales con fundamento en un modelo de peligrosidad que se ha implantado en nuestro país, desconociendo la actual situación carcelaria. En esa medida, es la arbitrariedad de los jueces de ejecución, prohijada por la falta de criterios claros fijados por el legislador y restricciones impuestas a través de jurisprudencia, lo que ha llevado al estado de cosas inconstitucional en relación con la situación carcelaria, debido a que el estudio del derecho penal en la fase de ejecución de la pena está siendo relegado a un aspecto secundario.

El sistema progresivo como característica del sistema penitenciario y carcelario, contempla como consustancial e inherente a la ejecución de la pena, la libertad condicional, por lo que no puede negarse esa concesión con base en argumentos subjetivos como la valoración de la conducta punible, no puede

decirse que no procede la libertad a pesar del comportamiento ejemplar al interior del establecimiento carcelario teniendo como base en sus argumentos la gravedad, la dañosidad, trascendencia o impacto social del hecho, o teniendo en cuenta los antecedentes del condenado. Esto porque resultan irrelevantes en el sistema progresivo que busca como fin principal la resocialización de la persona y su adecuada reinserción en la sociedad.

La nueva redacción le impone el deber al juez de otorgar la libertad condicional una vez verifique el cumplimiento de los requisitos cuando antes le permitía no otorgarlos. Por otra parte, si bien es más favorable que la anterior, en cuanto al factor objetivo, la nueva disposición amplía el objeto de la valoración que debe llevar a cabo el juez de ejecución de penas más allá del análisis de la gravedad de la conducta punible, extendiéndola a todos los aspectos relacionados con la misma. La pena, después de haber sido determinada por los jueces en relación con el delito cometido, deberá re-determinarse por los órganos encargados de la ejecución en relación con la conducta vital en la cárcel. Se confiere así a estos órganos un poder inmenso e incontrolado: la pena cuantitativamente flexible y cualitativamente diferenciada en sede de ejecución.

Jurisprudencia Corte Constitucional

Sentencia C-194 de 2005: Cuando la norma acusada dice que la libertad condicional podrá concederse previa valoración de la gravedad de la conducta no significa que el juez de ejecución de penas y medida de seguridad quede autorizado para valorar la gravedad de la conducta. Lo que la norma indica es que dicho funcionario deberá tener en cuenta la gravedad del comportamiento punible calificado y valorado previamente en la sentencia condenatoria por el juez de

conocimiento como criterio para conceder el subrogado penal, de modo tal que si este funcionario no valoró este aspecto no podrá el juez de ejecución de penas realizar una nueva valoración. Adicionalmente, el juicio que adelanta el Juez de Ejecución de Penas tiene una finalidad específica, cual es la de establecer la necesidad de continuar con el tratamiento penitenciario a partir del comportamiento carcelario del condenado. En este contexto, el estudio del Juez de Ejecución no se hace desde la perspectiva de la responsabilidad penal del condenado –resuelta ya en la instancia correspondiente, ante el juez de conocimiento- sino desde la necesidad de cumplir una pena ya impuesta. Se concluye que no existe agresión al principio del non bis in ídem, pues la segunda valoración realizada por el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad no se hace con fundamento en el mismo juicio ni sobre la base de los mismos hechos.

En cuanto al principio de non bis in ídem y una vez establecidos los alcances de dicho principio, resulta evidente que tal valoración carece de la triple coincidencia que es requisito para su configuración (identidad de sujeto, conducta reprochada y normativa aplicable) pese a que el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad somete a valoración al mismo sujeto de la condena, aquella no se adelanta ni con fundamento exclusivo en el comportamiento que fue objeto de censura por parte del juez de la causa, ni desde la misma óptica en que se produjo la condena del juicio penal. En primer lugar, debe advertirse que el Juez no puede apartarse del contenido de la sentencia condenatoria al momento de evaluar la procedencia del subrogado penal. Esta sujeción al contenido y juicio de la sentencia de condena garantiza que los parámetros dentro de los cuales se adopta la providencia del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad sea **restringida**, es decir, no pueda versar sobre la responsabilidad penal del condenado ni mucho menos realizar una nueva valoración de la conducta punible.

