

SOSTENIBILIDAD Y PROCESO

XLIV CONGRESO COLOMBIANO
DE DERECHO PROCESAL
JAIRO PARRA QUIJANO

EN HOMENAJE A LOS
PRESIDENTES HONORARIOS
DEL INSTITUTO COLOMBIANO
DE DERECHO PROCESAL:

RAMIRO BEJARANO GUZMÁN
JAIME BERNAL CUELLAR
ÁNGELA MARÍA BUITRAGO RUIZ
HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO
EDGARDO VILLAMIL PORTILLA

ULISES CANOSA SUÁREZ
PRESIDENTE DEL ICDP



ICDP
INSTITUTO COLOMBIANO
DE DERECHO PROCESAL



UNIVERSIDAD
LIBRE[®]
Vigilada Mineducación

DIRECTIVOS INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL

Fundadores ICDP

Hernando Devis Echandía	Hernando Morales Molina
Ernesto Cediel Ángel	Antonio Rocha Alvira
Adolfo Mina Balanta	José María Esguerra Samper
Alfonso Galvis Amado	Manuel J. González Casasblancas
Rafael Baquero Herrera	Alejandro Venegas Gil
Alejandro Dominguez	Rafael Poveda Alfonso
Marco Antonio Fonseca Truque	Gonzalo Vargas Rubiano
Adolfo Mina Balanta	Hugo Alberto Vela Camelo
Manuel José Cárdenas	José Joaquín Rodríguez
Hernando Naranjo Marín	Gustavo Orjuela Hidalgo
Marco A. González S.	Daniel Manrique
Braulio Espejo Hernández	Fernando Sarmiento Cifuentes
Luis Alberto Bravo	Emiliano Peñuela
Belisario Arciniegas	Álvaro Leal Morales
Gustavo Samper Bernal	Blas Herrera Anzoátegui
Ricardo Bonilla Gutiérrez	Rafael Suarez Poveda
Solón Wilches Martínez	Mauricio Sarria Barragán
Clímaco Giraldo	Bernardo Vargas Angarita
Jorge Cardoso Isaza	Héctor Pabón Lasso
Guillermo Salamanca	Guillermo Rey Barrera
Eduardo Murcia Pulido	Marco Gerardo Monroy
Eriberto Caycedo Méndez	

Directivas ICDP

Presidente Emérito:

Jairo Parra Quijano

Presidentes Honorarios:

Ramiro Bejarano Guzmán
Jaime Bernal Cuéllar
Hernán Fabio López Blanco
Ángela María Buitrago
Edgardo Villamil Portilla

Presidente:

Ulises Canosa Suárez

Vicepresidentes:

Martín Bermúdez Muñoz
María Patricia Balanta Medina
María Julia Figueredo Vivas

Secretaria General:

Eudith Milady Baene Angarita

Secretario General Adjunto:

Néstor Orlando Prieto Ballén

Director de Congresos:

Pablo Felipe Robledo

Este libro fue realizado mediante proceso editorial bajo el siguiente Comité Científico:

Jairo Parra Quijano, María Cristina Chen Stanziola, Ramiro Bejarano Guzmán,
Hernán Fabio López Blanco, Jaime Bernal Cuéllar.

Comité editorial:

Dirección y coordinación Académica:

Ulises Canosa Suárez - Eudith Milady Baene Angarita

Asistentes de investigación:

Ana María Hernández Rodríguez
Angie Daniela Contreras Burgos
Camilo Andrés Vargas Rojas
Carlos Andrés Quintero Granada
Eliécer Mier Zúñiga
Gentil Fernando Villanueva Torres
Liced Morales Higueta
Manuel Ricardo Salas Córdoba
Sara Elina Díaz Deluquez
Sneider Parra López

ISBN digital: 978-958-52944-4-8

XLIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal

© Universidad Libre

© Instituto Colombiano de Derecho Procesal Bogotá D.C. - Colombia

Primera Edición – Agosto 2023

Queda hecho el depósito que ordena la Ley

Edición: Instituto Colombiano de Derecho Procesal –Universidad Libre

Diseño portada: Diego Tobón

Diseño y diagramación: Héctor Suárez Castro

Todos los derechos reservados.

Esta obra es propiedad del Instituto Colombiano de Derecho Procesal

Calle 67 No. 4A-09

Tel. 3104401

www.icdp.org.co

CSJ AP3230-2020
CSJ AP3317-2020
CSJ AP3583-2020
CSJ AHP2234-2020
CSJ SP934-2020
CSJ AP208-2021
CSJ AP210-2021
CSJ AP216-2021
CSJ AP245-2021
CSJ AP701-2021
CSJ AP2635-2021
CSJ AP4438-2021
CSJ SP1284-2021
CSJ SP1875-2021
CSJ SP2424-2021
CSJ STP14744-2021
CSJ STP14844-2021
CSJ AP3867-2022
CSJ AHP927-2022
CSJ SP3981-2022
CSJ STP4795-2022
CSJ STP9076-2022
CSJ SP068-2023
CSJ STP3543-2023

DECONSTRUCCIÓN DE BARRERAS PUNITIVAS: UNA INNOVACIÓN HUMANITARIA PARA LA DETERMINACIÓN E IMPOSICIÓN DE PENAS EN COLOMBIA

Enrique Del Rio González¹

RESUMEN

En el esquema de enjuiciamiento criminal la pena privativa de la libertad es la más acogida, lo que se ha traducido en el incremento de la población penitenciaria agravando el hacinamiento y disminuyendo las posibilidades de rehabilitación, por lo que es perentorio acoger sanciones alternativas previa revisión de la personalidad del acusado, la naturaleza del delito, la afectación de la víctima, entre otros aspectos.

En acatamiento del principio de legalidad se han establecido límites mínimos y máximos para la determinación e imposición de la pena, los cuales circunscriben al juzgador a un planteamiento restringido de su decisión, justificado en la prevención de la arbitrariedad y la subjetividad. Sin embargo, se deja de lado que estos parámetros impiden, de alguna manera, el mejoramiento de la situación carcelaria dado el limitado margen de maniobra del juez al

¹ Abogado. Doctor en Derecho, Magister, Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas y Especialista en Derecho Probatorio. Experto en Cumplimiento Corporativo de la Universidad de La Rioja España; con Diplomado en Técnicas de Oralidad de la Universidad Interamericana de Puerto Rico; Estudios en el Programa de Acceso a la Justicia de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional- USAID y; Curso de pedagogía para la Enseñanza del Proceso Penal Acusatorio. - Miembro del Instituto colombiano de Derecho Procesal y Autor de los libros: Del derecho a la defensa en la indagación. Ejercicio y limitaciones; Audiencia Preparatoria- Aspectos controversiales (edición 1 y 2); La prueba indiciaria penal frente al principio de contradicción; entre otros. Abogado litigante en asuntos penales.

momento de emitir la sentencia y la imposibilidad de que las penas puedan cumplir realmente los fines de reinserción y resocialización.

Palabras claves: Prisión, penas alternativas, límites de la pena, discrecionalidad del juzgador, sanción penal.

INTRODUCCIÓN

Desde épocas pretéritas el orden social se ha visto perturbado por el comportamiento transgresor de algunos individuos, lo que impulsó a los Estados a la creación de un sistema que permitiera sancionar estas desviaciones. Así, han existido a lo largo de la historia innumerables castigos que incluyen las afectaciones corporales, la muerte y la prisión.

Esta última humanizó el derecho penal, en el entendido que significó un paso trascendental de la barbarie descomunal a la reclusión de quien se consideraba peligroso, empero, con el paso del tiempo, esta tampoco resultó ser la solución a la creciente criminalidad y descomposición social.

Si bien se han propuesto sanciones alternativas para ciertos delitos e individuos de cara a dignificar el castigo y reducir el hacinamiento carcelario, estas no han tenido un impacto relevante pues la prisión parece ser el primer eslabón a considerar por parte de los jueces para acallar la presión de actores externos.

En aras de reducir las potenciales arbitrariedades de los funcionarios, la mayoría de legislaciones han instituido límites máximos y mínimos para la determinación de la pena, de tal forma que ese será el parámetro a seguir para imponer una sanción luego de la revisión de la gravedad de la conducta, la afectación de la víctima, el impacto general, entre otros factores objetivos y subjetivos.

Los límites antedichos, aunque permiten un margen de maniobra al juez, lo ciñen a dicho conteo y no le es posible, por ejemplo, imponer penas inferiores a las mínimas fijadas para un delito determinado o en su defecto, sancionar con otras que brinden alternativas más beneficiosas al procesado a la luz de la dignidad humana y el derecho a la libertad.

Se pretenderá entonces revisar en este documento la pena y sus fines de cara a ambientar la institución de la prisión como una de sus modalidades. Del mismo modo, se mostrará un panorama sucinto de la situación carcelaria actual, aspecto que justifica aún más la revisión de las posibilidades que permitan expiar el castigo con mecanismos alternos que también resarzan el daño.

A pesar de que la cultura revanchista y vengativa de un gran sector de la población solo sacia su sed con el confinamiento de los condenados, ello no quiere decir que no se pueda explorar más allá y desconstruir las barreras que legislativamente se han impuesto para humanizar la sanción.

I. LA PENA COMO MECANISMO DE SANCIÓN ESTATAL

Para el ciudadano del común es inadmisibles que ante la comisión de una conducta punible no se sancione al infractor. Inclusive, en contextos ajenos a la administración de justicia, como la familia y las instituciones educativas la transgresión del orden establecido detona la imposición del castigo, de ahí a que los niños² aprendan tempranamente los patrones ético- morales de comportamiento aceptados en la comunidad.

La injerencia del Estado en el acto humano es reglamentada por la Constitución³, pues a través de esta se define el alcance de los derechos fundamentales y se establecen sus potenciales restricciones para proteger diversos bienes jurídicos, lo que en determinadas circunstancias suscita colisiones legales y prácticas.

