

LA AFECTACIÓN DE LA FINALIDAD DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LA
LIBERTAD POR EL MAL FUNCIONAMIENTO DEL SERVICIO CARCELARIO EN
MATERIA DE SALUD

YELITZA ORTIZ LUNA
YESENIA AVILA DUQUE

UNIVERSIDAD COLEGIOS DE COLOMBIA (UNICOC)
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
CHIA
2015

LA AFECTACIÓN DE LA FINALIDAD DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LA
LIBERTAD POR EL MAL FUNCIONAMIENTO DEL SERVICIO CARCELARIO EN
MATERIA DE SALUD

MONOGRAFÍA DE GRADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADO

PRESENTADA POR

YELITZA ORTIZ LUNA
YESENIA AVILA DUQUE

DIRIGIDA POR
DR. CHRISTIAN MATUSAN

UNIVERSIDAD COLEGIOS DE COLOMBIA (UNICOC)
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
CHIA
2015

AGRADECIMIENTO

La presente monografía de grado nos gustaría agradecerse a Dios, por bendecirnos para llegar hasta donde hemos llegado, porque ha hecho realidad nuestros sueños.

A la UNIVERSIDAD COLEGIOS DE COLOMBIA UNICOC, por darnos la oportunidad de estudiar tan valiosa carrera y ser profesionales.

A nuestro director Dr. Chistian Matusan por sus conocimientos, su experiencia, su paciencia, su dirección y su motivación que han permitido que podamos culminar nuestros estudios con éxito.

Y a nuestras familias quienes han creído en nosotras y nos han brindado el apoyo que hemos necesitado para cumplir el sueño de ser abogadas.

A todos muchas gracias

Yelitza Ortiz Luna
Yesenia Ávila Duque

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
Capítulo 1 Introducción e información general.....	6
1. Título.....	6
2. Planteamiento del problema y justificación.....	7
3. Marco Teórico y Estado del Arte.....	8
4. Objetivos.....	12
4.1.1 Objetivo general.....	12
4.1.2 Objetivos específicos.....	12
5. Metodología.....	12
Capítulo 2 Que es Estado social y democrático de derecho.....	13
2.1 cuáles son sus fines.....	13
2.2 cuáles son las obligaciones del Estado para con los reclusos....	14
Capítulo 3 El Derecho Penal.....	18
3.1 Antecedentes.....	18
3.2 Características.....	19
3.3 Evolución.....	19
3.4 La Pena	26
3.5 Teorías de la pena.....	27
3.6 Principios de las sanciones penales.....	38
3.7 Dignidad humana en el derecho penal.....	51
3.8 Finalidad de las penas.....	56
Capítulo 4 Derechos de las personas privadas de la libertad.....	60
4.1 Derecho a la vida.....	60
4.2 Derecho a la salud.....	61
4.3 Derecho a la dignidad.....	64
4.4 El recluso es persona.....	65
4.5 Tratados internacionales sobre los derechos de los reclusos.....	66
Capítulo 5 Tratamiento carcelario en materia de salud.....	70
5.1 Antecedentes.....	70

5.2 Asistencia médica dentro de las cárceles.....	71
5.3 Hacinamiento y sus consecuencias médicas y jurídicas.....	76
5.4 La corte constitucional y sus pronunciamientos por la vulneración de derecho a la salud y dignidad humana en las cárceles colombianas.....	81
Conclusiones.....	89
Bibliografía.....	92

CAPÍTULO 1

INTRODUCCIÓN E INFORMACIÓN GENERAL

1.1 Título

La afectación de la finalidad de las penas privativas de la libertad por el mal funcionamiento del servicio carcelario en materia de salud.

Introducción

Uno de los pilares de un Estado social y Democrático de Derecho es velar por las garantías y derechos fundamentales de sus asociados. Colombia es un “Estado Social de Derecho organizado en forma de Republica Unitaria, fundada en el respeto de la dignidad humana de todas las personas que la integran...”¹ art 1 de la Constitución Política. Su fin esencial es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la constitución y demás normas concordantes. Si bien la protección de dichos principios y derechos buscan proteger a cabalidad a la población, dentro de ella también existe un grupo de personas que aunque tienen derechos fundamentales restringidos de forma legal, se les vulnera los preceptos básicos y mínimos que el Estado como garante debe proteger.

Las personas que están en espera de una sentencia o en su defecto están cumpliendo una pena, también conocidos como población carcelaria, son sujetos a los cuales el Estado de forma legal y constitucional les restringe determinados derechos y deberes, pues al violentar el mandato constitucional y legal, se debe recibir un “castigo”. Sin embargo, no se debe restringir los principios y derechos mínimos de las personas, en la medida en que “los derechos propios del ser humano, lo que nos define como personas y nos hace ser personas”, son el derecho a la vida, a la salud considerado hoy como un derecho fundamental autónomo y la dignidad humana.

¹ COLOMBIA, CONSTITUCIÓN POLÍTICA del 1991. Artículo 1.

Dicho lo anterior, se debe investigar si existe una vulneración de derechos y principios no solo constitucionales sino además penales, pues se deja entre dicho para qué sirve la pena sino se respeta los principios fundamentales de un Estado social de derecho. El cuestionamiento surge entonces por las evidencias de vulneración de derechos a la salud, como los causados por la no atención oportuna de tratamientos, heridas, enfermedades, etc., que pone en riesgo la vida misma de los reclusos y la vulneración a la dignidad humana como se evidencia con el hacinamiento carcelario, por lo tanto en nuestra investigación buscamos las respuestas a si ¿la violación o afectación al derecho a la salud, respecto de las personas privadas de la libertad afecta los fines de la pena?, pues es una obligación del Estado prestar asistencia y velar por el cumplimiento correcto de los derechos de todas las personas dentro de su territorio, tal y como lo expresa el artículo 1 de la Constitución Política de Colombia.

Por tanto, debemos demostrar que no solo hay vulneración de derechos humanos sino también de los principios que rigen al Estado Social y Democrático de Derecho donde dentro de ella la pena tiene una finalidad y si se logra demostrar la afectación de la misma, dejaríamos en evidencia que no se ha evolucionado ni social, ni penal ni mucho menos constitucionalmente.

1.2. Planteamiento del problema y justificación.

La falta de la prestación en servicios de salud a los reclusos en los centros penitenciarios de Colombia atenta contra los derechos fundamentales a la vida, dignidad humana, integridad física y la salud de algunos reclusos, transgrediendo los postulados de los fines de la pena consagrados en el artículo 4 del Código Penal. Debe entenderse que la pena entre sus varias finalidades, busca cumplir una función de prevención especial positiva; “esto es, que el individuo trasgresor pueda resocializarse, teniendo en cuenta que a pesar de que el trasgresor haya violado el ordenamiento jurídico debe respetarse su autonomía y dignidad, pues el

objeto del derecho penal en un Estado Social y Democrático de Derecho no es excluir al infractor del pacto social, sino buscar su reinserción en el mismo”².

Lo anteriormente mencionado no se cumple a cabalidad, dichos fines de la pena no están siendo estudiados de manera meticulosa por el Estado, porque la resocialización se debe cumplir teniendo en cuenta los derechos humanos de quien se está castigando ya que el concepto de persona no se pierde sin importar su condición, por lo tanto se está violando todo postulado de derechos humanos, tratados internacionales, la constitución y los principios penales, situación que no permite la resocialización en sí que es lo que busca la pena, porque los reclusos no se les está velando por sus condiciones mínimas de vida, situación que genera descontentos, problemas físicos, mentales e inclusive la muerte.

Por lo anterior se cuestiona si ¿la violación o afectación al derecho a la salud, respecto de las personas privadas de la libertad afecta los fines de la pena?

1.3 Marco teórico y estado de arte.

La sociedad ha tenido grandes cambios a lo largo de la historia y esto se ha logrado gracias a grandes pensadores, filósofos, juristas, ideólogos, etc., que han impulsado sus ideales humanistas, de libertad, de organización social y estatal, así mismo el derecho ha evolucionado, permitiendo que los hombres se puedan organizar en una sociedad- Estado.

El derecho ha tenido sus propios cambios, pues si bien las normas fueron creadas para regular a la sociedad, existían múltiples dificultades por su carácter rudo y vulnerador de derechos, sobre todo hacia las personas con pocos recursos. El derecho penal era por tanto el más criticado por los humanistas y en la época de los grandes descubrimientos de todas las ciencias que parte desde principios del siglo XV hasta finalizar el siglo XVIII , “aparecieron hechos distintos y una especial

²CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-647 del 20 de junio del 2001, M.P.: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

consideración por el individuo”³ “notables juristas lucharon por sistematizar las normas represoras, también hubo otros que, más inclinados hacia las que pudieron llamarse cuestiones criminológicas, lanzaron su protesta contra las aberraciones de la justicia”⁴ medieval y aunque fue difícil lograr un cambio radical, se dejó un importante avance en defensa de la dignidad humana.

TOMÁS MORO, reveló los sufrimientos que se imponían al delincuente, su crítica se encaminaba a mencionar que “EL CRIMINAL ES UN HOMBRE, NO UNA BESTIA”⁵, él veía el sufrimiento de las clases populares y combatió los abusos del capitalismo naciente, su obra UTOPIA, revelaba su desacuerdo con las practicas penales aduciendo que detrás del delito se debía conocer los móviles y ello era importante para acabar con la criminalidad.

CESARE BECCARIA, quien se anticipó a temas importantes de política criminal, mencionó la importancia de la igualdad, donde “el temor de la ley debe surgir de ella misma y no de los funcionarios encargados de aplicarla”⁶. Pero quien logró aportar un enfoque realmente humano al derecho penal fue JOHN HOWARD un viajero ingles que dedicó su vida a observar las cárceles donde existían “prisiones en vergonzosa promiscuidad, donde hombres y mujeres, niños y ancianos, bandidos y delincuentes políticos, todos hambreados, desnudos y sin auxilios higiénicos y con base a sus observaciones sistematizó propuestas para reformar los antros donde se purgaban el castigo”⁷. Según Howard, “era preciso implantar cinco prácticas fundamentales en reemplazo de las existentes: alimentar mejor a los reclusos y suministrarles medios de vida higiénicos; establecer una disciplina distinta; educarlos según la moral religiosa; hacerlos trabajar y atenuar la aspereza del sistema celular”⁸. Su denuncia fue tan importante que países como Estados Unidos,

³ PÉREZ, Luis Carlos, Derecho Penal, Parte General y Especial, segunda edición, Tomo I, Editorial: Temis Bogotá Colombia 1987, p. 112

⁴ Ibíd., p. 113

⁵ Ibíd., p. 113

⁶ Ibíd., p. 115

⁷ Ibíd., p. 116

⁸ Ibíd., p. 116

Gran Bretaña, Prusia, y los Países Bajos entre otros, reformaron las instituciones carcelarias con el fin de que fueran más humanas y dejar atrás las practicas medievales, por lo tanto fue Howard un importante humanista que gracias a sus denuncias muchos países comenzaron a cambiar las aberraciones medievales evolucionando a una institución más humana.

“Existieron además de BECCARIA y HOWARD otros pioneros de la protesta de los horrores penológicos”⁹, GROCIO hizo la distinción entre la ley divina, ley moral y ley jurídica, del origen individual del sistema punitivo y el origen contractual del derecho, afirmando el principio de la retribución como importancia de la pena, “el mal de la pena se inflige por el mal de la acción”¹⁰. Sin embargo fue en Francia donde se dio la verdadera trasformación del sistema penal, alcanzada por el pueblo francés en su lucha por la libertad, su máximo exponente fue JUAN PABLO MARAT discípulo de BECCARIA y aunque su especialidad no era el derecho, si se expresó sobre las aberraciones contra las personas menos privilegiadas y sobre como las leyes existentes eran ilegítimas, arbitrarias y atentaban contra la buena moral y el buen sentido, para MARAT no existía un equilibrio entre pena y delito.

Lo anterior, demuestra que a través de la historia el sistema penal siempre ha tenido sus fallas, sin embargo han existido grandes juristas y humanistas que lograron aportar y/o cambiar prácticas medievales que eran aberrantes para el ser humano. La dignidad humana ha sido unos de los puntos más importantes que han tocado los mencionados humanistas, exigiendo un cambio no solo jurídico sino también social, una forma distinta de ver a quien cumplían una condena o estaban siendo procesados, así como MORO decía “el criminal es un hombre, no una bestia” y HOWARD denunció las graves violaciones de derechos y de higiene que soportaban las personas dentro del establecimiento carcelario, permitiendo que lograran salir al aire prácticas que muchos no conocían se llevaban a cabo y se

⁹ PÉREZ, Luis Carlos, Derecho Penal, Parte General y Especial, segunda edición, Tomo I, Editorial: Temis Bogotá Colombia 1987, p. 117

¹⁰ *Ibíd.*, p. 117.

lograra reformar las instituciones penales tratando a las personas dentro de ellas como son, es decir, como personas.

Por lo tanto, estudiar en la actualidad las violaciones a los derechos fundamentales en los centros penitenciarios y carcelarios, es hacer un estudio más humano, permitiendo salir a la luz problemas o fallas en el sistema penitenciario que muchos ignoran o simplemente se callan y aunque si bien violaron el mandato legal su condición de persona no se pierde al pagar una condena, lo importante es no volver a las practicas medievales que denunció HOWARD, pues si no logramos cambiar los problemas actuales, perderíamos todos como sociedad el carácter de la buena moral y el Estado no estaría actuando como un Estado Social y Democrático de Derecho.

Es entonces necesario investigar las violaciones al derecho a la salud de las personas privadas de la libertad y de cómo ello afecta los fines de la pena, esto se realiza con base en ideales humanistas teniendo como presupuestos los conceptos de MORO, BECCARIA, HOWARD y MARAT, que lograron cambiar las instituciones penitenciarias demostrando que aunque el criminal si debe pagar un castigo o condena, no se debe dejar de lado que siguen siendo personas y que la finalidad de la pena no es como decía GROCIO retribuirle un mal con otro mal, sino que en nuestra sociedad es buscar la resocialización siempre y cuando se tenga en cuenta y se proteja su dignidad humana.

4. Objetivos

4.1 Objetivo general

Observar la incidencia de la afectación del derecho a la salud de las personas privadas de la libertad en el cumplimiento de los fines de la pena.

4.1.2 Objetivos específicos

1. Identificar la responsabilidad del Estado como garante de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad
2. Evidenciar la violación del derecho a la salud de las personas privadas de la libertad.
3. Identificar los fines de la pena dentro de un Estado Social y Democrático de derecho que es Colombia.

5. Metodología

La metodología a trabajar en nuestra monografía es descriptiva y diacronía; siendo la primera un método analítico del tema jurídico que consiste en la fragmentación del mismo, para lograr un fin delimitado de dicho análisis tal como los conceptos, elementos, características y función que reúne nuestro problema jurídico. Diacronía dado que se manejará a través de las fases evolutivas en un determinado periodo del tiempo, desde el 2008 hasta la actualidad, teniendo como precedentes las sentencias de la Corte Constitucional con efecto de dar solución a nuestro problema jurídico sobre si se cumple la finalidad de las penas privativas de la libertad y la posible trasgresión de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, centrada en el derecho a la salud y la dignidad humana.

CAPITULO 2

El Estado

Que es el Estado

El Estado es una sociedad políticamente y jurídicamente organizada, que para su existencia requiere de unos elementos que son: territorio, población, poder y soberanía. Está regida por el imperio de la ley derivada de la Constitución que actúa como norma rectora, pero que además tiene una separación de poderes para la correcta distribución de funciones en aras de satisfacer las necesidades del pueblo, la división se conforma en tres ramas: Legislativa, Ejecutiva y Judicial.

Colombia es un “Estado social de derecho, organizado en forma de Republica Unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”¹¹ Artículo 1 de la constitución política 1991.

2.1 Cuáles son sus fines

Cada Estado establece unos fines esenciales para su población pues es su obligación brindar la protección de sus derechos y de asegurar el cumplimiento de sus deberes, y como dichos fines son para todos, los mismos deben respetar los principios fundamentales de la vida, la igualdad, la convivencia, el trabajo la justicia, el conocimiento, la libertad, la paz, la democracia participativa y la economía justa.

¹¹ COLOMBIA, CONSTITUCIÓN POLÍTICA del 1991. Artículo 1.

Nuestra carta política del 91 en su artículo 2 establece los fines esenciales del Estado:

Servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares¹².

Los fines del Estado se evidencian en el respeto por los derechos humanos y en la búsqueda de su protección, garantizando la convivencia pacífica y el cumplimiento de las normas.

2.2 Cuáles son las obligaciones del Estado para con los reclusos

“Colombia se constituye como República unitaria, es decir, posee un centro de impulsión política y gubernamental, con un poder público que cuenta en casi toda su totalidad con una persona jurídica llamada Estado; donde todos los individuos están bajo el mismo Régimen Constitucional, obedecen a la misma autoridad y están regidos por las mismas leyes”¹³.

La constitución política de 1991 artículo 4 establece que “la constitución es norma de normas”¹⁴ por ende la carta política es la primacía y el marco legal del Estado

¹² COLOMBIA, CONSTITUCIÓN POLÍTICA del 1991. Artículo 2.

¹³ Clase de Administración Pública, Institución Universitaria Colegios de Colombia, UNICOC, Profesora Olga Araque, Apuntes tomados el 29 de agosto de 2014.

¹⁴ COLOMBIA, CONSTITUCIÓN POLÍTICA del 1991. Artículo 4

colombiano, donde principios, deberes, reglas, procedimientos, pero sobre todos derechos fundamentales sopesan sobre las demás por ser propias del ser humano.

Sin embargo, para que exista un correcto orden dentro de un Estado se deben establecer unas reglas de convivencia y paz, así como lo establece el preámbulo de la carta política 91 “en ejercicio de su poder soberano... con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz...”¹⁵ y al ser un Estado social de derecho se regula según la ley teniendo en cuenta que existe una prevalencia de todos los derechos y de protección individual y social bajo las condiciones del igualdad*¹⁶ .