El juicio que adelanta el juez de ejecución de penas tiene una finalidad específica, cual es la de establecer la necesidad de continuar con el tratamiento penitenciario a partir del comportamiento carcelario del condenado. En este contexto, el estudio no se hace desde la perspectiva de la responsabilidad penal del condenado –resuelta ya en la instancia correspondiente, ante el juez de conocimiento- sino desde la necesidad de cumplir una pena ya impuesta. En el mismo sentido, el estudio versa sobre hechos distintos a los que fueron objeto de reproche en la sentencia condenatoria, cuales son los ocurridos con posterioridad a la misma, vinculados con el comportamiento del sentenciado en reclusión.

El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad ejerce una función valorativa que resulta determinante para el acto de concesión del subrogado penal. Para la Corte, la función que ejercen los jueces de ejecución no es mecánica ni sujeta a parámetros matemáticos. Ésta involucra la potestad de levantar un juicio sobre la procedencia de la libertad condicional que ciertamente exige la aplicación del criterio del funcionario judicial. Sin embargo, no por ello puede afirmarse que dicha valoración recae sobre los mismos elementos que se ven involucrados en el juicio penal propiamente dicho. Tal como quedó expuesto, la valoración en la etapa posterior a la condena se somete enteramente a los parámetros de la providencia condenatoria y tiene en cuenta elementos distintos, como son el comportamiento del reo en prisión y la necesidad de continuar con el tratamiento penitenciario. Tal valoración no vuelve a poner en entredicho la responsabilidad penal, sino la necesidad de continuar con el tratamiento penitenciario. Y la prueba está, como lo dice la Corte Suprema de Justicia, en que la decisión judicial que deniega el subrogado penal no aumenta ni reduce el quantum de la pena, sino que se limita a señalar que la misma debe cumplirse en su totalidad.

La Corte Constitucional declaró exequible la expresión “previa valoración de la gravedad de la conducta punible”, contenida en el artículo 5º de la Ley 890 de 2004, que modificó el artículo 64 del Código Penal, pero para garantizar su correcta aplicación, la condicionará a que se entienda que la valoración que hace el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad debe estar acorde con los términos en que haya sido evaluada la gravedad de la conducta en la sentencia condenatoria, por parte del juez de la causa.

Sentencia C- 757 de 2014: En esta oportunidad se demandó la frase “previa valoración de la conducta punible” contenida en el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014, modificadorio del artículo 64 de la Ley 599 de 2000. Como argumentos principales sostiene que esta norma permite que los jueces de ejecución de penas valoren nuevamente la conducta punible, que ya ha sido objeto de reproche dentro del proceso penal. En tal medida, la frase resulta contraria al principio de non bis in ídem, y por esta razón vulnera el preámbulo, el inciso 2º del artículo 13, los artículos 29, 121 y 122 de la Carta Política, así como el numeral 3º del artículo 10º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el numeral 6º del artículo 5º de la Convención Americana de Derechos Humanos. Además reconoce que la expresión “previa valoración de la conducta punible” contenida en el mismo artículo 64 de la Ley 599 de 2000, pero modificado en aquella oportunidad por el artículo 5º de la Ley 890 de 2004, fue objeto de decisión por parte de la Corte Constitucional en la Sentencia C-194 de 2005.

En la disposición anterior la labor del juez de ejecución de penas era más limitada. Dicho juez sólo debía valorar “la gravedad de la conducta punible.” Entretanto, en la norma que ahora se demanda el juez de ejecución de penas no

sólo valora la gravedad de la conducta punible, sino que la analiza integralmente, pues la libertad condicional sólo se concede “previa valoración de la conducta punible”. La nueva redacción implica que el juez de ejecución de penas debe efectuar un nuevo juicio de la conducta punible. Más aun, argumenta que de acuerdo con la nueva redacción el análisis que le corresponde llevar a cabo al juez de ejecución de penas ya no se limita a la gravedad de la conducta sino que es integral.