De tal manera, el *ius puniendi* se constituye como la potestad estatal encaminada a regular las sanciones penales en aras de evitar la arbitrariedad, en consecuencia, este principio se limita por una serie de principios inalienables como la dignidad humana. Este además, se materializa en la atribución del legislador de establecer cuáles conductas adquieren la categoría de delito y de paso, se valida en cada etapa del juzgamiento⁴. Empero, debería procurarse que la intervención del derecho penal se tornara mínima y que solo tuviera cabida cuando otras soluciones menos lesivas no sean eficaces o idóneas.

² Pérez, Daniel (2007) Las teorías sobre la pena (Pena de muerte y privación de la libertad) IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. No 19. <https://biblat.unam.mx/es/revista/revista-ius/articulo/las-teorias-sobre-la-pena-pena-de-muerte-y-privacion-de-la-libertad>, p. 141.

³ Reyes, José (2003) Principios orientadores de la imposición de las sanciones penales en el Nuevo Código Penal colombiano. Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional No 2. Editorial Legis, p. 147.

⁴ Medina, Arnel (2007) Los principios limitativos del *ius puniendi* y las alternativas a las penas privativas a la libertad. IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. No 19. <https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/180>, p. 88.

De lo descrito se colige que esta disciplina se legitima⁵ como un sistema dirigido a proteger a los ciudadanos, propendiendo por la prevención y sanción de las conductas sujetas a reproche. Asimismo, tiene el deber de salvaguardar la dignidad de las personas, incluyendo al condenado, cuya integridad física y moral debe ser preservada, verbigracia, en los ordenamientos desarrollados el esquema de enjuiciamiento del delito se fundamenta en un modelo garantista clásico⁶ en el cual la legalidad, la lesividad de la conducta, la responsabilidad penal subjetiva y la presunción de inocencia reflejan el espíritu de teorías filosóficas liberales e ilustradas que restringen la potestad punitiva y la arbitrariedad judicial, para evitar que el funcionario califique como delito todos los fenómenos que considere antiéticos o inmorales.

En dicho escenario, el derecho penal se orienta hacia dos facetas⁷; una que propugna por una menor injerencia en la vida cotidiana, sin que ello sea sinónimo de ineficiencia, y otra, el reconocimiento de su utilidad cuando la pena obedezca a criterios dignos y humanizantes atendiendo los principios de racionalidad y proporcionalidad.

Teniendo en cuenta que la persecución del delito solo compete al Estado, en quien descansa la investigación de los hechos jurídicamente relevantes y su eventual juzgamiento, este consagra normativamente las sanciones a imponer que variarán de conformidad a múltiples factores, lo que incide en dos aspectos fundamentales⁸, primero, que solo podrá ser considerado delito lo que expresamente sea catalogado como tal en la ley y segundo, que ante la misma ofensa deberá propenderse por sanciones semejantes sin que aspectos políticos o sociales influyan en la imparcialidad judicial.

De esta forma, refulge el principio de legalidad, garantía constitucional⁹ y norma rectora de procedimiento en el Código Penal colombiano¹⁰ que ostenta

⁵ Chang, Romy (2013) Función constitucional asignada a la pena: Bases para un plan de política criminal. Derecho PUCP. N° 71- Pontificia Universidad Católica de Perú. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533656138019>, p. 506.

⁶ Ferrajoli, Luigi (2005) Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta, pp. 33 y 34.

⁷ Reyes, José (2003) Principios orientadores de la imposición de las sanciones penales en el Nuevo Código Penal colombiano. Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional No 2. Editorial Legis, p. 146.

⁸ Ferrajoli, Luigi (2005) Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta, p. 36.

⁹ Artículo 29 de la Constitución Política de 1991.

¹⁰ Artículo 6 de la Ley 906 de 2004.

una doble incidencia, al considerar que la existencia del proceso penal solo tiene razón de ser si la conducta que se investiga se encuentra expresamente tipificada e igualmente, se traduce en la determinación de montos máximos y mínimos respecto al delito, dentro de los cuales deberá moverse el juzgador al momento de sancionar.

Con la antesala precedente, se puntualiza que la pena ha sido instituida desde antaño como un mecanismo para castigar a quien infringe el estatuto criminal e implica una reprimenda directa¹¹ que debe estar revestida de proporcionalidad con relación al delito cometido¹², principio que se introdujo progresivamente en los códigos penales occidentales a partir de la revolución francesa, no obstante, su mayor auge se deriva de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Mediante su reconocimiento se pretende que la sanción sea lo más equivalente posible a la falta dado que no se justifica un castigo severo por una transgresión intrascendente. Así, debe existir correspondencia¹³ entre la amenaza generada a la comunidad, la gravedad de la conducta, la personalidad del sujeto y la pena a imponer.

La proporcionalidad implica que al Estado le corresponde intervenir en asuntos penales cuando la situación estrictamente lo amerita¹⁴, lo que obliga al juzgador a preguntarse permanentemente si la pena es una herramienta idónea y justificada, como quiera que puede suceder que al momento de valorar el caso concreto aunque la conducta se adecúe a un tipo penal determinado se torna innecesario imponer una sanción, como ocurre con los delitos bagatela.

Desde la perspectiva social la pena es un castigo validado jurídicamente, pues la comisión de la conducta punible conlleva la necesidad de impartir justicia para restablecer el orden general, satisfacer los derechos de la víctima y las

¹¹ Chang, Romy (2013) Función constitucional asignada a la pena: Bases para un plan de política criminal. Derecho PUCP. N° 71- Pontificia Universidad Católica de Perú. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533656138019>, p. 507.

¹² Medina, Arnel (2007) Los principios limitativos del *ius puniendi* y las alternativas a las penas privativas a la libertad. IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. No 19. <https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/180>, p. 96.

¹³ Pérez, Daniel (2007) Las teorías sobre la pena (Pena de muerte y privación de la libertad) IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. No 19. <https://biblat.unam.mx/es/revista/revista-ius/articulo/las-teorias-sobre-la-pena-pena-de-muerte-y-privacion-de-la-libertad>, p. 138.

¹⁴ Reyes, José (2003) Principios orientadores de la imposición de las sanciones penales en el Nuevo Código Penal colombiano. Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional No 2. Editorial Legis, p. 168.

presiones de la opinión pública, lo que legitima su reglamentación¹⁵. Por su parte, el ciudadano debe soportar el escarmiento impuesto, previo agotamiento de las etapas procesales pues el principio de legalidad es el límite y el fundamento de la sanción¹⁶. En consecuencia, la comisión del delito es el presupuesto de la pena¹⁷.

II. LAS TEORÍAS QUE JUSTIFICAN LOS FINES DE LA PENA

Es importante destacar que la pena históricamente ha sido justificada con diversos fines, discusión que no es pacífica dada la complejidad normativa y procedimental que implica imponer una sanción¹⁸. En principio se resaltó su carácter retributivo o de expiación¹⁹ en aras de restablecer el orden jurídico²⁰. Este último, ligado a una interpretación religiosa²¹ del castigo para lograr que el individuo, a través del arrepentimiento, alcanzara la paz e interiorizara pautas éticas mediante el proceso penal. Lo descrito es una aproximación eminentemente moral basada en el arrepentimiento y la congoja que restaura la dignidad del infractor.

Dejando a un lado la postura mística, la retribución pretende compensar el daño suscitado por el delito y uno de sus ejemplos más sobresalientes es la

¹⁵ Meini, Iván (2013) La pena: Función y presupuestos. Revista Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 71. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201302.006>, p. 142.

¹⁶ Arias, Diana (2012) Proporcionalidad, pena y principio de legalidad. Revista de Derecho No 38. Universidad del Norte. <https://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/3830>, p. 36.

¹⁷ Ferrajoli, Luigi (2005) Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta, p. 37.

¹⁸ Murillo, Consuelo (2021) Supervisión en la ejecución de las penas alternativas: Origen, fertilización y resistencia. Revista Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú. N°87. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/24466>, p. 40.

¹⁹ Meini, Iván (2013) La pena: Función y presupuestos. Revista Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú. N°71. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201302.006>, p. 145.

²⁰ Reyes, José (2003) Principios orientadores de la imposición de las sanciones penales en el Nuevo Código Penal colombiano. Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional No 2. Editorial Legis, p. 153.

²¹ Valenzuela, Jonatan. (2010) La pena como penitencia secular. Apuntes sobre el sentido de la ejecución de la pena. Revista de Derecho (Valdivia) Vol. XXIII. N°1. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502010000100011>, p. 260.

ley del Talión que a pesar de su crudeza, pretendió imponer al transgresor un castigo que se asemejara a la acción infractora, procurando rudimentariamente que la pena fuera proporcional a la ofensa.

Esta concepción que encaja en las teorías absolutas de la pena²², justificaba la sanción como una reacción natural al delito y por ende, propendía por la retribución equivalente del mal causado, de tal forma, purgado el castigo, el penado “saneó la impureza que le aquejaba”²³.

Con la incursión del positivismo jurídico, pese a que se acogió el principio de legalidad, el absolutismo²⁴ imperante vulneraba en la práctica otros derechos, amén de que con su instauración se redujo sustancialmente el interés en el fin retributivo de la pena²⁵ puesto que se resaltó principalmente la peligrosidad del procesado, proyectándose pronósticos sobre la predisposición de algunos individuos al delito.

Así, surgieron las teorías de prevención especial y general que pretendían dar un mensaje no solo al delincuente sino a la comunidad a través de la pena²⁶. La primera de estas tiene como propósito que el condenado no reincida en el futuro y la segunda, se dirige al conglomerado, con la finalidad que otras personas no trasgredan la ley penal, buscando crear conciencia en cuánto a la validez de las normas, de este modo, al imponer una pena se transmite el mensaje consistente en que la administración de justicia funciona y que el Estado reacciona oportuna y severamente ante el delito lo que genera un sentimiento colectivo de confianza en las instituciones.