Por otro lado, si bien es cierto, que los reclusos pierden ciertos derechos como la libertad y se les suspenden el derecho a votar y a ser elegido, no dejan de lado su condición natural de persona y con ello sus derechos fundamentales, por lo tanto el Estado sin importar las circunstancias tiene el deber de protegerlos, así mismo lo ha expresado la Corte Constitucional en varias ocasiones, explicando que a los reclusos no se les puede violentar sus derechos fundamentales.

En la Sentencia T-861/13:

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 cargo, más si se tiene en cuenta que la población reclusa se encuentra en una relación de especial sujeción con el Estado.

¹⁵ COLOMBIA, CONSTITUCIÓN POLÍTICA del 1991. Preámbulo

¹⁶ Debe entenderse la igualdad como un tratamiento jurídico y no confundirlo con equidad. Si bien el Estado debe englobar todos los derechos bajo el principio de igualdad, debe recordarse que el tratamiento es diferencial porque depende de la situación individual de cada persona y de la afectación que se la haya causado.

La conexión de especial sujeción con el Estado en la que se encuentran las personas privadas de la libertad produce importantes consecuencias jurídicas y un impacto evidente en los derechos fundamentales de estas personas. Por tanto, el Estado se encuentra en posición de garante respecto de la persona privada de la libertad y, en esa medida, es su entera responsabilidad el cuidado de la vida, la salud, la integridad física y moral, así como procurar las condiciones mínimas de existencia digna del individuo privado de la libertad como persona¹⁷.

La Carta Política del 91 establece unos principios y derechos que no se pueden transgredir en un Estado social de derecho, aun si la persona haya realizado un tipo penal.

Artículo 1° Colombia es un Estado fundado en el respeto a la dignidad humana; **artículo 2°** es fin del Estado garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos consagrados en la Constitución y que, las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades; **Artículo 11:** el derecho a la vida es inviolable, no habrá pena de muerte; **Artículo 12:** nadie puede ser sometido a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes; **Artículo 13:** todas las personas nacen libres e iguales ante la ley¹⁸.

Por el desarrollo de esos principios y derechos fundamentales el Estado expide la Ley 65 de 1993 por la cual se tramita el Código Penitenciario y Carcelario y la ley 1709 del 20 de enero de 2014 Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, dichas disposiciones tienen la finalidad de regular lo concerniente a las cárceles y sus reclusos teniendo en cuenta que a los mismos se les debe respetar unos derechos, garantías, principios propios de todo ser humano y que en cabeza del INPEC, un Instituto que pertenece a la rama Ejecutiva y está

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 861 del 27 de noviembre del 2013, M.P.: Alberto Rojas Ríos

¹⁸ COLOMBIA, CONSTITUCION POLITICA DE 1991, Artículos, 1, 2, 11, 12 y 13.

adscrita al ministerio del Interior y de Justicia, como ente encargado de velar que los fines del Estado en materia penal se cumplan y no se violen los principios fundados en la constitución.

Pero el Estado también debe cumplir unas obligaciones en materia de derechos humanos, que no solo son para la población que goza de libertad, sino que además de aquellos que son sindicados o cumplen una pena, porque el concepto de humano no se pierde en ningún momento sin importar las circunstancias.

CAPITULO 3

EL DERECHO PENAL

3.1 Antecedentes

“El derecho penal nació para castigar, sancionar o reprimir a los seres humanos que vulneren normas, o formas de saber, que el rey, el poder, el Estado o el legislador han constituido como conductas prohibidas y de las cuales se genera su reproche”¹⁹. “Es la rama del ordenamiento jurídico que contiene las normas impuestas bajo amenaza de sanción”²⁰.

El derecho penal nace precisamente por la necesidad de “sancionar conductas que se han prohibido a lo largo de la historia de estas prácticas sociales, y que el hombre ha inventado para mejorar sus relaciones sociales”²¹.

“Desde que la función de reprimir el hecho ilícito con una pena ha quedado en manos del Estado, es tradicional la distinción del derecho penal sustantivo en subjetivo y objetivo; siendo el primero la facultad y el deber que el Estado tiene de trazar las figuras delictivas y determinar y ejecutar las penas que corresponden a los hechos que en ellas se encuadran; el segundo es el conjunto de normas penales vigentes, constitutivas del derecho penal en su sentido más estricto”²². La facultad del Estado radica en que es el único que tiene la autoridad y capacidad para crear normas y es el mismo que tiene el deber de crear normas represivas para organizar a la sociedad.

¹⁹ CARRANZA PIÑA, Jorge Eduardo. El Sujeto, El Poder y Las Penas En El Nuevo Código Penal, Breviarios Jurídicos Número 6, Ediciones Ciencia Y Derecho, 2001, p. 10.

²⁰ BALESTRA FONTÁN, Carlos. Derecho Penal, Introducción y Parte General, 3ra Edición, Abeledo-Perrot, p. 30.

²¹ CARRANZA. Op, cit., p. 11.

²² BALESTRA. Op, cit., p. 30.

3.2 Características del derecho penal

Las características del derecho penal: I) pertenece al derecho público, el Estado es el único facultado para “acuñar delitos y fijar penas”²³; II) normativo, valorativo y finalista, “es normativo porque reside en la norma, valorativa porque valora los hechos de las personas y teniendo en cuenta su fin perseguido”²⁴; III) sancionador, porque para proteger los bienes jurídicos se necesita de la pena.

El carácter sancionador del derecho penal ha evolucionado a través de la historia del ser humano, pues no siempre fue el Estado quien tuvo el deber y facultad de sancionar mediante una pena, su presupuesto histórico comienza desde la época primitiva donde las personas debían solucionar los problemas causados por quienes no querían obedecer o seguir los principios dentro de una sociedad, así el derecho penal surge como una necesidad de controlar el delito, por ello debemos estudiar su evolución para entender el significado que tiene el derecho penal en la actualidad, sus principios, sus penas, y la importancia que tiene el hombre dentro de un sistema punitivo.

3.3 Evolución

El delito nació desde que el hombre comenzó a trasgredir los principios fundamentales de cada sociedad en las diferentes épocas, por lo tanto, se vio la necesidad de combatir al delito, desde la venganza por propia mano hasta llegar a la imposición de una pena regulada por el Estado bajo los principios y derechos que todo hombre debe tener sin importar su condición.

²³ BALESTRA FONTÁN, Carlos. Derecho Penal, Introducción y Parte General, 3ra Edición, Abeledo- Perrot, p. 31.

²⁴ Ibíd., p. 32.

Época primitiva:

La época primitiva estuvo dictaminada por múltiples cambios en la sociedad, una de ellas fue la forma de dar justicia frente a una trasgresión de creencias y/o principios. A continuación se mencionan las formas más comunes de implementar justicia frente a delitos cometidos en la época primitiva.

1. “La prohibición: todo lo que estaba relacionado con lo penado o lo prohibido, donde se recibe el nombre de tabú. Todo aquel que violaba el tabú, se producía un castigo automático”²⁵. Se caracteriza, por prohibir todo aquello que se considera sagrado o impuro, no se le permitía a las personas realizar determinadas acciones por el desconocimiento mismo de sus significados, por ello se consideraban tabú por que se creía en lo mágico y misterioso, y al transgredirse esos principios debía castigarse automáticamente al infractor.
2. “Características: la primitivas prohibiciones no respondían a razones biológicas, sino estrictamente sociales; sus sanciones tenían un matiz marcadamente expiatorio y religioso; la sanción es automática y por ello objetiva, no importa que la sanción haya sido cometida consciente o inconscientemente; y la responsabilidad no solo radicaba en la personas que cometía la agresión sino que además se extendía a todos los componentes del grupo”²⁶. Dichas características se concentraban en demarcar el derecho penal de la época en fundamentos moralistas y naturales, basados solo en sus creencias y no en la constitución de una norma objetiva.
3. “La venganza privada: aquí es donde conocemos la justicia por mano propia, la venganza de sangre, muy común en los miembros de un clan que fueron

²⁵ BALESTRA FONTÁN, Carlos. Derecho Penal, Introducción y Parte General, 3ra Edición, Abeledo- Perrot, p. 58.

²⁶ *Ibíd.*, p. 59.

ofendidos, quienes perseguían a quien hubiera cometido el daño”²⁷. Aquí la justicia se aplica para restaurar el honor que fue trasgredido por una persona ofensiva y poco moralista. Los intereses que se buscan proteger son más de estatus social, familiar y religiosa, que se consideran sagrada, por tanto los que imparten justicia solo pueden ser miembros de la familia.

4. “El talión: la regla de ojo por ojo, diente por diente, es decir, un mal por otro mal, retribuirle lo que hizo mediante una pena ejemplar, desde aquí se va avanzando a una imposición de una pena, establecida por el Estado, aunque las penas que eran más comunes era la de muerte; sus antecedentes se encuentran en el código de Hammurabi siglo XX antes de Jesucristo, también se encuentra en la Ley de las XII Tablas y en la Legislación Mosaica”²⁸. La ley del talión, es si bien la más popular, pues con ella la persona que se sintió agredida puede realizar un acto de justicia que sopesa igual al daño sufrido, también con ella se comienza a dar un fenómeno que antes no se conocía y es la proporción entre el hecho causado y la pena que debe recibir el infractor, dando paso a un Estado más regulador, donde puede evitar los castigos indeterminados y exagerados.
5. “La composición: es el reemplazo de la pena por un pago en dinero, se extendió a la mayoría de los pueblos que conocían ese sistema de intercambio, sin embargo, no era para todos los delitos, pues la traición y el adulterio no se castigaban de dicha forma, era más conocida la justicia por propia mano”²⁹. Una forma muy particular de evitar la pena de muerte y los castigos inhumanos, fue la composición un mecanismo que se logró implementar para evitar las luchas innecesarias y el ejercicio de la venganza y ayudó a asegurar las relaciones sociales.

²⁷ BALESTRA FONTÁN, Carlos, Derecho Penal, Introducción y Parte General, 3ra Edición, Abeledo- Perrot, p. 59.

²⁸ *Ibíd.*, p. 60.

²⁹ *Ibíd.*, p. 60.

6. “Evolución posterior”³⁰, el Estado se da cuenta que la venganza de sangre y demás formas primitivas de justicia no eran correctas, por lo tanto se comenzó a implementar la pena con una “función retributiva e intimidatoria, para impedir la actividad delictuosa del agente, aunque en la primera época no existía la acción judicial, surge cuando se vuelve completamente pública”³¹. La pena debía convertirse en el mejor instrumento del Estado para combatir la criminalidad y para ello se basó en la ley del talión con fundamentos más intimidatorias que lograran evitar que el posible infractor trasgrediera los principios del Estado.
7. “Lo que en la época primitiva sucedía, era la unión entre el derecho civil y el derecho penal, donde por la falta de pruebas, se invocaba a Dios como testigo o juzgador”³², por ser una época moralista y arraigada a los conceptos místicos y de tabú.

Edad antigua

1. “Derecho penal hebreo: se establecía la igualdad ante la ley, las penas más graves era contra la divinidad, la moral y las buenas costumbres, se aplicaba la venganza de la sangre, le siguió la ley del talión, y luego la de la composición, la pena no solo se aplicaba al infractor, poco tiempo después se individualizo al sujeto”³³. Por sus conceptos religiosos y la creencia de que lo divino vivía entre los seres humanos, el derecho penal hebreo castigaba todo aquello que vulnerara esas creencias y si bien constituyó la igualdad ante la ley, este se determinaba solo por conceptos religiosos.

³⁰ BALESTRA FONTÁN, Carlos, Derecho Penal, Introducción y Parte General, 3ra Edición, Abeledo- Perrot, p. 61

³¹ *Ibíd.*, p. 61.

³² *Ibíd.*, p. 61.

³³ *Ibíd.*, p. 63.

2. “Derecho penal Romano: también existía la venganza, continuando con el talión y la composición, consagrada luego las XII tablas, el derecho romano ejerció innegable influencia en la recepción, no obstante que no constituyera precisamente un modelo en la época imperial, debido a su excesivo rigor, su arbitrariedad, su imprecisión, etc.”³⁴. Si bien el derecho penal Romano tuvo múltiples etapas en la constitución de un derecho penal, fue quien implementó los conceptos importantes aplicados en la modernidad, lo más destacado fue establecer el *ius puniendi* dentro de una constitución pública, donde sea el Estado el único facultado para crear e imponer castigos a quien violente los intereses propios de cada persona y del Estado mismo.

Edad Media

1. “Derecho penal canónico: mantuvo el derecho penal público del derecho penal romano junto con el derecho laico. Sus características fundamentales, consistían que igual que el derecho romano desconoció el fundamental principio de reserva: *nullum crimen, nullapoena sine legepoenale*, y de ahí que el poder de los jueces alcanzase proyecciones extraordinarias con grave riesgo para los acusados”³⁵.

El derecho penal canónico “confundía lo inmoral con lo ilícito; mantuvo el concepto de culpabilidad igual que el derecho romano pero lo extendía a terceros inocentes; limitó la pena de muerte y la mutilación; se le atribuye especial importancia al testimonio, que se consolida bajo el poder de Inocencio III; alrededor del año 1300 ese proceso adopta la forma común de los tribunales italianos, empleándose, también, la tortura;”³⁶. Con el derecho canónico se logró reducir la venganza privada porque se consideraba un

³⁴ BALESTRA FONTÁN, Carlos, Derecho Penal, Introducción y Parte General, 3ra Edición, Abeledo- Perrot, p. 65.

³⁵ *Ibíd.*, p. 67.

³⁶ *Ibíd.*, p. 67.

pecado y el derecho se constituía en nombre de Dios y por tanto se consideraba a todos los hombres iguales.

2. “Derecho penal germánico: el individuo pertenece a la tribu, se ve dominar a la reacción privada, donde el jefe de ella tiene la potestad penal y el derecho de expulsar de la comunidad a los indignos”³⁷.

No se respeta a la persona en su integridad, porque es más importante la sociedad, por ello “funciona la venganza de la sangre, que puede ser renunciada por el ofendido, y se puede reemplazar con azotes o la composición; como reacción penal característica del pueblo germánico, a medida que el poder público se hace fuerte, aparece la pérdida de la paz, que consiste en negarle al delincuente la protección de la ley, abandonándolo, así, a una muerte segura”³⁸. La característica fundamental del derecho penal germánico es el asegurar la potestad del jefe de la tribu, las normas sociales que debían ser respetadas siempre y la reducción de persona individual frente a la comunidad.

3. “Los Prácticos: los autores y sus opiniones comienzan a tener relevancia y sobresale el fenómeno llamado la recepción, donde resurgen las instituciones del derecho romano a través de los ordenamientos, recopilaciones y demás textos legales, ocurrido particularmente en Alemania y España”³⁹. Estas opiniones no solo se basaban en los estudios históricos del derecho Romano, sino también de su comparación con el actual. Fue fundamental para indicar los problemas en relación a la culpabilidad, la legítima defensa y delitos particulares como la injuria y la falsedad, permitieron que el derecho penal se sistematizara y se volviera de carácter general.

³⁷ BALESTRA FONTÁN, Carlos, Derecho Penal, Introducción y Parte General, 3ra Edición, Abeledo- Perrot, p. 68.

³⁸ *Ibíd.*, p. 68

³⁹ *Ibíd.*, p. 68

4. Derecho Hispano: si bien su historia es bastante compleja, muchos códigos penales latinos se basaron del derecho hispano para implementarlo en sus jurisdicciones. “En el derecho Español se implementó la pena con una función retributiva e intimidatoria, se aplica para que el autor reciba la pena que merece y para que sirva de escarmiento a los demás y se guarden así de hacer lo mismo”⁴⁰.

Se caracteriza por “aceptar la inimputabilidad de los locos y los menores, distinguiendo en materia de culpabilidad el dolo y la culpa, como así también la falta de responsabilidad para el caso fortuito. Las penas que si eran severas era para los delitos de Herejía”⁴¹.

Edad Moderna

“El humanismo: como la humanidad fue avanzando, también las ideas para destruir la arbitrariedad ejercida por quienes sustentaban el poder. Son aquellas que, basadas en la razón y en el derecho natural, colocan al hombre frente al Estado. Este movimiento filosófico se extendió a través de los siglos XVII, XVIII y XIX, modifica de manera sustancial las instituciones sociales, repercutiendo también hondamente en la construcción del sistema penal”⁴².

“BECCARIA, HOWARD y los hombres de la Revolución Francesa, MONTESQUIEU y ROUSSEAU, en menos de medio siglo labraron el campo de la penalidad y fue lo que ayudo a los hombres de la Escuela Clásica a elevar la ciencia penal a la dignidad de sistema filosófico”⁴³.

⁴⁰ BALESTRA FONTÁN, Carlos, Derecho Penal, Introducción y Parte General, 3ra Edición, Abeledo-Perrot, p. 72

⁴¹ Ibíd., p. 72.

⁴² Ibíd., p. 75 y 76.

⁴³ Ibíd., p 76.

La anterior reseña histórica del derecho penal, nos demuestra que desde que el delito comenzó a existir, las personas necesitaron implementar métodos para castigar a quienes infringían los mandatos legales, morales, costumbres y/o principios de la comunidad o Estado, demostrando que desde que se creó al derecho penal como forma directa para combatir al delito, siempre tuvo un móvil, es decir, una finalidad, que aunque hoy en día nos parezca muy rudimentario sus penas, en ese momento eran la única forma que conocían para proteger los bienes jurídicos de las personas.

Aunque en la modernidad las penas han cambiado, respetando tratados internacionales y derechos humanos, podemos ver cómo se sigue ejerciendo un método de venganza en contra del infractor, que aunque el Estado Social de Derecho busque una finalidad diferente, sus formas de impartir “justicia” ha dejado mucho que estudiar y comparar la pena actual con la pena de la antigüedad y de si realmente se ha avanzado social y penalmente o simplemente como era de cada época solo ha cambiado las formas de implementar castigo con la misma finalidad de venganza y retribución del mal. Por tanto, es menester estudiar la pena y su finalidad y determinar si realmente en el Estado actual, la pena es más humana o solo la forma de impartir castigo es lo único que ha cambiado.