El texto anterior contenía la expresión “de la gravedad”, la cual determinaba el análisis que debían realizar los jueces de ejecución de penas a una valoración de la gravedad de la conducta punible. En la Sentencia C-194 de 2005 la Corte declaró la exequibilidad condicionada de dicha expresión. Entre tanto, en el tránsito legislativo, el Congreso no sólo no incluyó el condicionamiento hecho por la Corte en la sentencia C-194 de 2005 en el nuevo texto, sino que adicionalmente excluyó la expresión “de la gravedad”. Por lo tanto, resulta razonable interpretar la nueva redacción como una ampliación del ámbito de la valoración que le corresponde llevar a cabo al juez de ejecución de penas. Según dicha interpretación ya no le correspondería a éste sólo valorar la gravedad de la conducta punible, sino que le concerniría valorar todos los demás elementos, aspectos y dimensiones de dicha conducta.

Fue así como la Corte declaró la exequibilidad bajo el entendido de que las valoraciones hechas por el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad para decidir sobre la libertad condicional de los condenados tengan en cuenta las circunstancias, elementos y consideraciones hechas por el juez penal en la sentencia condenatoria, sean estas favorables o desfavorables al otorgamiento de la libertad condicional. la expresión "previa valoración de la conducta punible" contenida en el artículo 64 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 30 de

la Ley 1709 de 2014, fue declarada exequible, en virtud de los principios de non bis in ídem, juez natural y separación de poderes.

Jurisprudencia Corte Suprema de Justicia

La Corte Suprema de Justicia que reconocen no sólo la importancia de tener en cuenta la gravedad de la conducta punible, sino la personalidad y los antecedentes de todo orden para efectos de evaluar el proceso de readaptación social del condenado. El análisis de la personalidad de quien solicita una libertad condicional implica tener muy en cuenta y, de consiguiente, valorar la naturaleza del delito cometido y su gravedad, ya que estos factores, ciertamente, revelan aspectos esenciales de la 'personalidad' del reo y por ende, hacen parte de los 'antecedentes de todo orden', que el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad debe valorar positivamente, al efectuar su juicio acerca de si existen razones fundadas que permitan concluir que se ha verificado su 'readaptación social.

La Corte Suprema de Justicia hace una alusión explícita a la necesidad de tener en cuenta la gravedad del delito para establecer el pronóstico de readaptación del condenado a la sociedad. Dice la Corte Suprema:

“Así pues, la gravedad del delito, por su aspecto objetivo y subjetivo (valoración legal, modalidades y móviles), es un ingrediente importante en el juicio de valor que constituye el pronóstico de readaptación social, pues el fin de la ejecución de la pena apunta tanto a una readecuación del

comportamiento del individuo para su vida futura en sociedad, como también a proteger a la comunidad de nuevas conductas delictivas (prevención especial y general).” Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 27 de enero de 1999, rad 14536 (M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego).

Respecto de la libertad condicional, determinó que es imperativo para el funcionario judicial concederla a quien cumpla la totalidad de las exigencias que contiene el precepto, siendo indispensable, adicionalmente, que, previamente, se valore la conducta punible, para luego arribar al análisis de los requisitos señalados en el canon 64 citado (CSJ AP83012016, rad. 49278).

Es constitucional el artículo 64 del Código Penal Colombiano al exigir la “valoración de la conducta punible”

El legislador no estableció la manera como la valoración ha de impactar la concesión del subrogado penal y por lo tanto podría pensarse que resulta inane. Sin embargo, en su concepto esto es precisamente lo que la hace más reprochable, puesto que en ese mismo orden de ideas, el legislador tampoco definió cómo deben los jueces de ejecución de penas valorar la conducta punible ni qué efecto tendrá dicha valoración sobre el otorgamiento de la libertad condicional y la impugnación de la decisión. Pero como se dijo anteriormente, el artículo 30 de la ley 1709 de 2014 excluyó la referencia a la gravedad de la conducta punible, con lo cual el juez de ejecución de penas puede entrar a valorar también otros aspectos y elementos de dicha conducta.