Como un intento conciliatorio, surgieron las tesis eclécticas o de la unión²⁷ que rescataban los aspectos más sobresalientes de las teorías precitadas

²² Chang, Romy (2013) Función constitucional asignada a la pena: Bases para un plan de política criminal. Derecho PUCP. N° 71- Pontificia Universidad Católica de Perú. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533656138019>, p. 509.

²³ *Ibidem*, p. 509.

²⁴ Ferrajoli, Luigi (2005) Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta, p. 33.

²⁵ Pérez, Daniel (2007) Las teorías sobre la pena (Pena de muerte y privación de la libertad) IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. No 19. <https://biblat.unam.mx/es/revista/revista-ius/articulo/las-teorias-sobre-la-pena-pena-de-muerte-y-privacion-de-la-libertad>, p. 139.

²⁶ Reyes, José (2003) Principios orientadores de la imposición de las sanciones penales en el Nuevo Código Penal colombiano. Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional No 2. Editorial Legis, p. 153.

²⁷ *Ibidem*, p. 154.

propediendo que la retribución es de la esencia de la pena pero que esta debe acoger fines preventivos para provocar un mensaje pedagógico en la población.

En paralelo con las posturas relacionadas con los fines de la pena, surgió la imperiosa necesidad de humanizar la misma mediante la resocialización, especialmente, en el evento de los condenados a penas privativas de la libertad, figura que incrementó su auge con la culminación de la Segunda Guerra Mundial²⁸. Con esta, sería posible reeducar y rehabilitar al penado para que vuelva a participar en la colectividad, sin embargo, con el colapso de los centros penitenciarios este propósito ha sido prácticamente una ilusión, y se reconocen los efectos nocivos del encierro, los pocos recursos dirigidos a la reinserción y la ausencia de políticas a largo plazo dirigidas a agotar este propósito, por ello, ante la liberación, la probabilidad de reincidencia es alta²⁹ y se generan más delincuentes que *“al ser devueltos a la sociedad, volcarían su violencia en ella”*³⁰.

La discusión permanente relacionada con los fines de la pena puede resumirse en la conocida expresión de Von Liszt³¹ *“la pena es una espada de doble filo: protección de bienes jurídicos mediante la lesión de bienes jurídicos”*. Tal afirmación acepta la vulneración de los derechos del condenado, por lo que en criterio del citado autor resulta imprescindible justificar la sanción a la luz de los postulados constitucionales del Estado.

En tal tenor, si la pena se traduce en la vulneración de algunos derechos del procesado, es claro que el ordenamiento valida dicha transgresión pues el comportamiento desviado justifica el escarmiento. De ahí, a que Politoff³² se

²⁸ Martínez, Martín (2023) ¿Es posible sostener el ideal resocializador en tiempos de “populismo punitivo”?

Columna de opinión jurídica disponible en <https://www.revistaderecho.com.co/2023/04/23/es-posible-sostener-el-ideal-resocializador-en-tiempos-de-populismo-punitivo/>

²⁹ Meini, Iván (2013) La pena: Función y presupuestos. Revista Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 71. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201302.006>, p. 149.

³⁰ Chang, Romy (2013) Función constitucional asignada a la pena: Bases para un plan de política criminal. Derecho PUCP. N° 71- Pontificia Universidad Católica de Perú. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533656138019>, p. 506.

³¹ *Ibidem*, p. 509.

³² Politoff, Sergio (1998) Fines de la pena y racionalidad en su imposición. Ius et Praxis. Vol. 4. N°2. Universidad de Talca. <https://www.redalyc.org/pdf/197/19740203.pdf>, p. 10.

pregunte *¿Cuál es la medida de aflicción que se puede imponer al infractor sin que se quebrante la legitimidad de la pena?*. En su opinión³³, el sistema penal debe desapegarse de la sed de expiación de la responsabilidad y revisar cada evento de acuerdo con sus particularidades, inclusive aceptando renunciar a la persecución criminal cuando la conducta es insignificante o el costo de su seguimiento excede el beneficio social que podría alcanzarse.

III. LA INSTAURACIÓN DE LA PRISIÓN COMO CASTIGO

En la edad media el encierro no era asemejado a un castigo sino a una modalidad de ejercer vigilancia y cuidado³⁴ sobre las personas rechazadas socialmente como las prostitutas, vagos, mendigos y enfermos mentales, y en algunas ocasiones era utilizado para garantizar la comparecencia del acusado, es decir como una medida cautelar³⁵.

El declive del feudalismo en el siglo XVI ocasionó una crisis sin precedentes que fomentó el fenómeno conocido como “delincuencia de ciudad”. Así aparecieron las casas de corrección en Inglaterra³⁶ que durante el siglo XVII respondieron a la necesidad de un método de control social de segregación de individuos peligrosos, con fines de custodia, que posteriormente evolucionó a una institución que proporcionaba mano de obra barata la cual entró en declive a partir de la revolución industrial.

Bentham y Beccaria³⁷ en los siglos XVIII y XIX abogaron por la estructuración de establecimientos que provocaran una reforma moral del individuo con métodos persuasivos que podrían incorporar estrategias de producción económica que permitieran al recluso procurar su propia subsistencia más allá de la privación de la libertad inmisericorde. No obstante, el mayor avance de

³³ *Ibidem*, p. 14.

³⁴ Cadavid, P (2007) La pena privativa de la libertad: Origen y desarrollo. Estudios Penales. Homenaje al Maestro Bernardo Gaitán Mahecha. Editorial Legis- Pontificia Universidad Javieriana, p. 75.

³⁵ Toro, María (2013) La prisión y sus penas. Prisión abierta: Un límite humanista. CISMA. Revista del Centro Telúrico de Investigaciones Teóricas N° 4. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4712090>, p. 3.

³⁶ Cadavid, Paula (2007) La pena privativa de la libertad: Origen y desarrollo. Estudios Penales. Homenaje al Maestro Bernardo Gaitán Mahecha. Editorial Legis- Pontificia Universidad Javieriana, p. 75.

³⁷ *Ibidem*, p. 80.

esta época fue la introducción de la guillotina³⁸ en 1789 como un mecanismo para humanizar la pena capital, dado que se propugnó que la muerte debería ser igual para todos los delincuentes y dotada de publicidad para responder los reclamos de la población.

En este recorrido es importante destacar que la prisión solo se consideró una pena a partir del siglo XIX³⁹. En algunos Estados se redujeron los castigos corporales por la incorporación del encierro con diversa temporalidad incluido el perpetuo. De esa forma, las casas de corrección pasaron a ser cárceles⁴⁰ como forma de control social cuyas condiciones eran deplorables por el notorio hacinamiento y el poco interés en programas de resocialización, situación que no mejoraba por el auge del principio *less eligibility* según el cual, en las prisiones no podía haber condiciones superiores a aquellas que tenían acceso los hombres probos y libres, de tal manera carecía de relevancia la miseria del encierro para quienes respetaban el marco jurídico.

De lo narrado se deduce que las variaciones relacionadas con la imposición y ejecución de la pena de prisión no obedecieron a análisis serios de criminalidad sino a la necesidad de paliar las vicisitudes sociales y económicas que se dieron con el discurrir de los años, lo que incidió en el surgimiento de cuestionamientos referidos a su conveniencia⁴¹, toda vez que el encarcelamiento en no pocas ocasiones resultaba contraproducente para el individuo, dada su alta probabilidad de reincidencia lo que se explica por la ausencia de programas de reinserción y capacitación intramural o el reducido interés para hacerlos realidad.

En otras palabras, el Estado utilizó y ha seguido utilizando el encarcelamiento como un muro de contención⁴² de la violencia generada en la sociedad,

³⁸ *Ibidem*, p. 81.

³⁹ Toro, María (2013) La prisión y sus penas. Prisión abierta: Un límite humanista. CISMA. Revista del Centro Telúrico de Investigaciones Teóricas N° 4. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4712090>, p. 3.

⁴⁰ Cadavid, Paula (2007) La pena privativa de la libertad: Origen y desarrollo. Estudios Penales. Homenaje al Maestro Bernardo Gaitán Mahecha. Editorial Legis- Pontificia Universidad Javieriana, p. 79.

⁴¹ Murillo, Consuelo (2021) Supervisión en la ejecución de las penas alternativas: Origen, fertilización y resistencia. Revista Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú. N°87. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/24466>, p. 41.

⁴² Toro, María (2013) La prisión y sus penas. Prisión abierta: Un límite humanista. CISMA. Revista del Centro Telúrico de Investigaciones Teóricas N° 4. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4712090>, p. 6.

empero, este fenómeno se replica en su interior, incluso con más virulencia y luego se extiende en un círculo vicioso permanente en las comunidades.

Se destaca que desde 1980 se incrementaron las voces abolicionistas de las penas privativas de la libertad⁴³ que pregonan la reducción del presidio sin mayor eco en las legislaciones por la ínfima voluntad política. No obstante, en algunos Estados se formularon estrategias para la resocialización del penado o se optó por la privatización de los servicios penitenciarios para aminorar los costos de sostenimiento del sistema de prisiones.

Vale acotar que los esfuerzos orientados a la resocialización y la reinserción del penado encuentran uno de sus mayores obstáculos en el populismo punitivo⁴⁴ que ha incitado que el derecho penal esté al servicio de la política, proponiendo que la cárcel es la única salida al crimen y que a pesar de los costos económicos y humanos que implica su mantenimiento, todo ello está justificado en la sensación de seguridad que el encierro produce en la población. De tal manera, no es un secreto que muchos aspirantes a cargos públicos, proponen en sus campañas incrementar las penas vigentes para ciertos delitos, restringir el otorgamiento de subrogados, entre otras medidas regresivas, pero guardan silencio- tal como lo ha hecho el Estado- en cuanto a la utilidad real del confinamiento, a las precarias instalaciones de estas instituciones y sobre la destrucción del tejido humano en el ecosistema del presidio.