3.4 La Pena

La pena es el “sufrimiento que se irroga a una persona por la violación de un mandato; también suele considerarse como la reacción del grupo social contra el individuo que con su conducta reprochable amenaza o lesiona intereses de la comunidad”⁴⁴. Es la “privación y restricción de bienes jurídicos establecida por la Ley e impuesta por el órgano jurisdiccional competente al que ha cometido un delito.

⁴⁴ REYES ECHANDÍA, Alfonso. La Punibilidad, Universidad Externado De Colombia, 1978, p.13

Dos axiomas deben tenerse en cuenta, el primero, el principio de personalidad de las penas, que significa que las penas no pueden trascender a personas que en condición no sean culpables del delito; el segundo, el principio de igualdad ante la Ley penal, según el cual, las penas no pueden ser diferentes por la posición social de las personas”⁴⁵.

La pena es la sanción o consecuencia jurídica que se le impone al individuo que haya realizado el tipo, es decir, que haya infringido el mandato legal y por tanto es una reafirmación del poder estatal. Pero esa pena tiene una finalidad más haya de castigar y es buscar la reinserción social, garantizando la protección de los derechos fundamentales del individuo, teoría de la prevención especial positiva que se aplica en nuestro ordenamiento jurídico.

Para entender el concepto de pena, debemos estudiar las teorías explicativas que dieron finalidad a la misma y que son necesarias para conocer la importancia de la pena en un Estado social y democrático de derecho como es Colombia.

3.5 Teorías de la Pena

Es necesario tener claras las “escuelas de donde han surgido la teoría sobre la pena; absolutas, relativas y de unión cada una de las cuales responde a una concepción del Estado y, por ende, del derecho penal”⁴⁶.

1. Teoría absoluta o de retribución: “La pena solo persigue el logro de valores universales, lo básico no es el fin, sino el sentido de la pena, tales como la realización de la justicia; imponer una pena es una condición indispensable para

⁴⁵ Enciclopedia Jurídica, consultada el 25 de agosto del 2015, en la página web <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/pena/pena.htm>

⁴⁶ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual De Derecho Penal, Parte General. Editorial: Temis Bogotá Colombia 2002, p.112.

que reúne la justicia en la tierra, la pena está orientada a restaurar el derecho cuando ha sido quebrantado”⁴⁷. El Estado retribuía con un mal a alguien que incumplía con el mandato legal, con la finalidad de restablecer el orden que se había quebrantado.

Exponentes:

Kant: “La pena es retribución a la culpabilidad del sujeto, ese es su único fundamento. Por ello señala que si el Estado se disuelve tiene que preocuparse de que tal culpabilidad quede retribuida, pues de otra manera el pueblo se haría participe de ella (encubridor) y recaería tal culpabilidad también sobre este”⁴⁸. Como el hombre es un fin para sí mismo y no es un medio, por tanto no se puede instrumentar y la pena no busca un beneficio para terceros ni debe ir más allá de quien ha infringido el mandato legal, la pena es tan solo un mal para quien ha delinquido.

Hegel: “La pena es la negación de la negación del derecho, cumple entonces solo un papel restaurador o retributivo y, por tanto, según sea el *quantum* o intensidad de la negación del derecho, así también será el *quantum* o intensidad de la nueva negación que es la pena”⁴⁹. Por lo tanto, La pena aniquila y niega la existencia del delito, porque el individuo que infringe niega la existencia de la norma jurídica.

2. Teoría Relativa O De Prevención “Esta posición atiende solo a la idea de fin en desmedro del sentido de la pena; el fin relativo de la pena no es la retribución de la culpabilidad pasada, sino la prevención de futuros delitos, por eso se les conoce también como teorías de la prevención”⁵⁰. Lo importante es que la sociedad comprenda que quien delinque tiene un castigo, por ello se previene mediante la

⁴⁷ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual De Derecho Penal, Parte General. Editorial: Temis Bogotá Colombia 2002, p.112.

⁴⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Introducción Al Derecho Penal, Tercera Edición. Editorial: Temis, S.A. Bogotá, 2005, p. 87.

⁴⁹ Ibíd., p. 86.

⁵⁰ VELASQUEZ, Op. Cit., p, 51

imposición de una pena no se debe buscar retribuirle el mal al infractor sino mandar un mensaje a las personas para que no cometan tipos penales.

“La pena actúa, bien sobre la persona del autor desalentándolo a que cometa futuros delitos: prevención especial; o bien sobre la comunidad jurídica amenazándola con la ejecución de un castigo, asegurando el respeto a las prohibiciones y a los mandatos legales por medio de la intimidación: prevención general. En ambos casos, pues, la pena es necesaria para evitar la comisión de delitos”⁵¹. Se introdujo una finalidad para la pena, teniendo en cuenta la prevención de una comisión de nuevos delitos, es decir, la pena se dota de un fin estrictamente preventivo.

a) Prevención General: “Esta teoría se debate entre dos ideas: la utilización del miedo y la valoración de la racionalidad del hombre”⁵². Dicha teoría no quiere ver al hombre como un animal y aterrorizarlo para que pueda aprender, por el contrario reconoce la racionalidad del hombre y su libre albedrío, y al igual que la teoría absoluta o de la retribución tuvo un gran avance por el intelecto de sus pensadores que lograron pasar de una concepción de Estado Absoluto a Estado de Derecho.

Juan Bustos⁵³ menciona que los autores como Bentham, Schopenhauer y Feuerbach implementaron en la prevención general una corriente racionalista utilitarias laicas contraria a la teoría de la retribución donde sus planteamientos se fundamentan en el iusnaturalismo⁵⁴. Sin embargo, “en ambos casos, en el fondo, se sustituye el poder físico, el poder sobre los cuerpos, por el poder sobre el alma, sobre la psiquis, y aunque tuvo considerables críticas para su época, por su raíz ficticia, en todo caso, la prevención general se avenía más con el nuevo Estado, ya

⁵¹ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual De Derecho Penal, Parte General. Editorial: Temis Bogotá Colombia 2002, p.113.

⁵² BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Introducción Al Derecho Penal, Tercera Edición. Editorial: Temis, S.A. Bogotá, 2005, p. 90.

⁵³ Ibíd., p. 90.

⁵⁴ Ibíd., p. 90.

que desprendía totalmente a la pena de una consideración metasocial o metafísica”⁵⁵.

Juan Bustos menciona:

La base del pensamiento preventivo general no solo está el argumento de racionalidad, sino también de utilidad. Se trata de que la pena tenga alguna utilidad para la sociedad, no simplemente de plantear disquisiciones metafísicas sobre ella. Esta es la diferencia entre el pensamiento del siglo XVIII y la del siglo XIX, pues la pena retributiva resulta sin utilidad para la sociedad, pues no puede lógicamente eliminar el hecho producido ni tampoco impedir que tales hechos ocurran en el futuro, ya que no se lo plantea, se queda solo en el plano metafísico. Como es imposible eliminar el hecho ya producido, a la sociedad le interesa impedir que otros hechos similares se produzcan en el futuro. Por tanto la pena debe tener tal función utilitarista y ello se logra mediante la aplicación del criterio preventivo general⁵⁶.

Pero si bien la teoría de la prevención general quiso no basarse en razones ético-metafísicas, sino en razones sociales y políticas-jurídicas, que busca ser más racional, respetuoso y genérico para cumplir con las garantías de un Estado liberal, se cuestionan los medios utilizados para cumplir con la finalidad misma del Estado, el miedo, la instrumentalización de la persona, además de graduar la pena no por el hecho cometido, sino conforme a los fines sociopolíticos del Estado, lo que conllevaría a no cumplirse el Estado de derecho sino a un retroceso del absolutista. “Además su carácter general no permite diferenciar los procesos y controlarlos en su especificidad”,⁵⁷ lo que resulta inadecuada para un Estado.

⁵⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Introducción Al Derecho Penal, Tercera Edición. Editorial: Temis, S.A. Bogotá, 2005, p. 91.

⁵⁶ Ibíd., p. 93 y 94.

⁵⁷ Ibíd., p. 96 y 97.

-Prevención general positiva: Máximo exponente Franz von Liszt. Se busca la prevención de nuevos delitos, frente a la persona que había transgredido el orden jurídico. A partir de ella surge la prevención especial.

-Prevención general negativa: La pena se empezó a concebir como una amenaza, como una intimidación, para que el individuo no escogiera el camino delictivo por el temor de un castigo ejemplar.

b) Prevención Especial: Las teorías de la retribución y de la prevención general aparecen como ineficaces para el sistema, “para realizar una intervención social se debe tener en cuenta que cada delincuente es diferente al otro y, por tanto, deben ser individualizados, es decir, se debe actuar conforme de cada uno, o de un grupo con las mismas características, así se habla de la tipología criminal, la cual tuvo gran auge durante los siglos XIX y parte del XX”⁵⁸.

Juan Bustos advierte que:

Los que defienden la prevención especial, dejan de hablar de pena para tratar sobre medidas. La pena supone la libertad o la capacidad racional del delincuente y parte entonces de un criterio de igualdad general. La medida, por el contrario, parte de que el criminal es un sujeto peligroso, diferente del normal, y al que se debe tratar según sus peculiares características peligrosas. Ni el castigo, ni la intimidación tienen sentido, de lo que se trata es de corregir, enmendar o rehabilitar, siempre que ello sea posible; si no, de inocular⁵⁹.

Por lo tanto, la prevención especial se especializó en preocuparse más por el individuo y no como lo hicieron las ya mencionadas teorías que solo veían al hombre como un instrumento, por el contrario la Prevención especial tuvo un carácter más humanístico, permitiendo que se juzgue al delincuente de forma particular y no

⁵⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Introducción Al Derecho Penal, Tercera Edición. Editorial: Temis, S.A. Bogotá, 2005, p. 98.

⁵⁹ Ibíd., p. 98.

volverlo un derecho moralizante, por el contrario busca la reinserción del individuo a la sociedad.

Sin embargo, si bien la prevención especial es humanista, ese mismo carácter puede ser violatorio del ser del delincuente al querer cambiarlo, específicamente su dignidad se vería comprometida por la posible violación a su personalidad, “en ese sentido es el máximo instrumento de acción psíquica sobre el individuo, a diferencia de la retributiva que era más que todo física, y la de prevención general que implicaba una disciplina psíquica general, pero no individualizada”⁶⁰.

“Así mismo puede representar el máximo de deshumanización y de absolutismo arbitrario, al querer imponer solo una verdad, una determinada escala de valores y prescindir de la minoría o la divergencia (distinguir entre normales y anormales, sanos y enfermos, blanco y negro) y que necesitan tratamiento aquellos que tienen perturbaciones para entender el valor, el bien”⁶¹. Por tanto, la prevención especial debe aplicarse no con fines políticos sino sociales, que busquen que el individuo infractor pueda resocializarse sin temor a más represalias y sobre todo salvaguardando lo más inherente al ser humano que es su dignidad y no acogerlo como un instrumento de ejemplo para la sociedad.

Las formas de prevención especial son:

- Prevención especial positiva: corregir o resocializar el individuo
- Prevención especial negativa: anular, minimizar al delito y al individuo por parte de la aplicación de la pena.

3. Teoría de la Unión o Mixta: Esta teoría se creó, para dar fin a la lucha de escuelas, por lo tanto recogió los conceptos de retribución y de prevención general y la unifico en una sola, sin embargo no fue suficiente para calmar las críticas, dado que ambas teorías son excluyentes.

⁶⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Introducción Al Derecho Penal, Tercera Edición. Editorial: Temis, S.A. Bogotá, 2005, p. 102.

⁶¹ Ibíd., p. 102.

Así lo manifiesta Fernando Velásquez:

Estas posturas plantean una solución de compromiso afirmando que el sentido de la pena es la retribución y su fin es la prevención general y especial; se trata, pues, de desechar los puntos críticos de los diversas posturas y de rescatar los beneficios de cada uno. Así, por ejemplo, la retribución tiene la gran ventaja de servir como límite al *ius puniendi* del Estado, puesto que permite determinar con cierta seguridad cual es la magnitud de la pena correspondiente al grado de culpabilidad, el grado justo de la pena imponible; al mismo tiempo se evita que la pena se imponga como escarmiento para el reo y la comunidad.⁶²

Con la prevención se busca dar una mirada hacia el futuro para que el delincuente no vuelva a delinquir. Pero es precisamente esta contraposición lo que hace fracasar la teoría de la unión, pues se sigue implementando a la retribución como fundamental y solo excepcionalmente admite que con la pena se pueda buscar una prevención.

4. Teoría Moderna: Las anteriores teorías tuvieron demasiadas inconsistencias, por ello la doctrina tuvo la necesidad de buscar alternativas que definieran con mejor claridad la finalidad que debe tener la pena dentro de un Estado Moderno.

La prevención general, como finalidad, buscaba enviar un mensaje intimidatorio a la sociedad, para que los posibles infractores se abstuvieran de violentar el ordenamiento legal. Sin embargo, la forma en como instrumentalizaba al infractor ocasionó múltiples críticas.

Por tanto, surge la prevención especial positiva como posible solución al problema de la finalidad de la pena, la cual indica que la importancia de la pena misma es que el infractor pueda corregirse. Varios doctrinantes la han defendido al asegurar que esta teoría logra “limitar de forma racional la tendencia de la intimidación penal al

⁶² VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual De Derecho Penal, Parte General. Editorial: Temis Bogotá Colombia 2002, p.115

terror penal, otros autores ven en ella el intento de legitimar tendencias irracionales que permitirían ampliar la prevención penal o, en cualquier caso, de eliminar límites liberales materiales de la intervención penal”⁶³. Con base a lo anterior, se ofrece entonces dos formas diferentes de prevención: “prevención general como fundamento de la intervención del derecho penal, y la prevención general que busca limitar a la prevención general intimidatoria”⁶⁴, es decir, Prevención general fundamentadora y prevención general limitadora.

a) prevención general fundamentadora: Sus mayores exponentes son Jakobs y Welzel, y a pesar de que no se declararon partidarios de la teoría de manera expresa, si pretendían implementarla por la concepción que tenían acerca de ella.

Esta teoría dota al derecho penal de la misión de “conformación de valores en la colectividad”⁶⁵. “Se pretende llegar hasta la consciencia ético social del individuo para fortalecer su actitud de respeto y de confianza en el derecho”⁶⁶, por tanto se trabaja en la intervención de forma que “se dice que es una concepción preventivo-general, porque: hay información de lo que está prohibido, confianza en la capacidad del orden jurídico vigente, y una actitud permanente de fiel respeto al derecho”⁶⁷.

“Respecto a la concepción de la función ético-social del derecho penal, Welzel pretendía intervenir en la conciencia de los miembros de una

⁶³ MIR PUIG, Santiago. Función Fundamentadora Y Función Limitadora De La Prevención General Positiva. p. 50

⁶⁴ RUIZ, Carmen Eloísa. Lecciones De Derecho Penal Parte General, Teoría de los Fines de la Pena, Universidad Externado De Colombia, Departamento de Derecho Penal y Criminología. p 36

⁶⁵ MIR PUIG, Santiago. Función Fundamentadora Y Función Limitadora De La Prevención General Positiva. p. 51

⁶⁶ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. Derecho Penal, Criminología Y Política Criminal. p.1.

⁶⁷ Ibíd. p.1.

colectividad en relación con su actitud interna frente al derecho”⁶⁸ , para asegurar no solo la mera protección de los bienes jurídicos, como pretende la Prevención negativa, sino por el contrario, que al “proscribir y castigar el derecho penal asegure la vigencia inquebrantable de los valores positivos de acción, conformando el juicio ético-social del ciudadano y por tanto fortaleciendo su actitud permanente de fidelidad al Derecho”⁶⁹.

Así el Derecho penal no se debe concentrar en tipificar conductas que puedan llegar a ser dañinas, sino por el contrario que busque ser influyente en la conciencia del individuo para que el mismo respete al derecho, “lo que Welzel llamo una retribución justa, porque así se logra prevenir a largo plazo la lesión de los bienes jurídicos”⁷⁰.

Por otro lado, Jakobs coincide con Welzel al proponer que la sociedad debe serle fiel al derecho penal, pero “rechaza que con ello se trate de proteger unos determinados valores de acción y bienes jurídicos”⁷¹. Para Jakobs “La única meta que corresponde al Derecho penal es garantizar la función orientadora de las normas jurídicas”⁷², que son las que logran estabilizar y generar las expectativas sociales, pero sobre todo que sirva para orientar la conducta de todos los ciudadanos.

En otras palabras, los asociados deben ser fieles al ordenamiento penal, porque el mismo le va a garantizar las vigencias de la función orientadora que debe tener las normas penales, ya que son ellas las que institucionaliza

⁶⁸ RUIZ, Carmen Eloísa. Lecciones De Derecho Penal Parte General, Teoría de los Fines de la Pena, Universidad Externado De Colombia, Departamento de Derecho Penal y Criminología. p 36

⁶⁹ MIR PUIG, Santiago. Función Fundamentadora Y Función Limitadora De La Prevención General Positiva. p. p. 51

⁷⁰ *Ibíd.* p. 52

⁷¹ RUIZ, Carmen Eloísa. Lecciones De Derecho Penal Parte General, Teoría de los Fines de la Pena, Universidad Externado De Colombia, Departamento de Derecho Penal y Criminología. p 37

⁷² MIR PUIG, Ob. Cit. p. 53

y estabiliza las expectativas sociales, pero ante todo sirven para orientar la conducta de todos los asociados.

Sin embargo, esta teoría fue criticada por diferentes autores, entre ellos Baratta, que estaba en desacuerdo especialmente con Jakobs porque:

1. No se logra entender porque para esta teoría si existe una estabilización de expectativas pueden hacerse solamente por medio de un castigo, por el contrario debe componerse de otros medios menos gravosos, ser más pedagógicos.
2. Se critica la verdadera función del derecho penal, porque si bien busca es la confirmación de la confianza en las normas, por lo tanto no debería existir la sanción como forma de “autoconstatación de la vigencia de la norma”⁷³.

b) prevención general limitadora: Con esta teoría se busca dar como finalidad a la pena, una prevención general positiva pero con carácter limitador del *ius puniendi*, en aras de que el Estado garantice a sus ciudadanos la salvaguarda de los bienes jurídicos y la convivencia pacífica, por lo tanto para acudir a unos medios de control social se debe poner de última *ratio* al derecho penal.