La sola ampliación del conjunto de elementos que debe tener en cuenta el juez para adoptar una decisión en relación con la libertad condicional del condenado no representa, por sí misma, un problema. Sin embargo, la disposición demandada ha servido como fundamento para que los jueces de ejecución de penas se enfoquen únicamente en las funciones de prevención especial y retribución justa, so pretexto de la valoración que hacen de la conducta punible. Al enfocarse únicamente en la función de prevención especial y retribución, los jueces de ejecución de penas omiten su función constitucional y legal, que consiste en efectuar una ponderación de todas las funciones de la pena. En especial, se dejan de cumplir las funciones de resocialización y de prevención especial positiva. Vulnerando el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que disponen, en idéntico sentido, que las penas privativas de la libertad deben tener como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados.

“Se olvida que el delincuente también tiene derecho a la vida, por lo cual, en un estado social de derecho fundado en la dignidad humana, la ejecución de las penas debe tener una función de prevención especial positiva, esto es, en esta fase se debe buscar ante todo la resocialización del condenado, obviamente dentro del respeto de su autonomía y dignidad. El objeto del derecho penal en un estado de este tipo no es excluir al delincuente del pacto social sino buscar su reinserción en el mismo. Solo son compatibles con los derechos humanos penas que tiendan a la resocialización del condenado, esto es a su incorporación a la sociedad como un sujeto que la engrandece, con lo cual además se contribuye a la prevención general y la seguridad de la coexistencia, todo lo cual excluye la posibilidad de imponer la pena capital” (nuevo foro n°61, jurisprudencia

constitucional y derechos de las personas privadas de la libertad, José Fernando Reyes Cuartas, 1999, pág. 219)

El modelo de resocialización avalado por estos tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, requiere que los condenados lleven a cabo un proceso en el cual los subrogados penales juegan un papel fundamental como etapa intermedia entre la prisión y la libertad. Pero el proceso de resocialización se ve truncado cuando el legislador permite que los jueces de ejecución de penas limiten el acceso de los penados a la libertad condicional con fundamento en valoraciones de la conducta punible que muestran que no se han cumplido los fines de retribución y de prevención especial de la pena.

Se debería inaplicar este artículo por parte de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad

La función específica de las garantías en el derecho penal en realidad no es tanto permitir o legitimar, es más bien como condicionar o vincular y, por tanto, deslegitimar el ejercicio absoluto de la potestad punitiva. La especificidad del moderno estado constitucional de derecho reside precisamente en el hecho de que las condiciones de validez establecidas por sus leyes fundamentales incorporan no sólo requisitos formales, sino también condiciones de justicia sustancial. La mayor parte de las objeciones o de las declaraciones de ilegitimidad o de invalidez de una ley, una sentencia o un acto administrativo no tienen de hecho que ver con defectos formales, sino con defectos sustanciales. Es así como conocemos como vigencia a la validez sólo formal de las normas tal cual resulta de la regularidad del acto normativo; y el uso de la palabra validez se limita a la validez sustancial de las normas producidas, es decir, de sus significados o contenidos normativos cuando la ineficacia de un sistema de normas acerca de la

producción llegue al punto de que ni siquiera se respetan las condiciones formales de validez del acto de producción normativa, diremos que la norma no ha sido producida y por consiguiente no está vigente, no existe o no pertenece ni tan siquiera formalmente al ordenamiento del que se habla. Por el contrario, cuando se manifieste sólo en el incumplimiento de las condiciones sustanciales de validez de la norma producida, diremos que ésta no es válida aunque esté vigente, o exista, o pertenezca al ordenamiento examinado.

Las normas vigentes en un estado de derecho pueden ser en definitiva, además de eficaces o ineficaces, también válidas o inválidas, es decir, jurídicamente legítimas en el plano formal pero no en el sustancial. De acuerdo con la ley de Hume de la inderivabilidad entre juicios de hecho y juicios de valor que es el primer significado metalógico que se asocia a la tesis de la separación entre derecho y moral-, ni la validez ni la eficacia de una norma pueden ser deducidas de su vigencia, que comparada con el deber ser de la validez pertenece a la dimensión del ser, mientras que comparada con el ser de la efectividad pertenece a la dimensión del deber ser.