Del mismo modo, el resurgimiento del derecho penal del enemigo no solo en el sentimiento popular sino disimuladamente en algunas legislaciones agrava la problemática en comento, como quiera que esta teoría considera que quienes infringieron la ley penal no pueden invocar sus derechos, pues la transgresión de los límites establecidos permite considerarlos como enemigos, seres desagradables que repudiaron su condición humana⁴⁵ cuando decidieron apartarse del Derecho.

⁴³ Medina, Arnel (2007) Los principios limitativos del *ius puniendi* y las alternativas a las penas privativas a la libertad. IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. No 19. <https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/180>, p. 100.

⁴⁴ Martínez, Martín (2023) ¿Es posible sostener el ideal resocializador en tiempos de "populismo punitivo"? Columna de opinión jurídica disponible en <https://www.revistaderecho.com.co/2023/04/23/es-posible-sostener-el-ideal-resocializador-en-tiempos-de-populismo-punitivo/>

⁴⁵ Paz- Mahecha, Gonzalo (2010) ¿Derecho penal del enemigo o la solución final al problema de la delincuencia?. Pap.polit. Vol. 15. N° 1. <http://www.scielo.org.co/scielo>.

Con todas estas elucubraciones, es dable reconocer que la pena privativa de la libertad no ha resuelto la creciente criminalidad. Para Pérez⁴⁶, la cárcel “*provoca en los hombres el efecto de prisionización que los devuelve a la sociedad más dañados que cuando ingresaron*” por lo que aboga por la instauración masiva de sanciones alternativas en todos aquellos casos que las circunstancias personales y relativas al delito cometido así lo permitan.

Es evidente que la pena conlleva múltiples secuelas, en especial si es privativa de la libertad, pues el condenado es sustraído de su entorno personal, familiar y social para ubicarlo en un confinamiento que lo aleja del giro ordinario de sus actividades, en el que se le expone al hacinamiento, a la violencia estructural, la descomposición moral de otros reclusos y a la orfandad de opciones de estudio y trabajo para un mejor aprovechamiento del tiempo de reclusión⁴⁷. Ignorando todos estos inconvenientes, los Estados justifican el presidio no solo por el interés de resarcimiento de la víctima sino por el mantenimiento del orden social.

Para Cadavid⁴⁸, la idoneidad y legitimidad de la pena de prisión no está siendo cuestionada lo suficiente, por ende, no se hacen mayores esfuerzos para debatir su utilidad y perjuicios a corto y largo plazo y por ello, las cárceles se han convertido “*en cajas dentro de las cuales es mejor no echar un vistazo*”.

La cárcel actual, como está concebida, procura una transformación urgente. Es perentorio implementar herramientas menos lesivas a la dignidad humana, como lo es, por ejemplo, la propuesta de “*prisión abierta*”⁴⁹ que se basa en la implementación de un establecimiento penitenciario con un régimen de disciplina que inculca un sentimiento de responsabilidad en el

php?script=sci_arttext&pid=S0122-44092010000100012, p. 312.

⁴⁶ Pérez, Daniel (2007) Las teorías sobre la pena (Pena de muerte y privación de la libertad) IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. No 19. <https://biblat.unam.mx/es/revista/revista-ius/articulo/las-teorias-sobre-la-pena-pena-de-muerte-y-privacion-de-la-libertad>, p. 143

⁴⁷ Medina, Arnel (2007) Los principios limitativos del ius puniendi y las alternativas a las penas privativas a la libertad.. IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. No 19. <https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/180> , p.101.

⁴⁸ Cadavid, P (2007) La pena privativa de la libertad: Origen y desarrollo. Estudios Penales. Homenaje al Maestro Bernardo Gaitán Mahecha. Editorial Legis- Pontificia Universidad Javieriana, p. 72.

⁴⁹ Toro, María (2013) La prisión y sus penas. Prisión abierta: Un límite humanista. CISMA. Revista del Centro Telúrico de Investigaciones Teóricas N° 4. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4712090>, p. 10.

recluso, alentándolo permanentemente a no exceder los límites trazados. En tales estructuras los guardias con formación represiva son reemplazados por acompañantes que sensibilizan al penado y lo orientan en la reconstrucción de su integridad moral, por lo que va más allá de imponer el mandato de custodios o simples vigilantes.

Los espacios descritos están orientados a autoabastecerse⁵⁰ con el producto del trabajo de los internos, lo que se traduce en una reducción de costos para el Estado en cuanto a la manutención. Se trata de una propuesta de vida digna en la que el sancionado puede mantener la cercanía con su núcleo familiar, valora su potencial laboral y aprecia que exista una oportunidad para progresar.

Es importante destacar que en el *common law* tienen amplia acogida las penas comunitarias como alternativas a la prisión, supeditadas a la supervisión por parte de un agente estatal como quiera que estas se purgan en libertad. Murillo⁵¹ estima que estas deberían tener mayor receptividad en el derecho continental, empero hay una enorme resistencia para su incursión a pesar de los beneficios que acarrear, la cual no se comprende, con mayor razón frente al cúmulo de conductas de poco impacto social⁵².

IV. LA PENA Y LA PRISIÓN EN COLOMBIA

La Ley 599 de 2000 instituyó los fines, la naturaleza de la pena y su dosificación. En principio, el artículo 3 expone los principios generales de las sanciones penales y enarbola específicamente, la proporcionalidad, la razonabilidad y la necesidad.

A continuación, en el artículo 4°, dicha normatividad establece que en términos generales la pena cumplirá las funciones de prevención general, prevención especial, retribución justa, reinserción social y protección al condenado. Luego, en el título IV se puntualizan las consecuencias del delito no solo en cuanto a la imposición de restricciones a la libertad individual en

⁵⁰ *Ibidem*, p. 12.

⁵¹ Murillo, Consuelo (2021) Supervisión en la ejecución de las penas alternativas: Origen, fertilización y resistencia. Revista Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú. N°87. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/24466>, p. 47.

⁵² Pérez, Daniel (2007) Las teorías sobre la pena (Pena de muerte y privación de la libertad) IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. No 19. <https://biblat.unam.mx/es/revista/revista-ius/articulo/las-teorias-sobre-la-pena-pena-de-muerte-y-privacion-de-la-libertad>, p. 137.

sede intramural o domiciliaria, sino a otras limitaciones personales o patrimoniales.

En este punto, es relevante mencionar el artículo 92 del Código Penal que incorpora la rehabilitación de los derechos accesorios que hubieren sido afectados con una pena⁵³, así se establecen una serie de requisitos para recuperar tales prerrogativas como la privación del derecho a conducir automotores, por lo que tal norma refleja el espíritu del legislador de no legitimar el derecho penal como instrumento de venganza.

Ahora, los artículos 60 y 61 del Código Penal expedido en el año 2000, fijan los mínimos y máximos aplicables para la imposición de la pena, instaurando el sistema de cuartos que estipula una discrecionalidad reglada al juzgador, que previa verificación de determinados aspectos estimará la sanción correspondiente, por lo que el juez deberá acogerse a tales parámetros sistemáticos⁵⁴ para evitar excesos al decidir.

Es oportuno recordar que en legislaciones penales previas, también se acogieron mínimos y máximos con respecto a la pena a imponer. Por ejemplo⁵⁵, en el artículo 36 del Código Penal de 1936 se estipuló que la sanción debía atender a la gravedad y modalidad de la conducta, la personalidad del sujeto y las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, de conformidad con los límites preestablecidos en la normatividad que para efectos del máximo se tasó en 24 años.

A continuación, el decreto legislativo N° 100 de 1980 mantuvo prácticamente la redacción de la legislación previa⁵⁶ en cuanto a la gradualidad de la sanción teniendo como marco los límites máximos y mínimos fijados en los artículos 61 y 67 del articulado.

El esquema de topes punitivos otorga un margen de maniobra al juez que orienta la ponderación de la sanción de acuerdo con la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño infringido, las causales de agravación o atenuación de la punibilidad y la función de la pena.

⁵³ Las penas privativas de otros derechos, su reglamentación y procedencia, están consagradas en el artículo 43 y ss de la Ley 599 de 2000.

⁵⁴ Guillermo, Juan (2013) La dosificación de la Pena. Nuevo Derecho. Vol. 9. No. 12. <https://www.redalyc.org/pdf/6697/669770723004.pdf><https://www.redalyc.org/pdf/6697/669770723004.pdf>, p. 33.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 33.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 33.

En ese sentido, el funcionario solo puede moverse dentro de los parámetros cualitativos y cuantitativos establecidos por el legislador⁵⁷ pues no le es dable apartarse de las directrices instituidas para sancionar, dado que en Colombia impera la discrecionalidad reglada para imponer la pena pues el legislador *ex ante* establece cuál es la escala en la que podrá ubicarse la sanción⁵⁸.

Un punto relevante a mencionar consiste en que cada reforma penal padecida por la Ley 599 de 2000 ha incrementado no solo las penas sino que ha incluido nuevos delitos, por lo que al aumentarse las sanciones, los límites máximos también, a espaldas de la grave situación penitenciaria. Cadavid⁵⁹, resalta que en el sistema jurídico nacional hay aproximadamente 360 tipos penales, de los cuales 300 se fulminan con pena de prisión, situación que pocos tienen interés en morigerar.

Las modificaciones no solo han surgido luego de la expedición de la Ley 599 del 2000, por el contrario, cada Código Penal promulgado en el siglo XX incrementó exponencialmente los topes máximos de las penas. Llama la atención que el Banco Mundial en 1960⁶⁰ fijó la expectativa de vida en Colombia en 57 años y actualmente esta bordea los 74 años, de lo que se colige que en la medida que aumenta la longevidad de la población se amplían los topes punitivos en un abierto desconocimiento del principio de proporcionalidad. En el país, la pena más alta de prisión asciende a 50⁶¹ años, una cifra nada alentadora, pues hipotéticamente hablando⁶², si una persona que a la edad mínima de responsabilidad penal, es decir, a los 18 años es condenada una sanción de esta categoría, sus posibilidades de reinserción son nulas pues se validaría una prisión perpetua *de facto*.