En esta teoría, dos de los autores más destacados son: Roxin, “al exponer su *teoría unificadora dialéctica* y Schmidhauser, con su *teoría diferenciadora de la pena*. Ambos autores han tratado de resolver como compaginar, dentro de los fines de la pena, la prevención general positiva y la prevención especial”⁷⁴.

Así el Estado debe velar por el respeto por las garantías y derechos fundamentales de todos sus asociados, por lo tanto debe asegurar los bienes jurídicos indispensables para vivir en una sociedad pacífica. Para ello el derecho penal debe tener unas penas limitadas, por lo que se debe respetar los principios del *ius*

⁷³ RUIZ, Carmen Eloísa. Lecciones De Derecho Penal Parte General, Teoría de los Fines de la Pena, Universidad Externado De Colombia, Departamento de Derecho Penal y Criminología. p 37

⁷⁴ *Ibíd.* p. 37

puniendi, como la dignidad humana, la culpabilidad, la legalidad, la proporcionalidad, la razonabilidad, la necesidad, etc., y para lograr que la sanción penal sea limitada, debe cumplir o atravesar por unas fases o etapas.

- **Fase de conminación de la pena o amenaza penal:** su finalidad es la prevención general. Es el momento en el que el legislador prohíbe determinados comportamientos que puedan llegar a ser lesivos.
- **Fase de la imposición o individualización de la pena:** como el individuo no le funciona la amenaza y realiza el tipo, se le aplica la pena a ese individuo infractor. Aquí se evidencia la importancia de la prevención general, donde no se puede imponer una pena que se salga de ámbito legal, “también se aplica la prevención especial, porque se acude a tener en cuenta las características de cada sujeto para que así exista una relación entre la pena individualizada y la etapa de ejecución”⁷⁵.
- **Fase de la ejecución:** su fin es ejecutar la pena, bajo el criterio de la prevención especial positiva, donde se busca una supuesta corrección o resocialización del individuo.

En tal sentido, se puede concluir que la pena no tiene una finalidad sino múltiples y por tanto, hay que saberla aplicar conforme a cada Estado.

Sin embargo, la principal función que debe buscar la pena, es que el infractor pueda volver a la sociedad, sin un pensamiento de criminalidad, logrando resocializarlo a través de educación y socialización, el Estado debe siempre buscar que la pena permita que el individuo no vuelva a delinquir, es decir, la función de la pena debe ser la prevención especial positiva.

⁷⁵ RUIZ, Carmen Eloísa. Lecciones De Derecho Penal Parte General, Teoría de los Fines de la Pena, Universidad Externado De Colombia, Departamento de Derecho Penal y Criminología. p 39

3.6 principios de la sanción penal

En nuestro ordenamiento jurídico, si bien en el artículo 3 del código penal se establece los principios de las sanciones penales, se debe entender que dentro de los 13 primeros artículos del mismo código se establece las normas rectoras que el *ius puniendi* debe respetar para la imposición de una pena, pues son fundamento de la ley y constituyen “una fuerza vinculante para el juez y para el intérprete y al mismo tiempo, priman sobre las prescripciones ordinarias dado que son reproducción o desarrollo directos de tratados internacionales suscritos por el Estado y, son a la vez, claras y precisas disposiciones de rango constitucional”⁷⁶.

Por lo tanto debemos entender que son principios de la sanción penal: dignidad humana, integración, legalidad, igualdad, doble incriminación, conducta punible, determinación, lesividad y culpabilidad, donde la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad las incorporan para la imposición de la pena, es decir, recogen todos las normas rectoras para establecer una sanción penal conforme lo exige el ordenamiento jurídico nacional e internacional.

1. Principio de la dignidad humana:

Artículo 1 C.P. “El derecho tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana”⁷⁷. Es el principal fundamento del Estado y por supuesto del *ius puniendi*, ya que limita su imposición, racionalizando la pena conforme a la importancia del ser humano.

La dignidad humana es el principio de principios no solo del derecho penal sino también de todo el ordenamiento jurídico, porque de ella se reconoce que la sanción no puede ocasionar tratos crueles, inhumanos, ni degradantes. Es el pilar

⁷⁶ BUSTAMANTE HERNÁNDEZ, José Luis. Penal General , Principios Rectores De La Ley Penal, Pagina Web : <http://jbpenalgeneral.blogspot.com.co/2011/01/06-principios-rectores-de-la-ley-penal.html>

⁷⁷ COLOMBIA, Artículo 1, CODIGO PENAL.

fundamental no solo para el Estado Colombiano sino para toda la comunidad internacional, porque a través de ella se da reconocimiento al valor de persona por encima de cualquier presupuesto legal.

Es claro, que la dignidad debe respetarse en todo aspecto no solo para la imposición de una pena, sino también durante el cumplimiento de la misma en un centro de reclusión penitenciaria y como fundamento principal de la resocialización del individuo para cuando se reintegra a la sociedad.

2. Integración

Art 2 C.P. “las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral de este código”⁷⁸.

El principio de integración, lo que busca es recoger o incorporar todos los postulados nacionales e internacionales que establezcan la importancia de los derechos humanos, es lo que se llamaría el “bloque de Constitucionalidad” del derecho penal, “de tal manera que la supremacía de la Constitución Política trascienda en esta área del derecho y así darle una mayor vigencia al Estado Social de Derecho”⁷⁹.

3. Legalidad

Art 6 C.P. “Nadie será juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observación de la plenitud de las formas propias de cada juicio...”⁸⁰.

⁷⁸ COLOMBIA, Artículo 2, CODIGO PENAL.

⁷⁹ BUSTAMANTE HERNÁNDEZ, José Luis. Penal General , Principios Rectores De La Ley Penal, Pagina Web : <http://jbpenalgeneral.blogspot.com.co/2011/01/06-principios-rectores-de-la-ley-penal.html>

⁸⁰ COLOMBIA, Artículo 6, CODIGO PENAL.

Conforme al principio de legalidad Roxin menciona:

Un Estado de Derecho debe proteger 1 al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal. Es decir, que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del "Estado Leviatán"⁸¹

Este principio fundamenta el Estado democrático de derecho, pues establece que la ley no solo describe el comportamiento, sino también indica sus consecuencias jurídicas, teniendo en cuenta un procedimiento, para que la misma no sea contraria al ideal de Estado.

La corte Constitucional en sentencia C- 444 de 2011 hace referencia a este principio de la siguiente manera:

*...para que se pueda sancionar penalmente a una persona, no es suficiente que el Legislador defina los delitos y las penas imponibles sino que debe existir en el ordenamiento un procedimiento aplicable y un juez o tribunal competente claramente establecidos. El principio de legalidad equivale a la traducción jurídica del principio democrático y se manifiesta más precisamente en la exigencia de lex previa y scripta. De esta forma, al garantizar el principio de legalidad se hacen efectivos los restantes elementos del debido proceso, entre ellos la publicidad, la defensa y el derecho contradicción.*⁸²

Por tanto, el principio de legalidad es lo que permite que el Estado pueda definir comportamientos delictivos y sus sanciones, por supuesto sin dejar de lado que el

⁸¹ ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General, Fundamentos La Estructura De La Teoría Del Delito, Tomo I. p. 137.

⁸² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 444 Del 25 De Mayo De 2011. M.P.: Juan Carlos Henao Pérez

mismo debe establecer unos límites de tal manera que el derecho penal deba hacerlo siguiendo unos requisitos fundamentales para la protección de los derechos fundamentales de las personas, como lo es el debido proceso.

“El principio "no hay crimen o delito sin ley" (nullum crimen sine lege) ' es 2 un postulado básico del Estado de Derecho, que se ha plasmado en el”⁸³ ordenamiento jurídico, lo que significa que “por mucho que una conducta sea en alto grado socialmente nociva y reveladora de necesidad de pena, el Estado sólo podrá tomarla como motivo de sanciones jurídico penales si antes lo ha advertido expresamente en la ley”⁸⁴.

Pero no hay que olvidar, que “lo más importante del principio de legalidad es la preexistencia de la ley, donde no sólo debe ser preexistente, sino que debe ser auténtica, cierta y precisa”⁸⁵.

La ley debe ser preexistente pues la conducta debe estar tipificada antes de su realización, es decir, que exista una ley que describa el comportamiento y sus consecuencias jurídicas antes de la realización de la misma, pero es necesario que la ley haya sido promulgada para que los asociados la conozcan. Y “Que la ley sea auténtica, cierta y precisa quiere decir que el ciudadano conozca con certeza la conducta mandada porque cuando se hacen tipificaciones vagas se atenta contra el principio de legalidad”⁸⁶.

Dentro del principio de legalidad, se debe reconocer un principio que constituye un elemento fundamental en el debido proceso del derecho penal, la favorabilidad.

⁸³ ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General, Fundamentos La Estructura De La Teoría Del Delito, Tomo I. p. 137.

⁸⁴ Ibíd. p. 137.

⁸⁵ BUSTAMANTE HERNÁNDEZ, José Luis. Penal General , Principios Rectores De La Ley Penal, Pagina Web : <http://jbpenalgeneral.blogspot.com.co/2011/01/06-principios-rectores-de-la-ley-penal.html>

⁸⁶ BUSTAMANTE HERNÁNDEZ, José Luis. Penal General , Principios Rectores De La Ley Penal, Pagina Web : <http://jbpenalgeneral.blogspot.com.co/2011/01/06-principios-rectores-de-la-ley-penal.html>

Según el principio de favorabilidad “no encarna un principio de interpretación de la ley penal, sino una directriz para escoger la ley aplicable cuando se presenta sucesión de leyes penales en el tiempo”⁸⁷, demostrando la importancia del tránsito legislativo. Por ello la Corte Constitucional en sentencia C-181 de 2002 aclara que:

*Para efectuar la aplicación favorable de la norma y dar entidad al principio mismo se recurre generalmente a dos vías: la de la retroactividad de la ley, fenómeno en virtud del cual la norma nacida con posterioridad a los hechos regula sus consecuencias jurídicas como si hubiese existido en su momento; y la de la ultraactividad de la norma, que actúa cuando la ley favorable es derogada por una más severa, pero la primera proyecta sus efectos con posterioridad a su desaparición respecto de hechos acaecidos durante su vigencia*⁸⁸.

Pero hay que entender que para la aplicación del principio de favorabilidad, el único que puede hacer el estudio es el Juez de conocimiento de cada caso en particular, pues el facultado para determinar si procede y que norma beneficia al procesado. En sentencia C-371 de 2011 la Corte Constitucional señala: “*El juez al asumir la función de intérprete genuino de dos disposiciones penales, igualmente especiales, está positivamente vinculado, como todo hermeneuta en materia penal, por la norma que obliga a optar de manera preferente por la ley permisiva o favorable, máxime cuando ésta es posterior en el tiempo y comprende en su contenido la materia tratada por la anterior (C.P. art. 29)*”⁸⁹.

⁸⁷ BUSTAMANTE HERNÁNDEZ, Pagina Web : <http://jbpenalgeneral.blogspot.com.co/2011/01/06-principios-rectores-de-la-ley-penal.html>

⁸⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena sentencia C-181 de 12 de Marzo de 2002. Magistrados: Doctores Marco Gerardo Monroy Cabra - quien la preside -, Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Eduardo Montealegre Lynett, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández

⁸⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 371 del 11 de mayo de 2011. M.P.: Luís Ernesto Vargas Silva.

4. Igualdad

Este principio consagrado en el artículo 7 del Código penal colombiano, se refiere no a la igualdad como concepto absoluto, por el contrario es la igualdad que reconoce las diferencias.

Respeto a ello la Corte Constitucional en sentencia C-1112 de 2000 establece:

Sin duda, el derecho a la igualdad es uno de los principios fundantes en la creación y aplicación de las normas penales; aunque el legislador puede establecer consecuencias jurídicas diferentes frente a las conductas que sanciona, en todo caso, ha de tener presente que esas diferencias de trato *"deben tener un sustento objetivo y razonable muy claro, ya que todas las personas son iguales ante la administración de justicia"*

La Corte Constitucional se ha referido al derecho a la igualdad en múltiples ocasiones, señalando que si bien la Carta Fundamental colombiana en su artículo 13 establece un principio general, según el cual, "todas las personas nacen libres e iguales ante la ley" y, deberán recibir "la misma protección y trato de las autoridades", también establece que "gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica"⁹⁰. Estos preceptos se traducen en la práctica en la posibilidad de que personas que se encuentran en las mismas circunstancias reciban idéntico tratamiento por parte de las autoridades, y en el mismo sentido, que las diferencias de trato, obedezcan a criterios razonables de diferenciación que tengan un sustento objetivo⁹⁰

Lo que traduce entonces, que la igualdad es el principio que garantiza el goce de los derechos, conforme a la situación particular de cada persona, siendo un tratamiento deferencial pero con las mismas garantías para todas las personas. "Es que la igualdad que se reclama como principio de la ley penal colombiana no es la

⁹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- C-1112 Del 24 De Agosto Del 2000. M.P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz

de la homogenización de las mentes, los espíritus o la presentación de las personas, sino la igualdad que se basa en el reconocimiento de las diferencias”⁹¹.

5. Prohibición de doble incriminación

Art. 8 C.P. “A nadie se le podrá imputar más de una vez la misma conducta punible, cualquiera sea la denominación jurídica que se le dé o haya dado, salvo lo establecido en los instrumentos internacionales”⁹².

“El principio non bis in idem se encuentra estipulado en el inciso 4º del artículo 29 de la Constitución. En él se establece que “quien sea sindicado tiene derecho (...) a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”. Este postulado se fundamenta, según lo ha establecido la jurisprudencia de esta corporación, en los principios de seguridad jurídica y la justicia material”⁹³, Corte Constitucional sentencia C- 121 de 2012.

Lo que pretende dicho principio es evitar la reiteración o el juzgamiento de un mismo delito dos o más veces, además evita que se prolongue una pena de manera innecesaria, pues lo que se debe garantizar en el Estado social y democrático de derecho es que exista seguridad y certeza en la justicia penal.

6. Principio del Acto o Conducta Punible

En el Artículo 9 del Código Penal colombiano se habla de la conducta punible.

Esta se entiende como el delito, la conducta que se enmarca dentro de un comportamiento humano que fue determinado por el legislador como una conducta

⁹¹ BUSTAMANTE HERNÁNDEZ, José Luis. Penal General , Principios Rectores De La Ley Penal, Pagina Web : <http://jbpenalgeneral.blogspot.com.co/2011/01/06-principios-rectores-de-la-ley-penal.html>

⁹² COLOMBIA, Artículo 8, CODIGO PENAL

⁹³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-121 Del 22 De Febrero De 2012. M.P.: Luís Ernesto Vargas Silva

típica, por lo tanto las consecuencias que se deriven de ella causan una lesión en un bien jurídico protegido.

Por lo tanto, el ius puniendi no puede sancionar aquello que se está en el mero pensamiento o lo que aún no se ha realizado o manifestado porque “no llegan a tener exteriorización o materialización en el mundo fenoménico. No basta el mero pensamiento o deseo por torvo, perverso o morboso que él sea, no se pueden penalizar sentimientos, deseos, meras intenciones, fantasías, disposiciones o estados de ánimo internos. Debe haber una manifestación en el mundo exterior”⁹⁴.

“Siguiendo a Fernández Carrasquilla, tenemos que decir que el acto, que está en la base del derecho penal, tiene que reunir las características de exterioridad, subjetividad, idoneidad y ejecutividad para poder predicar de él que de ser típico, antijurídico y culpable, estaríamos en presencia de un acto punible”⁹⁵.

- Exterioridad: para que la conducta sea reproachable esta debe trascender al mundo exterior, es decir, al mundo físico causando un perjuicio en un bien jurídico.
- Subjetividad: la conducta se deriva de la decisión voluntaria del sujeto infractor.
- Idoneidad: para que la acción realizada por el infractor sea contraria a la norma, debe lesionarse un bien jurídico que es protegido por el Estado. “se trata, pues, de apreciar la fuerza causal de la acción para producir el resultado típico”⁹⁶.

⁹⁴ BUSTAMANTE HERNÁNDEZ, José Luis. Penal General , Principios Rectores De La Ley Penal, Pagina Web : <http://jbpenalgeneral.blogspot.com.co/2011/01/06-principios-rectores-de-la-ley-penal.html>

⁹⁵ BUSTAMANTE HERNÁNDEZ, Pagina Web : <http://jbpenalgeneral.blogspot.com.co/2011/01/06-principios-rectores-de-la-ley-penal.html>

⁹⁶ BUSTAMANTE HERNÁNDEZ, José Luis. Penal General , Principios Rectores De La Ley Penal, Pagina Web : <http://jbpenalgeneral.blogspot.com.co/2011/01/06-principios-rectores-de-la-ley-penal.html>

- Ejecutividad: “no es sólo la univocidad de la intención criminal lo que cuenta, sino ella más el avance del plan de realización hasta el comienzo de la acción típica, por ello, el mencionado artículo, al penalizar la tentativa, exige que se iniciare la comisión de la conducta punible”⁹⁷.

7. Principio de Determinación o taxatividad

Este principio alude a la necesidad de que la conducta está prevista en la ley como una conducta punible, es decir, que es contraria a derecho y por tanto tiene una consecuencia jurídica.

“La taxatividad a la que se alude en el principio de tipicidad hace relación a la delimitación exhaustiva y precisa de los contenidos de conducta que castiga el derecho penal, en ningún caso esa descripción puede ser equívoca”⁹⁸, Roxin menciona que cuando una conducta coincide con la descripción del delito, hablamos de tipicidad, “La estricta vinculación a la tipicidad es una consecuencia del principio *nullum crimen sine lege*. Por consiguiente no es posible, derivar acciones punibles de principios jurídicos generales y sin un tipo fijado, como ocurre en algunas consecuencias jurídicas civiles”⁹⁹.

8. Principio de Lesividad

Este principio constituye otra limitante al *ius puniendi*, al establecer que no puede haber delito si no hay daño, cabe recordar que el Estado debe intervenir a través del derecho penal, porque se causa un daño a los bienes jurídicos tutelados, por lo tanto si ese daño no se puede configurar una conducta punible reprochable de sanción.