En consecuencia, como se ha dicho, derecho vigente no coincide con derecho válido: está vigente, aunque sea inválida, una norma efectiva que no cumple todas las normas que regulan su producción. Y no coincide, por otra parte, con derecho efectivo así este vigente, aunque sea inefectiva, una norma válida no observada por las normas cuya producción regula.

Vemos que la coherencia y la plenitud son características estructurales del derecho vigente, pero es la incoherencia y la falta de plenitud inevitables en las normas, como consecuencia de las inevitables violaciones de hecho de las

prohibiciones y de las obligaciones normativamente impuestas al legislador. Mientras tanto, al no ser nunca eliminables del todo tales vicios, las aporías del garantismo dan lugar a complejos problemas teóricos y prácticos. Donde la legitimación formal es la que viene asegurada por el principio de legalidad y de sujeción del juez a la ley. La legitimación sustancial es la que recibe la función judicial de su capacidad de tutela o garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Ninguna de estas dos fuentes puede ser sacrificada sin graves desequilibrios institucionales y sin peligros para la salvaguardia del papel de la jurisdicción. Y por otra parte, la segunda fuente jamás puede ser satisfecha si falta completamente la primera.

Por lo tanto, se puede inaplicar esta norma atendiendo a la vulneración sustancial del texto constitucional por violación de los límites materiales impuestos desde la constitucionalización del derecho penal desde 1991 por su ineficacia e invalidez, si bien la prisión se encuentra justificada, lo es siempre y cuando evite un mal mayor, la limitación a los derechos fundamentales debe ser mínima y si bien los derechos de un condenado se encuentran limitados, cualquier limitación adicional constituye un exceso. Igualmente se trasgrede el principio de legalidad en su sentido estricto, pues al concedérsele tanto amplio margen de discrecionalidad al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad a la hora de valorar la conducta punible hace que principios en un estado social de derecho que pregona el garantismo como una de las fuentes de legitimación del castigo y del estado, se ven comprometidos por la ineficacia de las normas, en un sistema carcelario que se encuentra en un estado de cosas inconstitucional por la violación sistemática de derechos humanos para esto se debe construir una política criminal garantista que busque un derecho penal mínimo bajo una protección máxima de los derechos.

“la restricción a los derechos fundamentales de los reclusos, derivada del ejercicio de las facultades de las autoridades carcelarias, solo es viable cuanto tienda a ser efectivo los fines esenciales de la relación penitenciaria, esto es, la resocialización del interno y la conservación del orden, la disciplina y la convivencia dentro de las prisiones. La preservación de los objetivos propios de la vida penitenciaria termina que, en cabeza de las autoridades administrativas, recaigan una serie de poderes que le permitan modular e, incluso, limitar de los derechos fundamentales de los reclusos. Si bien estas facultades son de la naturaleza discrecional, encuentran su límite en la prohibición de toda arbitrariedad y, por lo tanto, debe ejercerse con sujeción a los principios de razonabilidad y proporcionalidad” (nuevo foro n°61, jurisprudencia constitucional y derechos de las personas privadas de la libertad, José Fernando Reyes Cuartas, 1999, pág. 181)

Además de ello, la afrenta a derechos fundamentales, incluso los pilares de nuestra carta magna:

“no existe duda de que la larga cadena de oprobios hacia la dignidad, que es en fin de cuentas lo que significa el estado actual de las prisiones colombianas, no puede continuar siendo un simple ejercicio de crítica académica, sociopolítica o jurídica: va siendo hora de que el juez asuma su papel tutelar de los derechos fundamentales de los ciudadanos y, claro, también, de los derechos de los reclusos, remediando la centenaria omisión estatal, denigrante del principio de eficiencia de la administración, pues, en el fondo existe un argumento no exhibido o sutilmente escondido y que tiene que ver con cierta actitud despreciativa por el recluso, quien ante el mal causado a la sociedad con el delito solo merece una venganza global como retribución al daño ocasionado; quizá se piensa que “los derechos de estas personas (los reclusos) deben ceder ante las pretensiones de la sociedad y sus deseos de resarcimiento del daño producido. El acoger la