⁵⁷ Arias, Diana (2012) Proporcionalidad, pena y principio de legalidad. Revista de Derecho No 38. Universidad del Norte. <https://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/3830>, p. 153.

⁵⁸ Cita, Ricardo & González, Iván (2017) La proporcionalidad de las penas en la legislación penal colombiana. Grupo Editorial Ibáñez, p. 21.

⁵⁹ Cadavid, P (2007) La pena privativa de la libertad: Origen y desarrollo. Estudios Penales. Homenaje al Maestro Bernardo Gaitán Mahecha. Editorial Legis- Pontificia Universidad Javieriana, p. 105.

⁶⁰ Cita, Ricardo & González Iván (2017) La proporcionalidad de las penas en la legislación penal colombiana. Grupo Editorial Ibáñez, p. 22.

⁶¹ Anteriormente el máximo de la pena privativa de prisión estaba tasado en 60 años, lo que fue declarado inexecutable a través de la sentencia C- 014 de 25 de enero de 2023, difundida en el comunicado No 2 de fecha 2 de febrero de 2023, emitido por la Corte Constitucional con ponencia de la magistrada Paola Andrea Meneses Mosquera.

⁶² Cita, Ricardo & González, Iván (2017) La proporcionalidad de las penas en la legislación penal colombiana. Grupo Editorial Ibáñez, p. 244.

Es relevante resaltar que el máximo de la pena privativa de prisión en Colombia estaba fijado en 60 años⁶³ en el artículo 37 del Código Penal, sin embargo, tal tope fue declarado inexecutable a través de la sentencia C- 014 de 25 de enero de 2023, conocida a través del comunicado No 2 de fecha 2 de febrero de 2023 expedido por la Corte Constitucional. Varias razones fueron esgrimidas por la corporación para esta determinación, la primera de ellas, la ausencia de valoración de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, la segunda, el desconocimiento de la declaratoria del estado de cosas inconstitucional, finalmente, la omisión en propuestas concretas para prevenir la reincidencia.

En este punto, es oportuno traer a colación el proyecto de Ley 336 de 2023 para la humanización de la política criminal en Colombia que se encuentra en trámite en la Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República. Es relevante resaltar que el gobierno nacional solicitó el trámite de urgencia de esta iniciativa desde febrero de 2023, reseñando que el proyecto pretende implementar una nueva perspectiva al tratamiento de los reclusos y la salvaguarda de sus derechos, de cara a superar progresivamente el estado de cosas inconstitucional del sistema penitenciario reiterado por la Corte Constitucional en variadas sentencias.

Del mismo modo, esta iniciativa aboga por el cumplimiento de compromisos internacionales en los cuales la proporcionalidad es la regla general para la imposición de la pena y finalmente, apunta a la resocialización como una herramienta restaurativa y dignificante para lograr que impere el respeto en las cárceles del país.

Es importante resaltar tres aspectos relacionados con la presente ponencia, que serían modificados en caso de que el proyecto de Ley 336 de 2023 sea aprobado. El primero, es la reducción del máximo de la pena de prisión a imponer a 40 años⁶⁴ y solo en caso de concurso de conductas punibles podría alcanzarse una sanción de hasta 50 años. Con esta variación, según el documento en alusión se morigeraría el régimen actual de cara a facilitar la reintegración del penado a su familia y comunidad.

El segundo asunto de interés, es la flexibilización de los requisitos para conceder la prisión domiciliaria, la cual podrá otorgarse si la pena mínima del

⁶³ Por el vacío normativo provocado con la declaratoria de inexecutable de la expresión “60 años” la Corte Constitucional apeló a la figura de la reviviscencia de la norma y retomó el máximo de 50 años previsto antes de la incorporación del aumento a través de la Ley 2197 de 2022.

⁶⁴ Según el artículo 37 de la Ley 599 de 2000, la pena de prisión tendrá un máximo de cincuenta años.

delito no excede doce años⁶⁵ de prisión y finalmente, en cuanto al subrogado de suspensión de la ejecución de la pena se ampliaría el rango para acceder a este, a las conductas cuya pena mínima no exceda seis años de prisión⁶⁶.

La materialización del proyecto de ley descrito implicaría un avance considerable no solo en cuanto al reconocimiento por parte del legislador de la situación carcelaria pese a los múltiples requerimientos de la Corte Constitucional, sino que descongestionaría en alguna medida los reclusorios. No obstante, estas iniciativas deberán estar acompañadas de recursos económicos que impulsen la resocialización de los condenados y el mejoramiento de las condiciones estructurales de las penitenciarias. Se espera entonces que esta propuesta no naufrague ante sus detractores que con espíritu vengativo ignoran abiertamente la situación deplorable que padecen los seres humanos reclusos.

Ahora bien, la situación del país es un reflejo del tratamiento que a la pena privativa de la libertad se le ha otorgado en América Latina⁶⁷, igualmente es uno de los resultados del populismo punitivo que ha imperado en el continente⁶⁸ y comparativamente sobrepasa los parámetros de la mayor parte de Europa, en la que el límite máximo de la pena no suele exceder 30 años, situación que puede verse en países como Bulgaria y Andorra (20 años), España (25 años) y cerrando con 30 años, Bélgica, Francia y Eslovenia. En contrapartida, los ejemplos en el continente americano son desalentadores pues Estados como Ecuador, Guatemala y El Salvador, fijaron sus máximos punitivos en 40, 50 y 60 años, respectivamente.

Lo antedicho ratifica que la determinación del máximo de la pena privativa de la libertad en el país excede el promedio de un grupo de países occidentales, lo que permite vislumbrar la ausencia de una política criminal seria, circuns-

⁶⁵ Actualmente, el numeral 1 del artículo 38B de la Ley 599 de 2000 establece como una de las exigencias para otorgar la prisión domiciliaria es que la pena mínima estipulada no exceda ocho años.

⁶⁶ De acuerdo con lo estipulado en el numeral 1 del artículo 63 de la Ley 599 de 2000 la pena mínima para la concesión del subrogado de suspensión de la ejecución de la pena no debe exceder el monto de cuatro años.

⁶⁷ Cita, Ricardo & González Iván (2017) La proporcionalidad de las penas en la legislación penal colombiana. Grupo Editorial Ibáñez. 42.

⁶⁸ Martínez, Martín (2023) ¿Es posible sostener el ideal resocializador en tiempos de “populismo punitivo”?

Columna de opinión jurídica disponible en <https://www.revistaderecho.com.co/2023/04/23/es-posible-sostener-el-ideal-resocializador-en-tiempos-de-populismo-punitivo/>

tancia suscitada principalmente por el populismo punitivo, las exigencias de seguridad ciudadana y la presión mediática.

A pesar de los parámetros descritos y de la considerable cifra que promedia los máximos punitivos, salta a la vista que el delincuente no le teme a la pena por variadas razones, verbigracia, considera que su acto quedará en la impunidad, no tiene interés en el ordenamiento jurídico y mucho menos en respetarlo, o desconoce las sanciones consagradas en la normatividad, por lo que es ingenuo creer que el incremento punitivo por sí mismo implicará la disminución de la delincuencia, lo que se evidencia con las actuaciones recurrentes y reincidentes de las bandas criminales, los delitos contra la administración pública, el tráfico de estupefacientes e inclusive los delitos contra la libertad e integridad sexual.

Por ello, no es un despropósito afirmar que el populismo punitivo que a lo largo de los años ha influenciado al legislador colombiano ha incidido directamente en la crisis del sistema carcelario, puesto que las frecuentes modificaciones agravando las sanciones existentes o creando nuevos tipos penales, no responden a estudios serios sino a *“un desquiciado frenesí”*⁶⁹ orientado por fines electorales, pues no es un secreto que un considerable número de aspirantes a cargos populares entran en una abierta competencia por ofrecer soluciones mágicas e inmediatas a la criminalidad que además de irrealizables o abiertamente inconstitucionales, poco o nada solucionan en cuanto a la situación de inseguridad y delincuencia en el territorio nacional.

V. LAS RESTRICCIONES DE ACCESO A LOS SUBROGADOS Y OTRAS FIGURAS JURÍDICAS QUE BENEFICIAN AL CONDENADO

Como antesala al presente epígrafe se puede indicar que es tan palpable el afán desmedido de imponer el encarcelamiento por parte del sistema de juzgamiento colombiano, que en innumerables eventos consagrados en el código de procedimiento penal se evidencia el poco interés de la legislación en dar preponderancia a la dignidad humana y al derecho a la libertad, en el entendido que se denota a la prisión como el primer instrumento a adoptar para quien infringe lo establecido.

⁶⁹ Bula, Enith, Marino, Carolina & Sarmiento Juan (2019) El populismo penal en Colombia: propuesta para un debate inconcluso. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Vol.52. No 155 <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2019.155.14956>, p. 1048.

Por ejemplo, en la hipótesis contemplada en el artículo 450 de la Ley 906 de 2004, en la cual se prevé que al emitir el sentido del fallo condenatorio, si el procesado se encuentra en libertad podrá disponerse que continúe en tal condición hasta la expedición de la sentencia, salvo que el juzgador considere necesario disponer el encarcelamiento inmediato, que ha provocado que en la práctica se prefiera ordenar la reclusión a partir de ese momento procesal, aunque la norma avala que el condenado pueda permanecer libre.