⁹⁷ BUSTAMANTE HERNÁNDEZ, Pagina Web : <http://jbpenalgeneral.blogspot.com.co/2011/01/06-principios-rectores-de-la-ley-penal.html>

⁹⁸ BUSTAMANTE HERNÁNDEZ, Pagina Web : <http://jbpenalgeneral.blogspot.com.co/2011/01/06-principios-rectores-de-la-ley-penal.html>

⁹⁹ ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General, Fundamentos La Estructura De La Teoría Del Delito, Tomo I. p. 194

Así entonces, como hace mención Roxin¹⁰⁰, si la conducta no lesiona ningún bien, a pesar de estar determinada como punible en la norma, al no constituirse la antijuridicidad no existe delito, esto puede ocurrir si estamos presencia de una causal de justificación.

9. Principio de culpabilidad

Nos referimos al principio de culpabilidad donde el contenido subjetivo determina si la conducta es reprochable o no. Por lo tanto se debe revisar la “imputabilidad capacidad de culpabilidad del sujeto y la ausencia de causas de exculpación. Ej. Error de prohibición invencible”¹⁰¹.

Roxin hace la diferencia entre la falta de antijuridicidad y la falta de culpabilidad “entre justificación y exculpación, consiste en que una conducta justificada es reconocida como legal por el legislador, está permitida y ha de ser soportada por todos, mientras que una conducta exculpada no es aprobada y por ello sigue estando no permitida y prohibida. Únicamente no se castiga, pero por regla general no tiene por qué ser tolerada por quien es víctima de una conducta antijurídica”¹⁰².

10. Necesidad de la Pena

El derecho penal debe ser garantista y estar fundamentado en el respeto por la dignidad humana y con base al principio de la necesidad.

La Corte Constitucional hace referencia a la necesidad de la pena en sentencia C-647 de 2001:

¹⁰⁰ ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General, Fundamentos La Estructura De La Teoría Del Delito, Tomo I. p. 195

¹⁰¹ Ibíd. p. 195

¹⁰² Ibíd. p. 195

La necesidad de la pena exige de ella que sirva para la preservación de la convivencia armónica y pacífica de los asociados no sólo en cuanto ella por su poder disuasivo e intimidatorio evite la comisión de conductas delictuales, o por lo menos las disminuya, sino también en cuanto, ya cometidas por alguien, su imposición reafirme la decisión del Estado de conservar y proteger los derechos objeto de tutela jurídica y cumpla además la función de permitir la reincorporación del autor de la conducta punible a la sociedad de tal manera que pueda, de nuevo, ser parte activa de ella, en las mismas condiciones que los demás ciudadanos en el desarrollo económico, político, social y cultural¹⁰³.

Fernando Velásquez lo define de la siguiente manera:

El derecho penal solo tutela aquellos derechos, libertades y deberes que sean imprescindibles para el mantenimiento y conservación del orden jurídico, frente a aquellos ataques que se realizan contra este considerados como los más intolerables, la sanción penal imponible solo puede ser aquella que sea indispensable para concretar en la realidad el programa político criminal que el legislador diseña (*nulla poena sine necessitate*), y la que reporte un mínimo de daño posible para el penado. La pena solo se debe imponer a aquellos transgresores de la ley penal que realicen comportamientos objeto de un desvalor grave y que, además, supongan un elevado grado de nocividad, de dañosidad, para la sociedad, pues el autor debe incidir sobre los bienes jurídicos amenazándolos de manera efectiva o lesionándolos como, de manera concluyente¹⁰⁴.

La necesidad de las sanciones penales está encaminada a la protección de los bienes jurídicos y por tanto del cumplimiento de los fines de la pena, que determina sanción solo a quien infringió, vulneró o trasgredió no solo el mandato legal sino que ocasionó un daño en el bien jurídico de otra persona, es decir, la necesidad es un

¹⁰³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 647 del 20 de Junio de 2001. M.P.: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁰⁴ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual De Derecho Penal, Parte General, Sexta Edición, Ediciones Jurídicas, Andrés Morales, 2014. p. 666.

principio que protege a los administrados pero impartiendo la justicia penal al infractor mediante una pena o medida de seguridad.

11. Proporcionalidad

Este principio establece que la sanción debe ser adecuada a la gravedad de la conducta y responsabilidad del autor que ejecuto, realizando una ponderación de bienes jurídicos para poder adecuar la pena del infractor, respeto a la conducta que realizó.

“En la práctica los jueces enfrentan una gran dificultad para establecer la ecuación entre delito y pena. Se han señalado dos factores para tratar de establecer baremo en cuanto a la medición de la pena: por un lado el objetivista que mira la gravedad del delito y, por otro el subjetivista que mide el grado de culpabilidad”¹⁰⁵

Por ello resulta tan difícil “Dosificar la pena. Encontrar el equilibrio o la proporción de reacción social que constituye la pena, no es nada fácil. La pena debe ser una “dosis de dolor”, que se irroga al penado y debe estar acorde con los parámetros consagrados en los artículos 59, 60 y 61 del código penal”¹⁰⁶.

Es decir, que si bien la sanción penal busca un castigo para el infractor, al mismo se le debe proteger sus derechos fundamentales y sobre todo respetársele su dignidad humana, por lo que las penas no pueden ser desproporcionales, pues violarían lo estipulado en la Constitución Política artículos, 1°, 2°, 5°, 11°, 12° y 13°.

Para entender mejor lo anterior nos remitimos a la Corte Constitucional que menciona en sentencia C-022 de 1996 como se comprende este principio:

¹⁰⁵ BUSTAMANTE HERNÁNDEZ, José Luis. Penal General , Principios Rectores De La Ley Penal, Pagina Web : <http://jbpenalgeneral.blogspot.com.co/2011/01/06-principios-rectores-de-la-ley-penal.html>

¹⁰⁶ BUSTAMANTE HERNÁNDEZ, Pagina Web : <http://jbpenalgeneral.blogspot.com.co/2011/01/06-principios-rectores-de-la-ley-penal.html>

El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes¹⁰⁷.

Por lo tanto, lo más importante dentro del principio de proporcionalidad, es hacer que la pena sea conforme a la conducta realizada y teniendo en cuenta que se debe respetar al infractor sus bienes jurídicos mínimos, pues es la garantía que le debe ofrecer el Estado social y democrático de derecho.

12. Razonabilidad

“La sanción penal imponible en el caso concreto debe ser fruto de una tarea de determinación judicial ajustada a la leyes de la prudencia, el equilibrio, la moderación y la sensatez, como que el derecho penal está inspirado en el principio de la razonabilidad (código penal, artículo 3º)”¹⁰⁸. Es importante que la pena sea equilibrada cumpliendo los preceptos establecidos en los fines del Estado y sobre todo que esa pena no violente los bienes jurídicos más relevantes del infractor, pero siempre y cuando de respuesta a la protección que merecen las personas que fueron atentadas y sobre todo estableciendo la razonabilidad en búsqueda de una justicia acogida a los verdaderos fines de la pena.

¹⁰⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 022 De 23 De Enero De 1996. M.P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁰⁸ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual De Derecho Penal, Parte General, Sexta Edición, Ediciones Jurídicas, Andrés Morales, 2014. p. 665

En cuanto a este principio se hace alusión al código penal en su artículo 59 “toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena”¹⁰⁹.

Lo cual significa que la practica judicial debe privar de la libertad a las personas por los delitos cometidos y no por cualquier otro, pues debe existir una relación entre delito y pena.

3.7 Dignidad Humana

La Dignidad humana es comprendida como fundamento base de un Estado social y democrático de derecho y como tal parte esencial del ser humano antecede a cualquier ordenamiento normativo, en Colombia en el titulo 1 de nuestra Constitución Política se dice que “Colombia es un Estado social de derecho...fundada en el respeto de la dignidad humana...”¹¹⁰.

La dignidad humana es para Gloria Gallego:

Una concepción que no es para nada actual, pues desde la antigüedad griega se especulaba sobre ella, se vio perdida con los años pero de nuevo recuperada por el cristianismo y después revivificada por la modernidad como ideal de emancipación, hasta alcanzar reconocimiento por los grandes textos jurídicos del siglo XX como valor fundamental que debe ser honrado y preservado por los Estados. Distintas tradiciones de pensamiento la invocan como ideal de justicia (el cristianismo, el liberalismo, algunos sectores del marxismo, por ejemplo), pero le dan fundamento y contenido disímil, de acuerdo con sus peculiares cosmovisiones e itinerarios históricos. Aquí reside la primera nota de ambigüedad de la dignidad

¹⁰⁹ COLOMBIA, Artículo 59. CODIGO PENAL.

¹¹⁰ COLOMBIA, CONSTITUCION POLITICA DE 1991, Articulo 1.

humana¹¹¹. Sin embargo, se sigue invocando aun sin saber con certeza su verdadero significado.

Hay otro aspecto ambiguo en la dignidad humana. Es un valor moral que expresa una visión de los seres humanos y un ideal sobre la forma de tratarse mutuamente. Y también un valor jurídico dado que, en virtud del proceso de positivización de los derechos humanos en el derecho internacional y de constitucionalización de los ordenamientos jurídicos desarrollados desde la segunda mitad del siglo XX, ha adquirido el rango de norma de derecho positivo de máxima jerarquía al estar prevista entre los principios fundamentales¹¹².

“Basta mirar el preámbulo de varias constituciones para verificar que la dignidad humana se convierte en la legitimación de la conducta de los poderes públicos y la razón de ser de los pactos constituyentes”¹¹³.

La Corte Constitucional en sentencia C- 336 de 2008 manifiesta que la dignidad humana es considerada:

Como primer fundamento del modelo conocido como Estado social de derecho, se cuenta el reconocimiento y respeto por la dignidad de la persona humana. De esta manera, el constituyente de 1991 aportó claridad respecto de quien es considerado el centro de la organización socio-política, es decir: la persona humana en su dimensión individual y social; en este último caso, en sus relaciones con los otros y en la tensión que se genera cuando ella interactúa con las demás personas.

Declarar que la dignidad humana representa el primer fundamento del Estado social de derecho implica consecuencias jurídicas a favor de la persona, como también deberes positivos y de abstención para el Estado a quien corresponde velar porque ella cuente con

¹¹¹ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Coordinador, GALLEGU GARCÍA, Gloria María. Sobre El Concepto Y Fundamento De La Dignidad Humana, Derecho Penal Liberal Y Dignidad Humana, Libro Homenaje Al Doctor Hernando Londoño Jiménez, Editorial: Temis Bogotá Colombia 2005, p.245.

¹¹² *Ibíd.*, p. 245.

¹¹³ GARZÓN CÁRDENAS, Ricardo. Esencia Y Existencia: Reflexiones Respecto Al Concepto De Dignidad Humana.

*condiciones inmateriales y materiales adecuadas para el desarrollo de su proyecto de vida*¹¹⁴.

Para la Corte Constitucional, dignidad humana representa un concepto arraigado al fundamento constitucional del Estado colombiano, donde se debe reconocer como esencial el respeto por el hombre tanto individual y social, pero su concepto es muy amplio dentro de ella se entiende el respeto por el libre desarrollo de la personalidad y las condiciones materiales e inmateriales que permiten a la persona realizar su proyecto de vida.

Podemos decir que “se pueden identificar dos grandes conceptos de dignidad humana. Uno que resalta la superioridad del hombre sobre las demás criaturas, que quedan a su entera disposición, y otro que, alejado de esta proclamación de supremacía, estima que la dignidad es el valor que plasma la percepción de una humanidad común a todos”¹¹⁵.

Para el derecho penal la dignidad humana tiene un valor mucho más significativo, pues al restringir determinados derechos, debe hacerlo conforme a fundamentos jurídicos que no permitan su exceso, por lo tanto, el derecho penal considera a la dignidad humana como un principio de respeto hacia el infractor sobre todo para las condiciones dignas de su reclusión.

La Dignidad como principio penal: con la evolución que ha tenido el derecho, se ha establecido en un instrumento utilitario olvidando el núcleo esencial humanístico, “hoy el sistema penal se ha convertido en simple control de los delitos. El compromiso del mundo de las empresas y de los negocios entra en la justicia penal, lo que se traduce en una serie de actividades y de estrategias de marketing. Esa meta se traduce en la venta de productos a la policía, al sistema penitenciario y a

¹¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 336 del 16 de abril de 2008. M.P.: Dra. Clara Inés Vargas Hernández

¹¹⁵ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Coordinador, GALLEGO GARCÍA, Gloria María. Sobre El Concepto Y Fundamento De La Dignidad Humana, Derecho Penal Liberal Y Dignidad Humana, Libro Homenaje Al Doctor Hernando Londoño Jiménez, Editorial: Temis Bogotá Colombia 2005, p.246.

otros sectores de la justicia. Lo que implica que entran en la represión del crimen nuevas variables: la ganancia y el beneficio del sector privado”¹¹⁶. Por lo tanto se está dejando de lado la preocupación por la persona y por sus condiciones dignas de reclusión.

La dignidad humana como principio en el derecho penal debe entenderse como aquellas condiciones mínimas de vida y subsistencia dentro de las penitenciarías, así lo menciona la Corte en sentencia T-815 de 2013:

Igualmente, el principio de dignidad humana, el cual irradia todo el ordenamiento constitucional colombiano goza también de un contenido prestacional que exige a las autoridades de la República involucradas, la adopción de políticas públicas -en este caso penitenciarias y carcelarias- que conlleven a garantizar a los internos las condiciones mínimas de vida digna y subsistencia. Lo anterior, por cuanto al estar privados de la libertad bajo relaciones de especial sujeción con el Estado les imposibilita adquirir por sí mismos tales mínimos de dignidad humana¹¹⁷.

Deja en claro la Corte Constitucional, la importancia de atender las condiciones mínimas en los centros penitenciarios, por su especial relevancia con la dignidad humana. Así el Estado como garante de los derechos de los reclusos, debe procurar que a los mismos se les vulnere su condición de persona, pues no solo las personas que gozan de la libertad son a los únicos que se les debe velar el cumplimiento de sus derechos humanos, y para cumplir con el verdadero propósito de la pena, la dignidad no se debe vulnerar en ningún sentido.

En la ley 65 de 1993 por la cual se expide el código penitenciario en su artículo 5° establece:

¹¹⁶ ANÁLISIS DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN TORNO A LA PRISIÓN, Universidad Externado De Colombia, Centro De Investigación En Política Criminal, 2007. pág. 92.

¹¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-815 del 12 de noviembre de 2013. M.P.: Alberto Rojas Ríos.

“RESPETO A LA DIGNIDAD HUMANA. En los establecimientos de reclusión prevalecerá el respeto a la dignidad humana, a las garantías constitucionales y a los derechos humanos universalmente reconocidos. Se prohíbe toda forma de violencia síquica, física o moral”¹¹⁸.

A esto agrega la ley 1709 de 2014 en su artículo 4. Modificase el artículo 5 de la Ley 65 de 1993 el cual quedará así:

“Las restricciones impuestas a las personas privadas de la libertad estarán limitadas a un estricto criterio de necesidad y deben ser proporcionales a los objetivos legítimos para los que se han impuesto. La carencia de recursos no podrá justificar que las condiciones de reclusión vulneren los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad”¹¹⁹.

Por ello Fernando Velásquez menciona que la dignidad humana:

Arropa dentro de sí el del respeto a la integridad del ser humano, esto es, el imperativo en cuya virtud se debe preservar a toda costa la indemnidad personal o la incolumidad de la persona como ser social- principio de humanidad, propiamente dicho-, de tal manera que los medios utilizados por el legislador, para el caso, la pena, no atenten contra la dignidad concreta del individuo y se convierta en un instrumento de sometimiento y de desigualdad. Ello explica, por supuesto, la prohibición de imponer sanciones penales (penas y medidas de seguridad) y tratos crueles, inhumanos y degradantes; no hay, pues sanción penal sin consideración de la persona como ser humano, porque ella no puede afectar al sujeto en su dignidad como ser social que es¹²⁰.

¹¹⁸ COLOMBIA, LEY 65 DE 1993, Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario, Diario Oficial No. 40.999, de 20 de Agosto de 1993.

¹¹⁹ COLOMBIA, LEY 1709 DE 2014, Por medio de la 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, Diario Oficial No. 49.039 de 20 de enero de 2014.

¹²⁰ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual De Derecho Penal, Parte General, Sexta Edición, Ediciones Jurídicas, Andrés Morales, p.662.

Y es que la dignidad humana abarca todo lo inherente a las necesidades mínimas de toda persona, no es posible sobrevivir en condiciones degradantes, soportando situaciones de constante vulnerabilidad, por ello a los reclusos se les debe salvaguardar sus derechos mínimos, sin olvidar que el verdadero tratamiento penitenciario no es abandonarlos y retribuirles un mal superior al que cometieron, sino encaminarlos a una socialización prospera y definitiva, que olviden sus pensamientos de criminalidad y puedan desarrollarse como personas, pero si su dignidad humana es violentada, es el Estado el culpable de que los fines de la pena sean solo un mito.

3.8 finalidad de la pena

En el artículo 4° del Código Penal Colombiano establece que “La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado... la prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión”¹²¹.

Sin embargo, la verdadera finalidad de la pena es la búsqueda de la resocialización del infractor, así lo menciona la corte Constitucional en sentencia C-261 de 1996:

*“Finalmente, se considera como propio del Estado social de derecho que la ejecución de la sanción penal esté orientada por finalidades 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”*¹²².

Dejamos con claridad la importancia de la prevención especial positiva en el ordenamiento colombiano, a su vez el tratamiento penitenciario estipulado en la ley 65 de 1993 por la cual se expide el código penitenciario y carcelario que establece la necesidad de la resocialización del individuo y su objeto que es devolverlo a la

¹²¹ COLOMBIA, Artículo 4 del CÓDIGO PENAL.

¹²² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 261 del 13 de junio de 1996. M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

sociedad de forma que pueda pertenecer de nuevo a la sociedad a la que trasgredió.
Ley 65 de 1993:

Art. 142 OBJETIVO. El objetivo del tratamiento penitenciario es preparar al condenado, mediante su resocialización para la vida en libertad.