fórmula de estado social de derecho, comporta un compromiso alto y decidido con los derechos de quienes se hallan en debilidad manifiesta y no es, precisamente, por la vía del acogimiento de ideologías retardarías, de la exhibición de posiciones de simple compromiso para salir al paso a la crisis, en fin, de la ausencia de tareas materiales decididas, como se respetan, promocionan y garantizan los más esenciales derechos” (nuevo foro n°61, jurisprudencia constitucional y derechos de las personas privadas de la libertad, José Fernando Reyes Cuartas, 1999, pág. 188).

Conclusiones

El compromiso en un estado Constitucional como el colombiano, que impone límites al derecho sancionatorio desde la constitución política hace que el sistema jurídico penal asuma un papel garantista en el ejercicio del “*ius puniendi*” protegiendo los derechos de los ciudadanos que se ven involucrados en un proceso penal (víctima e imputado) especialmente el sujeto activo de la conducta punible, a quien deben respetársele en mayor medida el debido proceso y la dignidad humana, principio este último, en el que está fundada nuestra carta magna debido a que desde la adopción de la constitución política de Colombia de 1991 se ha dado preponderancia a los derechos fundamentales y garantías constitucionales, creando además la Corte Constitucional instituida para salvaguardar la integridad y supremacía de la carta política.

El contrato social, una vez traducido a pacto constitucional se convierte en un conjunto de normas positivas que obligan entre sí al estado y al ciudadano, haciendo de ellos dos sujetos recíprocamente limitados; por ello el compromiso en un estado constitucional como el Colombiano que impone límites al derecho desde la

constitución política, hace que el sistema jurídico penal asuma un papel garantista en el ejercicio del "*ius puniendi*" protegiendo los derechos de los ciudadanos que se ven involucrados en un proceso penal (víctima e imputado) especialmente el sujeto activo de la conducta punible a quien deben respetársele en mayor medida el debido proceso y la dignidad humana.

La fórmula constitucional del estado social de derecho supone la superación de la igualdad formal, característica del estado liberal, que advertía que todos debían ser tratados por igual se debe primar por la igualdad material -igualdad ante iguales y desigualdad ante desiguales-es por esto que el escenario en que debe actuar el juez del nuevo esquema estatal le impone justamente privilegiar a los desvalidos, a los discriminados y a los infelices, y toda intervención en los derechos fundamentales debe ser justificada.

El garantismo, nos permite encontrar la legitimación y justificación del derecho penal, a través del análisis crítico del mismo y la valoración de este, a través de la cantidad de derechos y garantías dadas por él; invita a cuestionarnos sobre la validez de las leyes y su aplicación, así como la búsqueda de un derecho penal más legítimo que permita la satisfacción de todos los derechos y garantías en la mayor medida posible, especialmente para proteger las minorías, al ciudadano más débil (imputado-acusado-procesado-condenado) contra la arbitrariedad del *ius puniendi* y la efectividad de este. Siendo la expansión desmesurada de leyes en materia penal lo que ha puesto en duda la estructura garantista de la jurisdicción. resultando el neopunitivismo y la política criminal actual una afrenta a este garantismo, al punto de desvirtuarlo en su apuesta por mantener a las personas encerradas por largos periodos de tiempo, condicionando la forma en que los jueces usan la discrecionalidad que les confiere este artículo referente a este subrogado penal y

opten por negar estos beneficios a algunos sectores de la población privada de la libertad.

Si se puede inaplicar esta norma atendiendo a la vulneración sustancial del texto constitucional por violación de los límites materiales impuestos desde la constitucionalización del derecho penal desde 1991, aunado a su ineficacia e invalidez, si bien la prisión se encuentra justificada, lo es siempre y cuando evite un mal mayor, la limitación a los derechos fundamentales debe ser mínima y si bien los derechos de un condenado se encuentran limitados, cualquier limitación adicional constituye un exceso. Se necesitan jueces más humanos que no solo en el castigo la solución a los conflictos jurídicos, la cultura punitiva no debe prevalecer por encima de los derechos fundamentales de las personas condenadas, se debe primar siempre desde un punto de vista de maximización de los derechos, atendiendo a que las cárceles se encuentran en un estado de cosas inconstitucional que se ha prolongado durante años.