Con lo dicho, se puede apreciar con mayor claridad el panorama desolador del tratamiento de la política criminal en el país que se refleja en la permanente restricción a los subrogados penales y otras figuras jurídicas benéficas para los procesados, por lo cual, en la práctica cada vez son más los delitos excluidos de estos beneficios. Tales herramientas han sido instituidas por el legislador para otorgar descuentos punitivos, suspender la ejecución de la pena u otorgar la posibilidad de que la sanción sea cumplida domiciliariamente. Sin embargo, una de las mayores muestras de populismo punitivo en Colombia es el incremento de delitos vedados a estos institutos.

Se empezará por decir que la ley de infancia y adolescencia- Ley 1098 de 2006⁷⁰ descarta expresamente la aplicación de subrogados o beneficios a quienes cometieren los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexual o secuestro contra niños, niñas y adolescentes, a saber: libertad condicional, suspensión condicional de la ejecución de la pena, rebajas de pena por preacuerdos, negociaciones o del allanamiento de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, inclusive le está vedado al juzgador decretar la extinción de la pena en virtud del principio de oportunidad.

Reglón seguido, el estatuto anticorrupción- Ley 1474 de 2011, modificó el artículo 68 A del Código Penal en el entendido que no podrán ser cobijados por beneficio o subrogrado judicial o administrativo alguno, entre ellos, la prisión domiciliaria y la suspensión condicional de la ejecución de la pena, quienes sean condenados por delitos contra la administración pública, estafa o abuso de confianza que recaiga sobre bienes estatales, lavado de activos y soborno transnacional.

Pero las restricciones no se limitan a los delitos ilustrados en los párrafos previos. El mismo artículo 68 A de la Ley 599 de 2000 incorpora un extenso listado de conductas punibles excluidas de beneficios y subrogados, entre ellas, extorsión, testaferrato, enriquecimiento ilícito, desplazamiento forzado,

⁷⁰ Artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.

tráfico de migrantes, en suma, se encuentran un número considerable de tipos penales que protegen bienes jurídicos disímiles, lo que hace colegir que tales excepciones no responden a lineamientos concretos de política criminal sino que se han enlistado de acuerdo con el interés político o a la presión mediática.

Un caso que guarda relación con los límites máximos y mínimos de la pena criticados en esta ponencia lo constituye el tope establecido para conceder la prisión domiciliaria. Al revisar los requisitos recopilados en el artículo 38B de la Ley 599 de 2000, además de aclarar que no puede tratarse de ningunos de los delitos englobados en el artículo 68 A del mismo código, deberá verificarse que la conducta punible por la que se condenó al procesado tenga contemplada una pena mínima de ocho (8) años o menos. De tal forma, si dicho requisito objetivo no se cumple, de contera no habrá lugar a contemplar tal concesión.

Con todo lo explicitado, refulge la ausencia de interés del legislador por facilitar el acceso de los condenados a los subrogados y beneficios, puesto que el espectro de estos mecanismos en vez de ampliarse se minimiza y se imponen innumerables cortapisas objetivas, sea por el mínimo de la pena por la cual se sancionó al individuo o por el delito cometido, lo que no se compadece con la desgarradora situación de los centros penitenciarios que colapsan ante la mirada indiferente del país.

Un beneficio que también ha sufrido la deshonrosa suerte de los subrogados antes detallados es el principio de oportunidad, retratado en el artículo 321 y ss. de la Ley 906 de 2004, el cual representa una excepción al principio de legalidad, en cuanto conlleva la renuncia, suspensión o interrupción a la persecución penal por parte del Estado, empero, nuevamente salen a colación las trabas para su aplicación, puesto que una de las causales estipuladas para su concesión es la consistente en que el delito por el cual se aplique tenga como límite máximo de privación de la libertad seis (6) años o tenga pena principal de multa, amén de que se hubiere reparado integralmente a la víctima. En esta incidencia, la norma restringe el acceso a un beneficio que potencialmente beneficiaría no solo al procesado, sino a la administración de justicia, en cuanto a los costos del proceso, desgaste de sus funcionarios e incluso a la eventual manutención del ciudadano, en caso de ser condenado a una pena intramural.

Un verdadero enfoque garantista de la política criminal colombiana implica reevaluar los requisitos exigidos actualmente para conceder estas prerroga-

tivas, de cara a ajustar lo que corresponda para que un mayor número de la población confinada pueda acceder al subrogado o beneficio aplicable a su situación particular, lo que impactaría en el colosal hacinamiento carcelario que cada día menoscaba profundamente los derechos fundamentales de los reclusos.

VI. DECONSTRUCCIÓN DE BARRERAS PUNITIVAS

Es válido preguntarse, ¿Es posible la articulación de un sistema de enjuiciamiento criminal sin límites objetivos de dosificación punitiva en el cual el juez tenga amplia discrecionalidad para imponer penas desde una perspectiva más humana? En otras palabras ¿es posible deconstruir las barreras punitivas?

Una respuesta afirmativa a tal cuestionamiento implicaría que el juzgador ostentara amplias potestades para determinar la pena correspondiente en atención a la dignidad del individuo y la afectación particular o general causada, más allá de los rígidos cánones objetivos instituidos por la ley, incluso asignando acciones alternativas por parte del acusado de cara a expiar el daño suscitado. Pero, para que estas opciones tuvieran cabida, deberían suprimirse o por lo menos, morigerarse los límites de dosificación punitiva, de lo contrario, los jueces continuarán atajados por tales parámetros.

De esa forma, el juzgador podría decidir que el condenado purgue su sanción con labores educativas, culturales o ambientales, es decir, aquellas que brinden un beneficio social y se traducen en una reparación con incidencia positiva en el conglomerado, restaurando el equilibrio trastocado y que generan un importante impacto a la comunidad, verbigracia, la arborización, la restauración de viviendas o la reconstrucción de urbanizaciones afectadas por un fenómeno natural.

En ese orden de ideas, si el juzgador pudiera determinar que en un caso concreto la pena establecida por el legislador afecta desproporcionadamente los derechos fundamentales del infractor, en criterio de Arias⁷¹ este debería poder apartarse de los límites mínimos y máximos preestablecidos y optar entre tres posibilidades: prescindir de la pena, seleccionar otra diferente dentro de la normatividad o tasar la sanción por debajo del parámetro mínimo. La autora en mención expone que aunque esta última propuesta vulnera el

⁷¹ Arias, Diana (2012) Proporcionalidad, pena y principio de legalidad. Revista de Derecho No 38. Universidad del Norte. <https://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/3830>, p. 169.

principio de legalidad intenta compensar la proporcionalidad del castigo, sin embargo, dada la tradición jurídica nacional difícilmente un funcionario escogería tal salida, la cual podría ser vista como sinónimo de ilegalidad con las derivaciones disciplinarias y penales que podría desencadenar.

En similares términos⁷², Medina aboga por reformas penales que disminuyan los límites mínimos de las penas privativas de la libertad, de cara a incrementar la aplicación de sanciones alternativas que humanicen el castigo, no obstante, reconoce que por razones de oportunismo político o coyunturas mediáticas los países no logran concretar estrategias reduccionistas de las penas que impacten en la lucha contra la criminalidad a mediano y largo plazo.

Para Reyes⁷³, no obstante el legislador colombiano fijó penas mínimas, existen situaciones en las que atenerse a tal rasero puede suscitar una injusticia, por ello, defiende la contingencia de que el juzgador imponga sanciones por debajo de este límite en aras de salvaguardar la dignidad humana de un individuo específico. Por su parte, Chang⁷⁴ critica que se prefiera la imposición de la pena privativa de la libertad antes de propender por la incursión de sanciones alternativas, sin que ello implique avalar la arbitrariedad puesto que el juez deberá revisar múltiples factores para acoger las herramientas menos lesivas para el infractor.

En los códigos penales contemporáneos los mínimos de la pena instituidos contradicen al principio de *ultima ratio* pues usualmente representan un número de años considerable que no disuaden la comisión del delito. Sería más acertado, en palabras de Toro⁷⁵ que se optara por una intervención jurídica y no una pena, vista como una alternativa respetuosa del orden social y de los derechos humanos del transgresor y la víctima, pues se trata de transformar los fines de la sanción.

⁷² Medina, Arnel (2007) Los principios limitativos del ius puniendi y las alternativas a las penas privativas de la libertad. IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. No 19. <https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/180>, p. 94.

⁷³ Reyes, José (2003) Principios orientadores de la imposición de las sanciones penales en el Nuevo Código Penal colombiano. Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional No 2. Editorial Legis, p. 171.

⁷⁴ Chang, Romy (2013) Función constitucional asignada a la pena: Bases para un plan de política criminal. Derecho PUCP. N° 71- Pontificia Universidad Católica de Perú. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533656138019>, p. 517 y 521.

⁷⁵ Toro, María (2013) La prisión y sus penas. Prisión abierta: Un límite humanista. CISMA. Revista del Centro Telúrico de Investigaciones Teóricas N° 4. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4712090>, p. 14.

Si en Colombia se acogiera el principio de mínima intervención⁷⁶ en materia penal, se evitaría un enorme sufrimiento a un grueso de individuos cuyos conflictos pudieran ser resueltos a través de otras vías más eficaces y menos lesivas. En la actualidad el sistema de enjuiciamiento criminal nacional es una “*máquina de terror y de distribución de desigualdades*”⁷⁷ que dista de la subsidiariedad que lo sustenta para proteger determinados bienes jurídicos. De tal modo, la sanción penal intramural vulnera la dignidad humana en cuanto las condiciones de reclusión no se compadecen con los derechos fundamentales individuales y mucho menos están orientadas a procurar su resocialización o productividad, lo que ha sido conocido ampliamente por la comunidad jurídica y el país sin mayor trascendencia.

La prisión a la larga se configura⁷⁸ como el germen del cual florecerán nuevas conductas delictivas que irradiarán sus efectos dentro y fuera del establecimiento penitenciario, sin mencionar la alta tasa de reincidencia, la nula resocialización y la carencia de un análisis integral de la criminalidad, lo que se traduce en un bucle infinito que impide reducir la ocurrencia del delito.