Art. 143 TRATAMIENTO PENITENCIARIO. El tratamiento penitenciario debe realizarse conforme a la dignidad humana y a las necesidades particulares de la personalidad de cada sujeto. Se verifica a través de la educación, la instrucción, el trabajo, la actividad cultural, recreativa y deportiva y las relaciones de familia. Se basará en el estudio científico de la personalidad del interno, será progresivo y programado e individualizado hasta donde sea posible¹²³.

“Por ello la aplicación de la pena por parte de los jueces, debería orientarse a la readaptación, rehabilitación y reinserción social del delincuente”¹²⁴. Sin embargo, esto no se está cumpliendo, pues la realidad demuestra que el Estado se ha concentrado en tener una visión “más vindicativa antes que preventiva y reparadora”¹²⁵.

Hay que tener en cuenta que los centros de reclusión nacieron para castigar los infractores de una forma más humana, pues los métodos que se venían empleando eran crueles y degradantes. Por tanto lo que se buscó con las cárceles fue reemplazar los castigos corporales, por eso se dotó a la pena de una finalidad, para que la criminalidad redujera y la misma respetara al hombre infractor en toda su dignidad.

Pero ese concepto humanista se perdió al no percatarse que la cárcel no solo castiga el alma sino que también se mantiene un sufrimiento corporal. Por tanto en

¹²³ COLOMBIA, LEY 65 DE 1993, Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario, Diario Oficial No. 40.999, de 20 de Agosto de 1993.

¹²⁴ AMAYA VELOSA, Campo Elías. El Drama De Las Cárceles En Colombia, Ediciones librería del profesional, 2001. p. 38

¹²⁵ *Ibíd.* p.38

nuestro código penal, se quiso dotar a la pena de un criterio multifacético, donde se tiene una función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora, para que la pena fuera más humana y sobre todo para prevenir el delito.

Según la Corte Constitucional en sentencia C 1112 de 2000 menciona:

La pena tiene en nuestro ordenamiento jurídico un fin preventivo, que se cumple en el momento en que el órgano legislativo establece la sanción .que se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones-; un fin retributivo, que se manifiesta al momento de la imposición judicial de la pena, y un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma, de conformidad con los principios humanísticos y las normas de derecho internacional adoptadas¹²⁶.

Entonces la pena debe ante todo buscar la corrección del infractor, para que este pueda readaptarse a la sociedad y para ello debe tratarse al infractor con dignidad para que el reo pueda no solo soportar el castigo sino que salga de la cárcel sin un pensamiento criminal; en cuanto a la función protectora es porque el Estado ante todo debe mantener el orden social y jurídico protegiendo a sus asociados; la pena a su vez es preventiva por que como se mencionó anteriormente, se pretende es prevenir el delito; y la función retributiva donde la pena debe ser proporcionar al delito cometido, retribuyéndole al infractor la pena dependiendo de su culpabilidad.

La Corte Suprema De Justicia en sala de casación penal sobre este tema ha manifestado:

En efecto, en un Estado constitucional no solo se predica la protección de bienes jurídicos como la principal finalidad del *ius puniendi*- propósito a partir del cual han de comprenderse los fines de la pena- además, se instituyen barreras de contención a la actividad punitiva estatal, a fin de mantenerla dentro de los límites propios de la racionalidad y la dignidad humana, proscribiendo los excesos en la punición.

¹²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- C-1112 Del 24 De Agosto Del 2000. M.P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz

... el programa penal de la Constitución dicta que la finalidad de un derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos es la que mejor se articula con el Estado social y democrático de derecho.

Bajo tal comprensión, el fundamento del *ius puniendi*, encarnado en la función de la pena, estriba en el cometido de prevención de delitos. Pues, desde la perspectiva social. La pena representa la ejecución, en concreto, el deber de intervenir activamente para lograr la realización de los derechos de los ciudadanos, a través del propósito de luchar contra el crimen. Al respecto, cabe reiterar, la razón primigenia de un Estado social es la de cumplir el deber fundamental de proteger a todos sus residentes en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades.

Por consiguiente, sin desatender sus demás finalidades, la pena adquiere una connotación eminentemente preventiva, dado que se orienta a incidir activamente en la lucha contra la delincuencia, como presupuesto de protección a los bienes jurídicos en cabeza de los asociados.

...de esta manera, hablar de la función preventiva de la pena es entenderla, en una apropiada conjugación con su carácter retributivo, como una medida de control social institucional que, por medio de un doble efecto disuasivo, tiene a la evitación del delito de un lado, a través de la conminación a la colectividad para que se abstenga de incurrir en conductas criminales (prevención general); de otro, mediante la intimidación, corrección y aislamiento del delincuente (prevención especial), a manera de instrumento pensado para evitar su reincidencia¹²⁷.

Pero el inconveniente que acarrea lo anterior mencionado, es que si bien el Estado colombiano dentro de su finalidad, pretende es resocializar al infractor, es casi imposible hacerlo cuando este se encuentra en condiciones inhumanas, por tanto para que la finalidad de la pena se pueda cumplir, primero se debe buscar cambiar la política criminal del Estado y resolver las condiciones crueles y degradantes que sufren constantemente los reclusos.

¹²⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala De Casación Penal, 26 de febrero de 2013, M.P.: José Leónidas Bustos Martínez.

Capítulo 4

Derechos de las personas privadas de la libertad

Derechos humanos de los reclusos

Los derechos humanos van adheridos por el hecho de ser persona, es un estado propio de la dignidad que poseemos, sin ellos perderíamos esa característica que nos distingue de los demás seres vivos, pero que además de ello al pertenecer a un Estado, el mismo debe garantizarnos la protección de esos derechos y “está llamado a organizar su acción a fin de satisfacer su plena realización”¹²⁸.

“Los derechos humanos, entonces, son inherentes a la persona humana; y son en consecuencia universales, es decir, de ellos son titulares todos los seres humanos, quienes “nacen libres e iguales en dignidad y derechos”¹²⁹.

4.1 Derecho a la vida

“La Constitución confiere a la vida una especial protección reconociendo su primacía e inviolabilidad, ya sea como valor, como principio o como derecho, comoquiera que (...) *“la vida constituye la base para el ejercicio de los demás derechos. Es decir, la vida misma es el presupuesto indispensable para que haya titularidad de derechos y obligaciones”*¹³⁰.

El interno tiene derecho a una vida digna, con protección y garantías de la salud y la dignidad humana, a no merecer tratos crueles ni degradantes, a tener derecho a

¹²⁸OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Manual Básico De Derechos Humanos Para El Personal Penitenciario, Primera Edición: Bogotá, Abril de 2006, p. 15

¹²⁹DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, Artículo 1.

¹³⁰CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 728 del 13 de septiembre de 2010. M.P.: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva

sus visitas y sobre todo vivir en condiciones óptimas de salubridad. Así la vida más que un derecho es la necesidad misma para la existencia del hombre, conexo con los demás derechos fundamentales, por tanto, si la vida es vulnerada en cualquier aspecto, pone en riesgo la integridad y existencia del interno, generando para el Estado una responsabilidad propia de negligencia o de falla. Porque el Estado es el garante de los derechos y garantías constitucionales de los internos.

4.2 Derecho a la salud

“El artículo 49 de la Constitución Política consagra, la salud como un servicio público a cargo del Estado, por lo que a éste le corresponde garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación”¹³¹.

La sentencia T- 588 A de 2014 manifestó:

En la sentencia T- 185 de 2009, la Corte indicó que el derecho a la salud de las personas reclusas en Establecimientos Carcelarios y Penitenciarios posee la misma connotación de fundamental y genera la misma obligación Estatal de satisfacción, no sólo porque se trata de un derecho estrechamente vinculado con el derecho a la vida y a la dignidad humana, sino también por la relación especial de sujeción del recluso frente al Estado y la ausencia de justificación para su limitación dentro del marco general del derecho punitivo¹³².

Es importante mencionar que en la ley 65 de 1993 del tratamiento penitenciario establece en el título IX servicio de sanidad; que regula todo lo correspondiente en materia de salud de los internos, debe tenerse en cuenta la modificación que realiza la ley 1709 de 2014 artículo 67:

¹³¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-588A del 15 de agosto del 2014. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

¹³² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-588A del 15 de agosto del 2014. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Artículo 106: “ASISTENCIA MEDICA. Todo interno en un establecimiento de reclusión debe recibir asistencia médica en la forma y condiciones previstas por el reglamento. Se podrá permitir la atención por médicos particulares en casos excepcionales y cuando el establecimiento no esté en capacidad de prestar el servicio”¹³³.

Sin embargo, lo mencionado con anterioridad no se está cumpliendo a cabalidad, pues la salud es uno de los servicios más deficientes dentro de las cárceles, y una de las causas de mayor tutela en el país.

La Procuraduría General de la Nación señala: las deficientes condiciones higiénico-sanitarias y de infraestructura de los centro de reclusión y de las salas de retenidos, condiciones que agravadas por el hacinamiento, son propicias para el desarrollo de enfermedades infecto-contagiosas como tuberculosis, lepra, varicela, hepatitis A, hepatitis B, VIH, sífilis, gonorrea y otras infecciones de transmisión sexual, así como infestaciones por vectores de plaga (pulgas, piojos, zancudos y roedores, entre otros). Igualmente, la Procuraduría General de la Nación ha establecido que en algunos centros de reclusión no se respetan las normas de manipulación de alimentos por lo cual se han producido intoxicaciones alimenticias. Lo anterior pone en riesgo la salud de los internos y del personal que trabaja en estos centros y eventualmente puede generar problemas de salud pública¹³⁴.

Pero esta situación se ha agravado con los años, ya bien se expuso anteriormente, que el hacinamiento es una de las causas más importantes, pues es lo que permite la degeneración del sistema de salud carcelario y pone en riesgo la vida e integridad de los reclusos. Por ello “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que el suministrar una atención médica eficiente a las personas que se

¹³³ COLOMBIA, LEY 65 DE 1993, Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario, Diario Oficial No. 40.999, de 20 de Agosto de 1993.

¹³⁴ ANÁLISIS DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN TORNO A LA PRISIÓN, Universidad Externado De Colombia, Centro De Investigación En Política Criminal, 2007. p. 95

encuentran en detención intramuros, es una obligación que emana del deber de los Estados partes de garantizar la integridad personal de los reclusos”¹³⁵.

Por lo tanto, el Estado es responsable como menciona la corte constitucional en sentencia T- 266 de 2013:

El Estado debe garantizar a todos los individuos en igualdad de condiciones la prestación del servicio de salud, máxime cuando se trata de personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta como consecuencia de hallarse bajo el cuidado de las instituciones penitenciarias y/o carcelarias, siendo estas últimas las encargadas de velar para que se le brinde a la población reclusa un servicio de salud eficiente y oportuno, sin ningún tipo de barreras administrativas ni económicas, facilitando el acceso a servicios, tratamiento y medicamentos, que permitan llevar una vida en condiciones dignas durante el tiempo que dure la detención intramuros e inclusive la domiciliaria¹³⁶.

Es importante que el Estado busque soluciones para un problema que lleva más de 18 años, que sumado al hacinamiento, causan una situación grave para el Estado colombiano, no solo por ser garante de los derechos de las personas que se encuentran reclusas, sino también ante los organismos internacionales con los que se han firmado múltiples tratados internacionales. Además las consecuencias que genera la no prestación adecuada del servicio de salud y las condiciones de hacinamiento en que viven los reclusos, impactan en la psiquis del infractor y no permite la resocialización, pues las condiciones inhumanas que deben soportar los internos genera odio y resentimiento e inclusive los daños físicos que pueden llegar a padecer, demuestra que no funciona los fines de un Estado social y democrático de derecho y de los tratados internacionales que buscan la protección

¹³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-588A del 15 de agosto del 2014. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 266 del 8 de mayo del 2013. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

del recluso, por lo que estaríamos frente a una violación grave de los fines de la pena y de los principios constitucionales.

4.3 Derecho a la dignidad

Las personas privadas de la libertad, deben gozar de unos derechos fundamentales que no pueden ser ni limitados ni mucho menos suspendidos. La dignidad humana, es tal vez uno de los más importantes, por su conexión directa con la vida y la integridad, por lo tanto el Estado debe garantizarle a la persona recluida unas condiciones mínimas. Así lo menciona la Corte Constitucional en sentencia T 588 A de 2014:

“La Corte Constitucional ha señalado que para el Estado nace el deber de respetar la dignidad humana de las personas privadas de la libertad, ya que constituye el pilar central de la relación entre el Estado y la persona, y es, además, una norma fundamental de aplicación universal, reconocida expresamente por los tratados y convenios de derechos humanos prevalentes en el orden interno”¹³⁷.

Los reclusos tienen una vital importancia para los organismos internacionales como se menciona a continuación:

(i) todas las personas privadas de la libertad deberán ser tratadas en forma humana y digna, independientemente del tipo de detención al cual estén sujetas, del tipo de institución en la cual estén recluidas; (ii) los Estados adquieren obligaciones positivas en virtud del artículo 10-1 del Pacto, en el sentido de propugnar por que no se someta a las personas privadas de la libertad a mayores penurias o limitaciones de sus derechos que las legítimamente derivadas de la medida de detención correspondiente; y (iii) por tratarse de una ‘norma fundamental de aplicación universal’, la obligación de tratar a los detenidos con humanidad y dignidad no puede estar sujeta, en

¹³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-588A del 15 de agosto del 2014. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

su cumplimiento, a la disponibilidad de recursos materiales, ni a distinciones de ningún tipo”¹³⁸.

Sin embargo, el Estado colombiano ha abandonado a los reclusos, pues las condiciones que deben soportar los internos son degradantes, muchos la consideran un castigo adicional a la pena. Además la política criminal del Estado solo se ha concentrado en aumentar las penas y crear más tipos penales, conllevando a un hacinamiento mucho más grave, “y el principio de dignidad humana se está dejando de lado por argumentos eficientistas”¹³⁹.

4.4 El recluso es persona

Los derechos humanos son inherentes a todas las persona sin importar su condición. Lo anterior, deja en claro que las personas privadas de la libertad no dejan de ser persona por estar recluso en un establecimiento carcelario, entendiendo que si bien se les suspenden determinados derechos, su dignidad, salud, integridad y por supuesto su vida no pueden ser vulnerados de ninguna forma.

Si bien, Colombia ha ratificado tratados internacionales sobre la protección de los reclusos y ha establecido en la Constitución que el Estado debe proteger a sus administrados, mediante una lista de derechos que considera no se deben vulnerar, entonces es necesario hacer un llamado a los funcionarios de las penitenciarías que están permitiendo o generan los tratos crueles e inhumanos que deben soportar los reclusos, sumado a esto, la preocupación que surge del abandono del Estado y de su mala implementación de las políticas criminales que solo se encaminan en la

¹³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-588A del 15 de agosto del 2014. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹³⁹ANÁLISIS DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN TORNO A LA PRISIÓN, Universidad Externado De Colombia, Centro De Investigación En Política Criminal, 2007. p. 93.

creación de delitos y su mera judicialización, mientras que en las cárceles las condiciones de higiene y salud son cada vez más degradantes.

En la medida que el Estado y sus funcionarios reconozcan que los reclusos son personas que deben vivir en dignidad y que son titulares de derechos fundamentales a pesar de estar reclusos en un centro penitenciario, la institución será más humana, más respetuosa de la vida digna, de lo contrario seguirán siendo las cárceles reconocidas como los lugares de abandono estatal y de una constante violación de derechos humanos.

4.5 Tratados internacionales sobre los derechos de los reclusos

Colombia es parte en varias organizaciones internacionales, esto significa que está obligada al cumplimiento de los tratados que ratifique, además pasa a ser fundamento jurídico del Estado, es decir, hace parte del bloque de constitucionalidad. En el artículo 93 de la Constitución Política, se establece:

“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno....Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”¹⁴⁰.

Los principales instrumentos internacionales a los que pertenece Colombia sobre materia de derechos humanos son: Organización de Naciones Unidas, ONU; Organización de Sistema Americanos, OEA. Teniendo en cuenta la Constitución Política y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, estos instrumentos hacen parte del bloque de constitucionalidad “o sea, sus disposiciones tienen rango constitucional- y, en consecuencia, todas las normas legales y reglamentarias de

¹⁴⁰ COLOMBIA, CONSTITUCION POLITICA DE 1991, Artículo 93.

rango inferior que se expidan al interior del Estado, deben ajustarse o estar conformes con lo previsto por los tratados internacionales”¹⁴¹.

Si bien, Colombia ha ratificado tratados internacionales sobre derechos humanos, no se deja de lado, los que tratan sobre las personas privadas de la libertad y su importancia radica, que por su condición de vulnerabilidad, deben ser atendidos de manera que el Estado, no los abandone a su suerte, pues es una preocupación de las organizaciones internacionales que los reclusos de todo el mundo sufran condiciones degradantes e inhumanas, como si su condición de persona se perdiera una vez que entrara a un centro penitenciario, por esto, la comunidad internacional se ha encargado de que los Estados parte, cumplan con las obligaciones de proteger a los reclusos ya que están bajo su especial cuidado. Así entonces Colombia ha ratificado los siguientes tratados, unos de carácter general en materia de derechos humanos y el segundo grupo sobre las personas privadas de la libertad.

La Oficina En Colombia Del Alto Comisionado De Las Naciones Unidas Para Los Derechos Humanos los organiza de la siguiente manera:

En el primer grupo de normas, de carácter general, deben destacarse la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, principalmente¹⁴².

En el segundo grupo de normas, que contienen disposiciones específicas relativas a la prohibición de la tortura y a las condiciones de vida de las personas privadas de libertad, deben destacarse: las

¹⁴¹ OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Manual Básico De Derechos Humanos Para El Personal Penitenciario, Primera Edición: Bogotá, Abril de 2006, p. 16.

¹⁴² *Ibíd.*, p. 17.

Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos; los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos; el Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión; el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley; los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el Protocolo facultativo de la convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura¹⁴³.

Los mencionados tratados son importantes, porque en el Estado colombiano, los funcionarios encargados del cuidado de los reclusos deben tener una reglamentación que tenga en cuenta la normatividad internacional de tal forma que no se incumplan las obligaciones que el Estado se comprometió hacer ante la comunidad internacional.