Referencias bibliográficas

1. Abolicionismo y expansionismo de Álvaro Orlando Pérez Pinzón, 2008
2. BACIGALUPO, Enrique, principios constitucionales del derecho penal, Argentina, editorial hammurabi srl, 1999
3. Corte Constitucional. Sentencia T 153 de 1998 (M.P Eduardo Cifuentes Muñoz, abril 28 de 1998)
4. Corte Constitucional. Sentencia T 388 de 2013 (M.P. María Victoria Calle Correa, junio 28 de 2013)
5. Corte Constitucional. Sentencia C 757 de 2014 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, Octubre 15 de 2014)

6. Corte Constitucional. Sentencia T 762 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, diciembre 16 de 2015)
7. Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia
8. Corte Suprema de Justicia, sala penal, radicado 14536 (M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego).
9. Corte Suprema de Justicia, sala penal, radicado 49278 (M.P. Patricia Salazar Cuellar)
10. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, radicado 85655 (M.P. Gerardo Botero Zuluaga, Agosto 14 de 2019)
11. FERRAJOLI Luigi, el derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal, 2007
12. FERRAJOLI Luigi, Derecho y Razón, edit Trotta, Madrid, 1995
13. HERNANDEZ JIMENEZ Norberto, El derecho penal de la cárcel, edit colección justicia & conflicto, Bogotá 2018
14. ROXIN Claus, La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal, 2000
15. Ley 65 de 1993 (Congreso de la República de Colombia) por medio del cual se expide el código penitenciario y carcelario
16. Ley 599 de 2000 (Congreso de la República de Colombia). Por la cual se expide el Código Penal, 24 de julio de 2000
17. Ley 890 de 2004 (Congreso de la República de Colombia) Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal, 07 de Julio de 2004
18. Ley 906 de 2004 (Congreso de la República de Colombia). Por la cual se expide el Código de procedimiento Penal, 31 de agosto de 2004
19. Ley 1709 de 2014 (Congreso de la República de Colombia). Por medio del cual se reforman algunos artículos de la ley 65 de 1993, de la ley 599 de 2000, de la ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones

20. Molina López, Ricardo. "El desordenamiento jurídico penal colombiano" en *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado II*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez-Universidad de los Andes, 2013. 1353-1364
21. Silva Sánchez Jesús María. *La expansión del derecho penal*, Madrid, editsofer, 2001
22. Nuevo foro n°61, jurisprudencia constitucional y derechos de las personas privadas de la libertad, José Fernando Reyes Cuartas, 1999.
23. ¿Penas sin humillaciones? Límites al Derecho penal derivados del respeto a la dignidad humana, Tamayo Arboleda, Fernando León y Sotomayor Acosta *Opinión Jurídica*, Vol. 17, N° 33, Enero-Junio de 2018 | 284 p. Medellín, Colombia
24. *Revista internacional, derecho penal contemporáneo*, Bogotá, legis, 2005. *Revista Internacional DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* pp. 393434, FERRAJOLI LUIGI, *principia iuris*, España, Universidad de Alicante, 2008
25. ROXIN Claus, *derecho penal, parte general*, 1 tomo, traducido por Diego Manuel Luzón Peña, edit Civitas, Madrid 1997
26. SILVA SANCHEZ JESÚS MARÍA. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, J.M: Bosch editor, S.A.
27. VELEZ RODRIGUEZ Luis Andrés y GUZMAN DIAZ Carlos Andrés, *víctima del delito y racionalidad legislativa penal*
28. ZAFFARONI, EUGENIO RAUL, *Manual de derecho penal, parte general*, segunda edición actualizada a diciembre de 2006, Argentina, ediciones Tucumán, 2011.