Debe tenerse presente que el derecho penal es la *ultima ratio* y la encarcelación debería compartir esa misma condición. Repensar y reformular las sanciones, reconociendo la necesidad de humanizar⁷⁹ el tratamiento de los condenados beneficiaría el colapso palpable del sistema carcelario cuya pauperización es conocida por todos, dada la declaratoria de estado de cosas inconstitucional por parte de la Corte Constitucional que data de 1998 y que a la fecha no se ha superado.

Para dimensionar la gravedad de la situación del sistema penitenciario, la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional ha sido pacífica al respecto,

⁷⁶ Reyes, José (2003) Principios orientadores de la imposición de las sanciones penales en el Nuevo Código Penal colombiano. Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional No 2. Editorial Legis, p. 170.

⁷⁷ Tamayo, Fernando & Sotomayor, Juan (2018) ¿Pena sin humillaciones? Límites al derecho penal derivados del respeto a la dignidad humana. Revista Opinión Jurídica. Vol. 17. N° 33. Universidad de Medellín. <http://hdl.handle.net/11407/4817>, p. 29.

⁷⁸ Cita, Ricardo & González Iván (2017) La proporcionalidad de las penas en la legislación penal colombiana. Grupo Editorial Ibáñez, p. 48.

⁷⁹ Tamayo, Fernando & Sotomayor, Juan (2018) ¿Pena sin humillaciones? Límites al derecho penal derivados del respeto a la dignidad humana. Revista Opinión Jurídica. Vol. 17. N° 33. Universidad de Medellín. <http://hdl.handle.net/11407/4817>, p. 21.

pues desde la mencionada declaratoria con la sentencia T-153 de 1998⁸⁰ y su ratificación con diversos proveídos como los distinguidos T-388 de 2013⁸¹, T-762 de 2015⁸² y más recientemente con la sentencia SU -122 de 2022⁸³ ha quedado claro que las cárceles colombianas son una tierra abandonada por el Estado, en la que el hampa gobierna y los derechos fundamentales solo son enunciados teóricos por lo que se trata de una crisis humanitaria de proporciones descomunales.

Es más, en la sentencia T-388 de 2013, la Corte Constitucional realizó una afirmación contundente, dolorosa y que reafirma la degradación de los reclusorios nacionales: “*La deshumanización de las personas en los actuales contextos carcelarios es evidente. Las condiciones en que son mantenidas las personas privadas de la libertad, por ejemplo, suelen ser relacionadas con las condiciones en que existen algunos de los animales relegados en nuestra sociedad a los lugares de suciedad*”.

Reconoce así la guardiana de la Carta Política que el trato brindado a los reclusos es peor que el otorgado a algunos seres sintientes, por lo que resalta la precariedad y la desidia a la que han sido relegados los ciudadanos privados de la libertad. Tristemente la manifestación en comentario no es un comentario exagerado, para nadie es un secreto que además de las cárceles, en las estaciones de policía y otros lugares de detención provisional se cometen un sinnúmero de aberraciones a diario, disparando el sufrimiento de los individuos y sus familias.

Recientemente se dio a conocer, para efectos ilustrativos, que en la estación de policía de Engativa (Bogotá) 16 personas estaban ubicadas en el lugar destinado para depositar la basura (*shut*)⁸⁴ y tal circunstancia fue presenciada precisamente por el magistrado de la Corte Constitucional Jorge Enrique Ibáñez Najjar, quien se encontraba realizando una inspección en el sitio pues lidera una comisión de verificación de las condiciones de reclusión en los centros transitorios de detención ubicados en la capital del país, quien a

⁸⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-153 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁸¹ Corte Constitucional. Sentencia T-388 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa.

⁸² Corte Constitucional. Sentencia T-762 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁸³ Corte Constitucional. Sentencia SU-122 de 2022. M.P. Diana Fajardo Rivera, Cristina Pardo Schlesinger y José Fernando Reyes Cuartas.

⁸⁴ Al respecto puede consultarse la nota de prensa disponible en el enlace <https://caracol.com.co/2023/04/27/corte-constitucional-encontro-privados-de-la-libertad-en-un-shut-de-basura-en-bogota/>

la postre manifestó: “*El propósito o finalidad de las inspecciones judiciales es comprobar en el terreno el cumplimiento o no de las órdenes de la Corte Constitucional y el respeto o la vulneración de los derechos humanos de la población privada de la libertad.*”

Aunado al penoso panorama detallado, no se ha reconocido que el permanente incremento punitivo de los delitos y la creación de nuevos tipos penales presentado como un instrumento disuasivo para acallar el clamor de la comunidad que exige seguridad- que se constituye como una evidente muestra de populismo punitivo⁸⁵- ha provocado el agravamiento del fracaso penitenciario nacional, pues en aras de palear la criminalidad, en ocasiones se imponen penas que bordean el máximo establecido en la legislación colombiana, es decir, 50 años, lo que a todas luces elimina la posibilidad de retorno productivo a la vida en sociedad de cualquier ciudadano condenado, pues tal como se puntualizó en un acápite precedente la expectativa de vida en el país es de setenta y cuatro (74) años según lo documentado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística- DANE⁸⁶ lo que se traduce en el hecho indiscutible que muchos condenados no sobrevivirán al presidio⁸⁷.

No se trata de revestir al delito de impunidad, ni mucho menos de validar la ofensa pública o privada, se propone destruir o atenuar las barreras existentes para que se empleen acciones más provechosas para reparar el daño ocasionado por el individuo a título de sanción penal. Lógicamente, se necesita una férrea voluntad legislativa para reconocer que la infracción del esquema de justicia no es un tiquete automático para ingresar a la cárcel, lo que conlleva a la estructuración de una política criminal coherente y humana en la cual el ofensor no se reduzca a una cosa que puede someterse a cualquier tratamiento ultrajante como lo que implica purgar una condena en un centro penitenciario del país desde hace décadas.

⁸⁵ Bula, Enith, Marino, Carolina & Sarmiento Juan (2019) El populismo penal en Colombia: propuesta para un debate inconcluso. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Vol.52. No 155 <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2019.155.14956>, p. 1050.

⁸⁶ La información relacionada con la expectativa de vida en Colombia se puede consultar en la página Web del Departamento Administrativo Nacional de Estadística- DANE. <https://www.dane.gov.co/>

⁸⁷ Tamayo, Fernando & Sotomayor, Juan (2018) ¿Pena sin humillaciones? Límites al derecho penal derivados del respeto a la dignidad humana. Revista Opinión Jurídica. Vol. 17. N° 33. Universidad de Medellín. <http://hdl.handle.net/11407/4817>, p. 33.

Lo anterior no es descabellado, en las cárceles de Halden (Noruega) y Schwalmstadt (Alemania)⁸⁸ se han implementado nuevos enfoques lúdicos, psicológicos y productivos para la ejecución de la prisión intramural en los cuales, el trabajo y el estudio, el trato respetuoso de los guardianes, la psicoterapia permanente y la comodidad de las instalaciones invitan al confinado a reflexionar sobre su agresión en abierto respeto a su dignidad, lo que tiene por propósito que retorne a la sociedad con nuevos hábitos y una visión de futuro optimista en la que pueda labrar una segunda oportunidad de vida, alejado de la reincidencia y de cultura del crimen.

El caso noruego llama particularmente la atención como quiera que la venganza y la retaliación que ha impulsado la imposición de penas en la mayor parte del mundo fueron reemplazados por el principio de normalidad⁸⁹ dirigido al cumplimiento de la sanción intramuros en condiciones semejantes a las de una residencia en buenas condiciones, con acceso a los servicios públicos básicos y a los sistemas de entretenimiento correspondientes. Para las autoridades aunque tal enfoque implica una fuerte inversión económica y no ha estado exenta de críticas por parte de algunos sectores del país, se ha transformado en un propósito gubernamental en aras de minimizar la comisión del delito y producir a mediano y largo plazo un entorno libre de violencia, al disminuir la tasa de reinserción la cual actualmente no sobrepasa el 20%⁹⁰.

Un asunto particular que amerita ser revisado en este recorrido por cuanto tiene vigencia en Colombia y se traduce como un acercamiento relevante al reemplazo de la prisión por mecanismos menos gravosos, es el concerniente al subrogado de prestación de servicios de utilidad pública como sustituto de la pena de prisión, el cual fue incluido recientemente en el panorama jurídico con la entrada en vigor de la Ley 2292 de 2023⁹¹, cuyo propósito es otorgar

⁸⁸ Los casos expuestos son retratados en formato documental, disponible en el sistema de streaming Netflix, bajo la denominación "Inside the World's Toughest Prisons".

⁸⁹ Pereira, María (2022) Análisis comparativo del tratamiento de los reclusos entre los sistemas penitenciarios de España y Noruega. Innovaciones orientadas a la reinserción. Tesis de grado Universidad Pontificia Comillas. <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/57566/TFG-%20Pereira%20Alvarez%20MPaz.pdf?sequence=2>

⁹⁰ Hernández, Juan (2019) Cárceles: Lo que la fuerza no puede. Dejusticia. <https://www.dejusticia.org/column/carceles-lo-que-la-fuerza-no-puede/>

⁹¹ A través de la Ley 2292 de 2023 se introdujeron al panorama jurídico nacional acciones afirmativas para las mujeres cabeza de familia, en especial en asuntos penitenciarios y de política criminal.

las madres cabeza de familia la posibilidad de purgar su condena realizando labores comunitarias, debidamente reglamentadas y monitoreadas, para evitar el deterioro físico y mental de los menores a su cargo.

Aunque visto de forma abstracta, se trata de un avance loable y que podría incidir en la redención del tejido social para que los niños puedan recuperar el acompañamiento de sus progenitoras y no quedar a la deriva, sea con familiares que no son cercanos o a cargo del Estado, la normatividad nuevamente impone barreras, puesto que el artículo 38I exige para conceder el subrogado en estudio que la pena impuesta sea inferior a ocho (8) años y además, que no se trate de los delitos de hurto calificado, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y otros correlativos, lo que permite inferir que no se trata de una facilidad automática sino que deberá revisarse los dos requisitos objetivos descritos para determinar si la mujer puede o no acceder a ella.