La Oficina En Colombia Del Alto Comisionado De Las Naciones Unidas Para Los Derechos Humanos establece que:

“En materia penitenciaria estas consideraciones tienen especial relevancia, ya que, tal como lo declaró la Corte Constitucional al referirse a la expedición de los reglamentos internos para cárceles o penitenciarías de alta seguridad en Colombia, el poder de configuración normativa de la autoridad penitenciaria se halla limitado por: la Constitución y la ley; las líneas jurisprudenciales establecidas por la Corte Constitucional en materia de tratamiento de reclusos y fines de la pena, y, en virtud del artículo 93.2 superior, a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, para cuya interpretación se puede acudir a ciertos

¹⁴³ OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Manual Básico De Derechos Humanos Para El Personal Penitenciario, Primera Edición: Bogotá, Abril de 2006, p. 18.

principios sentados por la Asamblea General de las Naciones Unidas”¹⁴⁴.

Lo anterior significa que toda prohibición que se de en la cárceles que constituya una vulneración de los derechos del recluso, sería violatoria de todas las normas superiores que conforman el bloque de constitucionalidad.

¹⁴⁴ OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Manual Básico De Derechos Humanos Para El Personal Penitenciario, Primera Edición: Bogotá, Abril de 2006, p. 18.

Capítulo 5

Tratamiento carcelario en materia de salud

5.1 Antecedentes

Las cárceles en Colombia nacieron con la finalidad de que el infractor cumpliera una pena, porque el Estado debía responder con un castigo al hombre que viviendo en sociedad trasgredía los principios fundamentales establecidos en el mismo.

Para Campo Elías Amaya nace las cárceles y penitenciarias en Colombia de forma:

Improvisada hace casi dos centurias, cuando la población carcelaria era considerablemente menor su evolución de forma organizada se dio a partir de la República, cuando el General Francisco de Paula Santander, con la ley sobre la organización y régimen político y económico de los departamentos y provincias de la República sancionada el 11 de marzo de 1825, cuando era presidente encargado, dio nacimiento a la Policía de Salubridad a cargo de las municipales, que tenía como una de sus funciones la atención de las cárceles, posteriormente el Libertador Simón Bolívar fundo centros de reclusión en varias capitales provinciales, implantando la cárcel como lugar de castigo con privación absoluta de la libertad y trabajos forzados a favor del Estado, sin ningún estipendio para los presos¹⁴⁵.

Las cárceles y penitenciarias tuvieron una finalidad determinada desde el principio, implementadas por la política criminal del Estado Colombiano, sin embargo la creación de nuevos tipos penales ocasionaron que el número de infractores aumentaran, generando un colapso en los centros de reclusión.

¹⁴⁵ AMAYA VELOSA, Campo Elías. El Drama De Las Cárceles En Colombia, Ediciones librería del profesional, 2001. p. 1

Para 1998 el hacinamiento tenía una cifra preocupante y los problemas de salud eran inminentes, por ello la Corte Constitucional declaró mediante sentencia T-153 de 1998 el Estado de cosas inconstitucional, al referirse al tema de hacinamiento y la poca salubridad que debían soportar los reclusos en las cárceles, por tanto la situación que vivían los internos en las cárceles violaba todo tipo de derechos fundamentales y evidenciaba la indiferencia que la sociedad misma tenía frente a los reclusos. Por la situación que se presentaba, la Corte indicó que no solo eran responsable los funcionarios del INPEC o el Ministerio de Justicia, sino que debía de responder todos los órganos y ramas del poder público. Todo esto fue lo que la corte constitucional llamó el Estado de cosas inconstitucional.

Sin embargo, la orden impartida por la Corte no fue acatada pues el problema que viven los reclusos ha aumentado, convirtiéndolo en una verdadera crisis carcelaria, sumado a ello las políticas criminales del Estado solo están encaminadas a las medidas preventivas en casi todo tipo de delito, congestionando los centros de reclusión, situación que genera hacinamiento, problemas de salud y salubridad y sobre todo violación de derechos humanos.

5.2 Asistencia médica dentro de las cárceles

La asistencia médica en las cárceles es una obligación del Estado para con los reclusos, por las condiciones de vulnerabilidad en que se encuentran los mismos dentro de los establecimientos carcelarios, así lo mencionó la Corte en sentencia T-254 de 2005:

“las personas que se encuentran reclusas en los diferentes Establecimientos Carcelarios y Penitenciarios, ya sea de manera preventiva o por causa de una

condena, surge para el Estado la responsabilidad de la prevención, cuidado, conservación, tratamiento y recuperación de la salud”¹⁴⁶.

Sin embargo, la realidad que viven los internos es totalmente diferente a lo que se estipula en la Constitución Política, la ley 65 de 1993, tratados internacionales o jurisprudencias de la corte, pues se vive un constante padecimiento por enfermedades graves, infecciones y heridas, que si bien son causadas por el hacinamiento y las condiciones mínima de salubridad, deberían ser atendidas por el personal médico que se encuentran en los centros penitenciarios, pero en la realidad es totalmente diferente a lo escrito en las normas reguladoras.

Esta situación evidentemente no es actual, podemos afirmar que lleva más de 18 años el padecimiento de los internos en las cárceles. La Corte Constitucional en su sentencia T- 153 de 1998 evidenció los tratos crueles e inhumanos que las personas dentro de las cárceles debían soportar, declarando así el estado de cosas inconstitucionales y a pesar de su llamado, pareciese que los organismos encargados hubieran hecho caso omiso, agravando más la situación.

Cabría decir que “el discurso oficial acerca del respeto a la vida y la integridad física de las personas en reclusión no deja de ser un saco lleno de letras muertas, pues en la realidad los prisioneros y prisioneras en las cárceles colombianas viven en condiciones infrahumanas”¹⁴⁷.

Para el año 2012 se expide el decreto 2496 “con el que se busca regular el aseguramiento en salud de la población reclusa a cargo del INPEC y de las entidades territoriales”¹⁴⁸. El decreto busca la protección del derecho a la salud de los reclusos, mediante la regulación de su afiliación al sistema general de seguridad social en salud, ya que la comunidad carcelaria se encuentra en un estado especial

¹⁴⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 254 del 17 de marzo del 2005. M.P.: Dr. Jaime Araújo Rentería

¹⁴⁷ Corporación Colectivo de Abogados, ALVEAR RESTREPO José, LA SIN-RAZÓN, Santafé De Bogotá: Rodríguez Quito Editores, 2000., pág. 71.

¹⁴⁸ COLOMBIA, Ministerio De Salud Y Protección Social, DECRETO 2496 del 6 de diciembre del 2012.

de internación, por lo que el acceso a los servicios de salud que debe garantizarles el Estado deben tener unas reglas específicas para lograr la satisfacción del mismo.

Lo anterior se fundamenta en los artículos 48 y 49 de la constitución política que regula la seguridad social como parte esencial del derecho a la salud, sumado a ello las sentencias de la corte constitucional T-153, T-606 Y T-607, todas del año 1998, que “ordenaron al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC, en coordinación con los Ministerios de Hacienda y Crédito Público, Salud, Justicia y el Departamento Nacional de Planeación, iniciar los trámites administrativos, presupuestales y de contratación indispensables para constituir o convenir un modelo de prestación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud que garantice la atención a la población reclusa del país”¹⁴⁹.

Es importante aclarar que “el Sistema General de Seguridad Social en Salud, para su financiamiento y administración, se encuentra conformado por los regímenes contributivo y subsidiado”¹⁵⁰, pero por el estado en que se encuentra los reos y al no tener recursos económicos que le permitan estar dentro del régimen contributivo el Estado debe realizar su afiliación al régimen subsidiado.

Por lo tanto el decreto en mención busca regular de manera oportuna la seguridad social en salud para la población carcelaria, con base a los llamados de atención de la Corte Constitucional y las constantes vulneraciones que soportan los reclusos, el Ministerio de salud y protección social busca mediante esta disposición, implementar una mejor organización para que las personas privadas de la libertad puedan tener el servicio de salud en óptimas condiciones de salubridad y calidad, garantizándoles un cumplimiento eficaz, donde deben ser afiliados conforme lo establece la norma y para su correcto desempeño se debe realizar un seguimiento

¹⁴⁹ COLOMBIA, Ministerio De Salud Y Protección Social, DECRETO 2496 del 6 de diciembre del 2012.

¹⁵⁰ COLOMBIA, Ministerio De Salud Y Protección Social, DECRETO 2496 del 6 de diciembre del 2012.

y control. Sin embargo, no se logra mayor avance pues la prestación médica sigue siendo deficiente y los reclusos aun no tienen un correcto servicio de salud.

Por ello es importante implementar una “política de mejoramiento carcelario. La higiene debe cubrir todos los espacios en los cuales tienen que moverse los reclusos: celdas, pasadizos, talleres, bodegas y sanitarios deben mantenerse en buenas condiciones de higiene y limpieza; de tal manera que las enfermedades no se presenten. Para el aseo se deben destinar las horas apropiadas para que los reclusos no sean afectados”¹⁵¹. Así se lograría disminuir las condiciones inhumanas que deben soportar los reclusos y disminuiría considerablemente el brote de infecciones y enfermedades.

En cuanto a la salud, el Estado debe ser más diligente con este tema, porque ante la comunidad internacional, Colombia es responsable por la vulneración de derechos que se causen a las personas privadas de la libertad. Además como fue explicado con anterioridad, el recluso no deja de ser persona por haber cometido un tipo penal, por el contrario lo que se debe buscar es que en el centro penitenciario pueda resocializarse para que pueda volver a la sociedad sin un pensamiento criminal, pero lo que viven las personas en las cárceles sencillamente son estados de cosas inconstitucionales.

No debemos olvidar que las personas privadas de la libertad conservan sus derechos fundamentales y que si bien son suspendidos determinados derechos, se deben hacer respetando su dignidad e integridad así lo manifiesta la corte en la sentencia T- 815 de 2013:

La jurisprudencia constitucional ha mantenido una línea jurisprudencial que clasifica los derechos fundamentales de los internos en tres grupos: “*(i) aquellos **derechos suspendidos** como consecuencia lógica y directa de la pena impuesta, lo cual se justifica constitucional y legalmente por los fines de la sanción penal. Dentro de este grupo encontramos derechos como la libre locomoción, y los derechos políticos como el derecho al*

¹⁵¹ AMAYA VELOSA, Campo Elías. El Drama De Las Cárceles En Colombia, Ediciones librería del profesional, 2001. p. 103

voto. (ii) los **derechos intocables** conformados por los derechos fundamentales de la persona privada de la libertad que se encuentran intactos, pues aquellos derivan directamente de la dignidad del ser humano, son ejemplo de éstos: los derechos a la vida y el derecho al debido proceso, y por último, (iii) se encuentran los **derechos restringidos o limitados** por la especial sujeción del interno al Estado y tienen sentido porque con ello se pretende contribuir al proceso de resocialización del condenado y garantizar la disciplina, seguridad y salubridad en las cárceles. Encontramos limitados los derechos a la intimidad personal y familiar, de reunión, de asociación, libre desarrollo de la personalidad, libertad de expresión, al trabajo y a la educación. Respecto de los derechos fundamentales de los reclusos que admiten restricción, es importante tener en cuenta que su limitación es constitucionalmente válida en la medida en que se ajuste a los principios de razonabilidad y proporcionalidad¹⁵²

Lo anterior demuestra que la falta de asistencia médica, vulnera los derechos intocables de los cuales se deriva la vida, la salud, la dignidad y la integridad física y mental. Mencionamos esto, porque la persona que se encuentra en situaciones degradantes e inhumanas, como es el hacinamiento, la falta de salubridad y por la falta de asistencia médica, conlleva a un resentimiento hacia la sociedad y hacia el Estado, degenerando la búsqueda de la finalidad de la pena; la resocialización, y por tanto si el recluso logra salir del centro carcelario, dicho resentimiento no permite cambiar su pensamiento criminal y lo convierte en un individuo totalmente diferente al que se busca socializar.

Por ello es tan importante la asistencia médica, porque si bien es una necesidad mínima de todas las personas, aquellas que se encuentran en reclusión son más vulnerables a situaciones más graves que afectan su salud y conexas su vida, sin dejar de lado que el colapso carcelario afecta la psiquis del individuo, conllevando a problemas mentales y la imposibilidad del cumplimiento final de la pena, por el contrario se otorga un mal mayor al infractor, al vulnerársele sus derechos fundamentales.

¹⁵² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-815 del 12 de noviembre del 2013. M.P.: Alberto Rojas Ríos.

5.3 Hacinamiento y sus consecuencias médicas y jurídicas

De acuerdo al informe de la Defensoría del Pueblo, el hacinamiento tiene un doble carácter, *“es efecto y causa al mismo tiempo: es efecto porque se deriva de sus mismas variables, es decir, como el incremento de conductas delictivas, el incremento de los mínimos de las penas, etc.; y causa porque el hacinamiento constituye unas de las principales fuentes de violación de la dignidad y a los derechos humanos en las cárceles”*¹⁵³. Su naturaleza no permite la correcta finalidad del tratamiento penitenciario, perturba a los internos porque las condiciones de estudio, trabajo, salud y todo tipo de recreación son muy difícil de acceder, entorpecen la administración correcta de la cárcel por parte de los funcionarios y autoridades carcelarias lo que compromete y responsabiliza al Estado por las condiciones precarias e inhumanas que los reclusos deben soportar y la pésima administración de control de los establecimientos.

Por lo tanto el hacinamiento es considerado una pena cruel, inhumana y degradante, con la cual es difícil de cumplir una condena, por ello en la sentencia T-153 del 98 la Corte manifestó que *“Las cárceles colombianas se han convertido en un problema de orden público y en centros donde se violan sistemáticamente los derechos fundamentales de los internos”*¹⁵⁴

El Estado es garante de la población carcelaria por la situación en la que se encuentran y para protegerlos se debe dar cumplimiento a los preceptos penales encaminados a la resocialización y al respeto por la dignidad humana.

Dicho lo anterior es importante conocer las causas que originaron el hacinamiento y conocer las consecuencias jurídicas que de ellas se generan.

¹⁵³ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, informe Análisis Sobre El Actual Hacinamiento Carcelario Y Penitenciario En Colombia – 2003.

¹⁵⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-153 de 1998. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

1. “La precaria e insuficiente estructura física para albergar el número de reclusos que hay en el país”¹⁵⁵. Los establecimientos no cuentan con una infraestructura adecuada en espacios físicos, salubridad y más preocupante habitabilidad, generando situaciones degradantes e inhumanas, porque las condiciones de las cárceles y penitenciarias no cumplen con los requisitos mínimos y básicas para el ser humano, ejemplo de esto es “la necesidad de utilizar los baños y pasillos como dormitorios”¹⁵⁶, todo esto hace más difícil la vida, y más en condiciones de hacinamiento, lo que llevaríamos a discutir porque un Estado Social y Democrático de Derecho que en su Artículo 1 de la C.P del 91 dice estar “fundada en el respeto de la dignidad humana”¹⁵⁷ tiene establecimientos carcelarios en condiciones tan degradantes, dicho esto la Corte en sentencia T- 153 de 1998 reiteró *“En realidad, el problema carcelario representa no sólo un delicado asunto de orden público, como se percibe actualmente, sino una situación de extrema gravedad social que no puede dejarse desatendida”*¹⁵⁸. Por su parte el Procurador General de la Nación mediante informe mencionó lo siguiente *“El hacinamiento necesariamente conduce a la deshumanización del sistema y, además, entorpece la seguridad y el control que deben existir en cualquier prisión”*¹⁵⁹.
2. “La falta de una Política Criminal coherente y con visión a largo plazo para prevenir el delito, castigar las infracciones a la ley penal y lo más importante resocializar al delincuente”¹⁶⁰. La mala implementación de la política criminal

¹⁵⁵ LEÓN JIMÉNEZ, Juan Carlos, RUIZ TORRES, Henry, SERRANO SIERRA, José Manuel. Drama Humano En Los Centros Penitenciarios Y Carcelarios De Colombia, Fundación Universitaria de San Gil, UNISANGIL p. 3

¹⁵⁶ *Ibíd.*, p. 3.

¹⁵⁷ COLOMBIA, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991, Artículo 1.

¹⁵⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 153 de 1998. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

¹⁵⁹ El Sistema De Prisiones Colombiano Opera Bajo Niveles De Presión Crecientes; los derechos humanos de las personas privadas de libertad en riesgo. Tomado de la página Web : <http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/descargas/publicaciones/hacinamientooficial.pdf>

¹⁶⁰ LEÓN JIMÉNEZ, Juan Carlos, RUIZ TORRES, Henry, SERRANO SIERRA, José Manuel. Drama Humano En Los Centros Penitenciarios Y Carcelarios De Colombia, Fundación Universitaria de San Gil, UNISANGIL, p. 3

del Estado es una de las principales causas del hacinamiento carcelario, esto se debe a la tipificación de conductas de forma desmesurada.

En un informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, del 2001 advierte:

Un elemento importante que explica la situación carcelaria y la vulneración de derechos humanos en los centros de reclusión es la ausencia de una política criminal garantista, diseñada de modo concertado y democrático. El incremento de las respuestas punitivas (o “inflación penal”) frente a los diversos problemas que no se encarar debidamente en los planos social, económico y político, ha dado lugar a la sobrecriminalización de conductas, a la calificación y persecución de contravenciones como delitos, al incremento de los mínimos de penas para los delitos y, por ende, al aumento de delitos excarcelables y al agravamiento de las penas en general¹⁶¹.

Si Colombia cambia sus políticas criminales hacia un enfoque más social y no solo penal, podría lograrse un cambio significativo en el fenómeno de hacinamiento, pues no es necesario tipificar todo para que una sociedad democrática funcione.

3. “La reincidencia criminal”¹⁶², la reincidencia está relacionada al tratamiento carcelario, que no se está cumpliendo a cabalidad. En la ley 65 de 1993, por la cual se expide Código Penitenciario y Carcelario , en su artículo 143 establece lo siguiente:

¹⁶¹ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, OFICINA EN COLOMBIA, INFORME, Centros De Reclusión En Colombia: Un Estado De Cosas Inconstitucional Y De Flagrante Violación De Derechos Humanos, Bogotá, D.C., Colombia 31 de octubre de 2001.