Indudablemente, el futuro debe conducir a que la cárcel quede reservada estrictamente para los casos más graves⁹² y por ende, a que se reconozca en las penas alternativas un mecanismo válido para purgar la conducta cometida, en ese orden, estas probablemente tendrían una mejor acogida si son socializadas con la comunidad, en aras de lograr la participación de diversos estamentos en busca de consensos.

CONCLUSIONES

Es necesario dotar al juez penal de la posibilidad legal de imponer una sanción sin limitaciones objetivas preestablecidas en la ley. Ello, por cuanto ha quedado claro que son evidentes las múltiples secuelas que padece toda persona abstraída de su entorno social y sometida a tratos inhumanos, pero lo más importante, es que se ha demostrado la ineficacia de la prisión, como mecanismo de reinserción social. Más allá del interés de resarcimiento a la víctima, que no puede ser igualado a una venganza, el mantenimiento del orden social sin razones reales no es una causal significativa para seguir justificando el presidio en ciertos delitos y circunstancias personales, ni a corto, mediano o largo plazo.

Por estas razones, la conclusión que se ofrece gira en torno a proponer que se deconstruyan las barreras punitivas y, sin ataduras legales estáticas se deje en

⁹² Medina, Arnel (2007) Los principios limitativos del ius puniendi y las alternativas a las penas privativas a la libertad. IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. No 19. <https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/180>, p. 112.

manos del juzgador el análisis del caso concreto y la consecuente imposición de penas proporcionales, sin límites que devengan de la ley en cuanto a la proyección abstracta de una necesidad supuesta para todos los casos; y estableciendo una realidad concreta. Motivando así a que se confronte la finalidad real de la pena de prisión con la cantidad y forma de cumplirla, de cara a la personalidad del justiciable.

Para tal efecto es perentorio que se proscriban fórmulas de prohibición de beneficios derivados de los montos punitivos y la anticipación de la gravedad, modalidad de la conducta, así como de la predicción del peligro para asegurar la prevención especial. Es decir, que el juez pueda hacer una valoración de cada asunto, en la que se incluya el estudio de la personalidad del condenado y todas las circunstancias familiares, sociales, laborales e incluso de conveniencia pragmática.

En ese sentido, en todos los casos debe ser el juez de conocimiento quien determine, de acuerdo con las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso, quién deberá ser sometido al tratamiento penitenciario más extremo, que es la prisión intramural; y, asimismo, establezca quién podrá recibir un tratamiento menos severo, pero que cumpla la finalidad propuesta, como sería la condena de ejecución condicional, la libertad vigilada, la prisión domiciliaria, el trabajo comunitario o el cumplimiento de obligaciones de resocialización particular o pública, debidamente monitoreada por la autoridad respectiva.

Es ineludible reconocer el fracaso del sistema carcelario en cuanto a la verificación de los fines de la pena, por lo que es imperativo humanizarla e igualmente, ser pragmáticos e ir más allá de lo simbólico y populista, haciendo un análisis de cada asunto con la ecuación costo/beneficio, toda vez que en el estado actual de cosas, la cárcel se encuentra atiborrada de personas que no requieren el famoso “tratamiento penitenciario” pero que, por imposición de la rigurosa e inoperante ley, no les queda otro camino.

REFERENCIAS

Jurisprudencia Corte Constitucional

- Corte Constitucional. Sentencia T-153 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
 Corte Constitucional. Sentencia T-388 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa.
 Corte Constitucional. Sentencia T-762 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

- Corte Constitucional. Sentencia SU-122 de 2022. M.P. Diana Fajardo Rivera, Cristina Pardo Schlesinger y José Fernando Reyes Cuartas.
 Corte Constitucional. Comunicado No 2 correspondiente a la sentencia C-014 de 2023. M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera.

Doctrina

- Arias, Diana (2012) Proporcionalidad, pena y principio de legalidad. Revista de Derecho No 38. Universidad del Norte. <https://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/3830>
- Bula, Enith, Marino, Carolina & Sarmiento Juan (2019) El populismo penal en Colombia: propuesta para un debate inconcluso. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Vol.52. No 155 <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2019.155.14956>.
- Cadavid, P (2007) La pena privativa de la libertad: Origen y desarrollo. Estudios Penales. Homenaje al Maestro Bernardo Gaitán Mahecha. Editorial Legis-Pontificia Universidad Javeriana.
- Cita, Ricardo & González, Iván (2017) La proporcionalidad de las penas en la legislación penal colombiana. Grupo Editorial Ibáñez.
- Chang, Romy (2013) Función constitucional asignada a la pena: Bases para un plan de política criminal. Derecho PUCP. N° 71- Pontificia Universidad Católica de Perú. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533656138019>.
- Ferrajoli, Luigi (2005) Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta.
- Guillermo, Juan (2013) La dosificación de la Pena. Nuevo Derecho. Vol. 9. No. 12. <https://www.redalyc.org/pdf/6697/669770723004.pdf><https://www.redalyc.org/pdf/6697/669770723004.pdf>
- Hernández, Juan (2019) Cárceles: Lo que la fuerza no puede. Dejusticia. <https://www.dejusticia.org/column/carceles-lo-que-la-fuerza-no-puede/>
- Martínez, Martín (2023) ¿Es posible sostener el ideal resocializador en tiempos de “populismo punitivo”?
- Columna de opinión jurídica disponible en <https://www.revistaderecho.com.co/2023/04/23/es-posible-sostener-el-ideal-resocializador-en-tiempos-de-populismo-punitivo/>
- Medina, Arnel (2007) Los principios limitativos del *ius puniendi* y las alternativas a las penas privativas de la libertad. IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. No 19. <https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/180>

- Meini, Iván (2013) La pena: Función y presupuestos. Revista Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 71. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201302.006>
- Murillo, Consuelo (2021) Supervisión en la ejecución de las penas alternativas: Origen, fertilización y resistencia. Revista Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú. N°87. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/24466>
- Paz- Mahecha, Gonzalo (2010) ¿Derecho penal del enemigo o la solución final al problema de la delincuencia?. Pap. Polit. Vol. 15. N° 1. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0122-44092010000100012
- Pereira, María (2022) Análisis comparativo del tratamiento de los reclusos entre los sistemas penitenciarios de España y Noruega. Innovaciones orientadas a la reinserción. Tesis de grado Universidad Pontificia Comillas <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/57566/TFG-%20Pereira%20Alvarez%20MPaz.pdf?sequence=2>
- Pérez, Daniel (2007) Las teorías sobre la pena (Pena de muerte y privación de la libertad) IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. No 19. <https://biblat.unam.mx/es/revista/revista-ius/articulo/las-teorias-sobre-la-pena-pena-de-muerte-y-privacion-de-la-libertad>
- Politoff, Sergio (1998) Fines de la pena y racionalidad en su imposición. Ius et Praxis. Vol. 4. N°2. Universidad de Talca. <https://www.redalyc.org/pdf/197/19740203.pdf>.
- Reyes, José (2003) Principios orientadores de la imposición de las sanciones penales en el Nuevo Código Penal colombiano. Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional No 2. Editorial Legis.
- Tamayo, Fernando & Sotomayor, Juan (2018) ¿Pena sin humillaciones? Límites al derecho penal derivados del respeto a la dignidad humana. Revista Opinión Jurídica. Vol. 17. N° 33. Universidad de Medellín. <http://hdl.handle.net/11407/4817>
- Toro, María (2013) La prisión y sus penas. Prisión abierta: Un límite humanista. CISMA. Revista del Centro Telúrico de Investigaciones Teóricas N° 4. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4712090>
- Valenzuela, Jonatan. (2010) La pena como penitencia secular. Apuntes sobre el sentido de la ejecución de la pena. Revista de Derecho (Valdivia) Vol. XXIII. N°1. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502010000100011>.

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO. ENTRE LA FUNCIÓN EPISTEMOLÓGICA Y DE CONTENCIÓN A LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD

María Helena Luna Hernández¹

RESUMEN

El principio de oportunidad es un instrumento constitucional que facultad a la Fiscalía para renunciar al ejercicio de la acción penal, una vez ponderados los intereses del Estado, de la sociedad y la víctima, de conformidad con la política criminal. Dado que su función esencial es racionalizar la actividad investigativa del Estado en la labor de la persecución de los delitos, importa la dinamización de esta herramienta a través de criterios fundados y sistematizados. Se propone que, parte de los discernimientos en torno a dicho impulso del principio de oportunidad tengan como base el fortalecimiento de dos funciones: la función epistemológica y la de contención al poder punitivo. Con estas funciones se espera generar escenarios dialécticos que, por un lado, robustezcan uno de los fines del proceso penal, pese a su termi-

¹ Abogada de la Universidad de Medellín, especialista y magíster en Derecho Penal de la universidad Eafit. Con amplia trayectoria en la Rama Judicial del Poder Público, desempeñando cargos como Juez Penal del Circuito, Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, Juez Penal y Promiscuo Municipal, auxiliar de magistrado en el Tribunal Superior de Antioquia, entre otros. Actualmente empleada en la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia. Docente de pregrado en la Universidad de Los Andes. Docente de posgrados en las universidades del Rosario, de Nariño, Autónoma Latinoamericana, Santiago de Cali y Santo Tomás. Docente de la Escuela Judicial de México, capacitadora en formación de derechos humanos y conferencista en temas de Derecho penal, política criminal y derechos humanos de las mujeres. Columnista especializada en temas jurídicos en el periódico *Ámbito Jurídico*, con experiencia como consultora externa del Centro de Estudios de Justicia de Las Américas y The Center for Court Innovation.