¹⁶² MEJÍA VILLAR, Juan Pablo, SEGURA BENAVIDES, Cristian David, SILVA SANDOVAL, Javier Andrés, Hacinamiento Carcelario En Colombia: Teorías, Causas Y Posibles Soluciones, p. 6

El tratamiento penitenciario debe realizarse conforme a la dignidad humana y a las necesidades particulares de la personalidad de cada sujeto. Se verifica a través de la educación, la instrucción, el trabajo, la actividad cultural, recreativa y deportiva y las relaciones de familia. Se basará en el estudio científico de la personalidad del interno, será progresivo y programado e individualizado hasta donde sea posible. Cuyo objetivo es, ARTÍCULO 142 preparar al condenado, mediante su resocialización para la vida en libertad¹⁶³.

Pero lamentablemente se ve afectada por las situaciones precarias que viven los reclusos, así lo confirma la Defensoría del Pueblo en el informe, Análisis Sobre El Actual Hacinamiento Carcelario Y Penitenciario En Colombia – 2003

Tal investigación afirma acerca del hacinamiento carcelario: ...Trae como consecuencia graves problemas de salud, de violencia, de indisciplina, de carencia en la prestación de servicios (trabajo, educación, asistencia social, deportes, educación, visita conyugal, servicios médicos, etc.), con una clara violación de la integridad física y mental de los reclusos, de su autoestima y de la dignidad humana. Igualmente, el hacinamiento, cuando sobrepasa el nivel crítico, se convierte en una forma de pena cruel, inhumana y degradante. Para la comisión es claro que en los penales que presentan condiciones de hacinamiento crítico, la calidad de vida de los reclusos sufre serios deterioros, al punto que no se pueden considerar sitios seguros ni para los internos, ni para el personal que trabaja con ellos¹⁶⁴.

Lo anterior, demuestra que el hacinamiento como se presenta en Colombia, es un trato cruel e inhumano, lo que no permite se cumpla la finalidad del tratamiento penitenciario, generando un desconformismo, desagrado y odio hacia el Estado, conllevando al interno a no adecuarse a la vida en sociedad devolviéndolo a la reincidencia criminal.

¹⁶³ COLOMBIA, LEY 65 DE 1993, Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario, Diario Oficial No. 40.999, de 20 de Agosto de 1993.

¹⁶⁴ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, informe, Análisis Sobre El Actual Hacinamiento Carcelario Y Penitenciario En Colombia – 2003.

La idea de resocialización se basa en “corregir a los “desviados” y el encierro es un medio eficaz para “reinsertar” al delincuente a la sociedad libre”¹⁶⁵, sin embargo, el problema es lograrlo en un establecimiento con condiciones inhumanas, lo que impide por completo que el infractor rechace la actividad delictiva, por ello si se quiere evitar la reincidencia criminal se debe tratar al infractor como persona, protegiendo sus derechos fundamentales, teniendo como Principio la dignidad humana, así lo reitera la Corte Constitucional en Sentencia T-077 de 2013:

*Pues bien, esta idea de resocialización como principio constitucional que debe sustentar tales relaciones se opone no solo a la imposición de penas que conlleven tratos crueles, inhumanos y/o degradantes, sino también a todas las condiciones de cumplimiento de la pena que sean desocializadoras. En este sentido, este Tribunal ha entendido que el Estado debe brindar los medios y las condiciones para no acentuar la desocialización del penado y posibilitar sus opciones de socialización*¹⁶⁶.

Por tanto, como ha mencionado la Corte, la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría y los informes del Alto Comisionado de la Naciones Unidas, las personas privadas de la libertad, no dejan de ser persona por cometer un tipo penal y si bien el Estado debe sancionarlo por su infracción al mandato legal, no puede proporcionar penas crueles e inhumanas.

El hacinamiento y los problemas de salubridad, se han convertido en las actuales penas o “castigos” que vulneran los principios constitucionales, penales, los derechos fundamentales, tratados internacionales y demás disposiciones reguladoras como el código penitenciario, incumpliendo el fin de resocialización y creando mayor resentimiento y criminalidad, es decir, se

¹⁶⁵Corporación Colectivo de Abogados, ALVEAR RESTREPO, José, LA SIN-RAZÓN, Santafé De Bogotá: Rodríguez Quito Editores, 2000.p. 168

¹⁶⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 077 del 14 de febrero del 2013. M.P.: Alexei Julio Estrada

está cumpliendo la retribución de “un mal por otro mal”, dicho de otra manera las condiciones precarias de las cárceles impiden el funcionamiento del Estado social y democrático de derecho.

Si bien la política criminal de un Estado debe encaminarse para la protección de los bienes jurídicos de las personas y el de combatir la actividad criminal, su enfoque debería concentrarse más en políticas sociales y de educación, así las personas creerían más en el Estado y cambiarían el pensamiento punitivo de que todo se debe penalizar, concepto que ya no cabe en una sociedad moderna, con esto se concluye que Colombia debería estar preparada para tomar nuevos proyectos que no vean al derecho penal como la primera opción, debemos recordar que el *iuspuniendi* es de *ultima ratio* y que existen múltiples disciplinas que se pueden implementar en una sociedad democrática.

5.4 La corte constitucional y sus pronunciamientos por la vulneración de derecho a la salud y dignidad humana en las cárceles colombianas

El ordenamiento penal colombiano en su Art 1 ley 599 de 2000 dispone: “*el derecho penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana*”¹⁶⁷. En desarrollo de este precepto, la misma ley establece que “*la pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado*”¹⁶⁸.

Si bien es cierto, el Estado es representado a través de las autoridades penitenciarias y carcelarias, instituciones creadas para el cumplimiento de la pena, donde se permite la suspensión y/o limitación de algunos derechos de personas que comenten infracciones contra el Estado. Tales como al derecho de locomoción, derecho a la intimidad, derecho al el trabajo, derecho a la educación, derecho al libre desarrollo de la personalidad, entre otros,

¹⁶⁷ COLOMBIA, Artículo 1 del CODIGO PENAL.

¹⁶⁸ COLOMBIA, Artículo 1 del CODIGO PENAL.

Sin embargo, atendiendo a los fines de la pena como el de resocialización y el de protección al reo, en desarrollo del principio de dignidad humana, es bien sabido que existen ciertos derechos fundamentales que no pueden ser suspendidos ni limitados bajo ninguna circunstancia, a pesar de la privación de la libertad, uno de los cuales no puede ser puesto en riesgo es el derecho a la salud.

La salud es un derecho fundamental autónomo que no puede ser violentado bajo ninguna circunstancia. Sin embargo, antes no era considerada derecho fundamental autónomo, esto se debió a una evolución jurisprudencial, por lo tanto para conocer, como fue que la Salud se convirtió en uno de los derechos más importantes debemos conocer su trascendencia que hizo que se convirtiera hoy en un derecho fundamental autónomo:

En nuestra constitución política de 1991, en su artículo 48 define la seguridad social de la siguiente forma: “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social...”¹⁶⁹. Y El artículo 49 de la constitución establece que: “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud...”¹⁷⁰

Sumado a lo anterior, La ley 100 de 1993 acompaña la norma constitucional reglamentando el Sistema General de Seguridad Social en Salud, sus fundamentos, organización y funcionamiento desde la perspectiva de una cobertura universal.

Sin embargo, las normas existentes no precisaban el carácter fundamental de la salud, por lo tanto la Corte Constitucional a través de sus pronunciamientos hacían el análisis de la doble connotación del derecho a la salud.

Así entonces mediante el análisis normativo del artículo 49 de la Carta política, la Corte establece que la salud es un derecho y un servicio público, “precisando que todas las personas deben acceder a él, y que al Estado le corresponde organizar,

¹⁶⁹ COLOMBIA, CONSTITUCIÓN POLÍTICA del 1991. Artículo 48.

¹⁷⁰ COLOMBIA, CONSTITUCIÓN POLÍTICA del 1991. Artículo 49.

dirigir, reglamentar y garantizar su prestación atendiendo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad”¹⁷¹.

Al comienzo la jurisprudencia dotaba a la salud como un derecho prestacional y su fundamentalidad dependía solo de la conexión con otros derechos que si están consagrados como fundamentales. Lo anterior se conoce como *la tesis de la conexidad*.

Por ello, la salud solo se podía garantizar como fundamental a través de la tutela, cuando su vulneración afectara derechos ya consagrados fundamentales como la vida, la dignidad humana o la integridad personal¹⁷²

Pero por las características que dotaban a la salud, la Corte Constitucional mediante sentencia T- 494 de 1993, T- 1081 de 2001, T-016 de 2007 y T- 760 de 2008, establece que la salud es un derecho fundamental autónomo, por la necesidad que tiene la persona de tener unas condiciones dignas, ya que la salud constituye el desempeño óptimo de los demás derechos y garantías que requieren los seres humanos.

La Sentencia T- 494 del 28 de octubre de 1993, M.P.: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, se establece en la presente tutela lo siguiente: el accionante indica que presenta un grave caso renal, por lo tanto se estudia el derecho a la salud relacionado con la integridad personal.

...está el **derecho a la salud**, entendiendo por tal la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica o funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento, lo que conlleva a la necesaria labor preventiva contra los probables atentados o

¹⁷¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-180 Del 02 De Abril 2013. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

¹⁷² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-180 Del 02 De Abril 2013. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

fallas de la salud. Y esto porque la salud es una condición existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad: al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable. La persona humana requiere niveles adecuados de existencia, en todo tiempo y en todo lugar, y no hay excusa alguna para que a un hombre no se le reconozca su derecho inalienable a la salud

Es cierto que la salud y la integridad física son objetos jurídicos identificables, pero nunca desligados de la vida humana que los abarca de manera directa. Por ello cuando se habla del derecho a la vida se comprenden necesariamente los derechos a la salud e integridad física, porque lo que se predica del género cobija a cada una de las especies que lo integran. Es un contrasentido manifestar que el derecho a la vida es un bien fundamental, y dar a entender que sus partes -derecho a la salud y derecho a la integridad física- no lo son¹⁷³.

Se habla en dicha sentencia, de que tanto la salud como la integridad personal no están desligados de la vida, y por tanto se debe procurar mantener en óptimas condiciones de salud a las personas.

En la sentencia T- 1081 del 11 de octubre 2001. M.P.: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra:

Fue considerada el derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo pero solo cuando se tratara de sujetos de especial protección, como son los adultos mayores.

“El derecho a la salud de los adultos mayores es un derecho fundamental autónomo, dadas las características de especial vulnerabilidad de este grupo poblacional y su particular conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana”¹⁷⁴.

Con esta sentencia, vemos como la Corte comienza a proponer que el derecho a la salud fuera fundamental y autónomo en determinados casos. Y aunque todavía se siguiera haciendo la tesis de conexidad, se evidencia la necesidad de las personas

¹⁷³ CORTE CONSTITUCIONAL, T- 494 del 28 de octubre de 1993, M.P.: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

¹⁷⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 1081 del 11 de octubre 2001. M.P.: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

para que se les garantizara el derecho a la salud sin tener que acceder a la justicia por vía tutela y en conexidad con otros derechos.

Posteriormente la jurisprudencia constitucional amplía la tesis sobre la fundamentalidad de los derechos, donde menciona que están dotados de valores y principios propios del Estado social de derecho, por tanto en la sentencia T-016 del 22 de enero de 2007. M.P.: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto:

La fundamentalidad de los derechos no depende – ni puede depender – de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos **todos** son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución¹⁷⁵.

Sin embargo, fue la sentencia T-760 del 31 de julio 2008. M.P.: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, que al estudiar 22 casos de tutela, determina que el derecho a la salud es un derecho fundamental y autónomo, siendo una prestación exigible y justiciable:

3.2.1.3. Así pues, considerando que “son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”, la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho. Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios

¹⁷⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-016 del 22 de enero de 2007. M.P.: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

*de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela. La jurisprudencia ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo.*¹⁷⁶

Así entonces la Corte Constitucional, concluye que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo, que ya no necesita del estudio- tesis de conexidad- y que por el contrario cada persona en Colombia puede invocarlo a través de tutela cuando se está vulnerando o se encuentra en peligro de hacerlo, sin tener que exponer su conexidad con otro derecho fundamental, por lo tanto se considera lo expuesto como un verdadero avance de los derechos fundamentales que debe proteger el Estado social y democrático de derecho.

Aunque la evolución misma del derecho a la salud fue realizado por la Corte Constitucional, hoy contamos con la Ley Estatutaria 1751 de 2015, que regula lo concerniente en materia de salud y recalca su fundamentalidad y autonomía, Artículo 2 “El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo”¹⁷⁷. Para lo cual los servicios necesarios para su prevención, promoción, protección y recuperación, son de parte fundamental para el desarrollo de una vida digna de cualquier persona, sin lugar a discriminar.

Por lo anterior, entendemos que sin importar la condición jurídica de una persona, es decir, aunque este se encuentre en una relación especial de sujeción con el Estado- persona privada de la libertad- tiene derecho a la salud de forma digna, aclarando que según la evolución jurisprudencial, el decreto 2496 de 2012 y la ley estatutaria 1751 de 2015, el recluso tiene derecho a la salud como cualquier

¹⁷⁶CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-760 del 31 de Julio 2008. M.P.: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁷⁷ COLOMBIA, Ley Estatutaria 1751 del 16 de Febrero de 2015, Por Medio De La Cual Se Regula El Derecho Fundamental A La Salud Y Se Dictan Otras Disposiciones. Art. 2.

persona dentro del Estado colombiano y por tanto es obligación de las autoridades garantizar el derecho fundamental y autónomo a la salud.

Conforme a lo anterior, respecto a una persona que esta privada de su libertad por parte del Estado, el mismo debe asumir la responsabilidad de asegurarle al recluso su derecho a la salud a través de las correspondientes autoridades carcelarias, a costa del tesoro público.

Por ello, el titular del derecho a la salud que se halle privado de la libertad debe contar con tres ámbitos de protección: : a) es deber del Estado de brindar atención integral y oportuna a las necesidades médicas del interno, b) es deber del Estado de garantizar la integridad física del recluso al interior del establecimiento carcelario, y c) es deber del Estado de garantizar unas adecuadas condiciones de higiene, seguridad, salubridad y alimentación, al interior del establecimiento carcelario.

En la sentencia T- 233/01, señala que “los presos tienen derecho a ser afiliados a la seguridad social en salud, por lo que es necesario que el gobierno o el Legislador regulen un sistema especial para los reclusos, de tal forma que se les garantice una permanente y oportuna prestación de servicios médicos.”¹⁷⁸, esto quiere decir que es un deber del Estado garantizar la prestación del servicio de salud, no solo a aquellos que aun goza del derecho a la libertad, sino también a toda persona que se halle recluida y privada de su libertad en un centro carcelario o penitenciario, ya que estos también hacen parte de su territorio.

Por ello la Corte Constitucional ha manifestado su preocupación desde 1998 por la vulneración de derechos fundamentales que se viven en las cárceles colombianas.

A través del trabajo hemos evidenciado, la importancia de la dignidad, la integridad, la salud y por supuesto la vida del recluso, que sin importar que el mismo haya trasgredido el mandato legal, el Estado debe proporcionarle para el cumplimiento

¹⁷⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 233 del 26 de febrero de 2001. M.P.: Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

de su pena, unas condiciones mínimas que no afecten la finalidad de resocialización y de respeto del infractor.

Sin embargo, las múltiples tutelas que a diario se conocen por el mal funcionamiento del servicio carcelario, evidencia la vulneración de derechos fundamentales. La Corte Constitucional al ser máximo órgano judicial que busca la protección de los derechos de las personas, ha manifestado, que si bien el infractor se le debe restringir y suspender determinados derechos, no se deben transgredir de ninguna forma los que son inherentes para el desarrollo de la persona, esos son la vida, la salud, la dignidad e integridad.

La Corte Constitucional ha señalado que para el Estado nace el deber de respetar la dignidad humana de las personas privadas de la libertad, ya que constituye el pilar central de la relación entre el Estado y la persona, y es, además, una norma fundamental de aplicación universal, reconocida expresamente por los tratados y convenios de derechos humanos prevalentes en el orden interno.

Entonces, al ser la vida, la dignidad y la salud los pilares fundamentales de una Estado Social y democrático de derecho, no se debe dejar de lado los pronunciamientos de la Corte Constitucional, que busca hacer una llamado a los órganos públicos, para que se concienticen y se preocupen por lo reclusos, que si bien deben cumplir con una pena, esta debe ser, humana y digna.

CONCLUSIONES

La pena surge en Colombia como un mecanismo para contrarrestar la criminalidad, de forma tal, que el infractor pueda ser castigado conforme al delito cometido, respetándole siempre sus derechos fundamentales mediante una pena razonable y proporcional.

Sin embargo, las múltiples judicializaciones y el incremento punitivo ha permitido que los lugares de reclusión colapsen, generando condiciones inhumanas para vivir. Situación que preocupa no solo a las entidades que protegen los derechos de las personas privadas de la libertad, sino también a los organismos internacionales que conocen la situación interna de las cárceles en Colombia, pues sus condiciones de poca salubridad, hacinamiento y negligencia médica, demuestran que los reclusos soportan tratos crueles y degradantes que vulneran sus derechos fundamentales, evidenciando la mala implementación de las políticas criminales del Estado y el abandono que los reclusos han tenido que soportar por varios años.

Así entonces, el fin principal de la pena, que es la búsqueda de la resocialización, no se está cumpliendo, y parece que a la sociedad le es indiferente, como si el recluso dejara de ser persona una vez que es indiciado o acusado.

Lo anterior demuestra que no hemos avanzado como una sociedad civilizada porque no nos interesa los padecimientos de un determinado grupo de personas, por lo tanto, no podríamos hablar de resocialización, sino más bien, de retribución “un mal por otro mal”, un Estado meramente vengativo y despreocupado de los derechos vitales de las personas.

Sin embargo, existen entidades como la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación, La Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la Corte Constitucional, que permanecen desde hace más de 18 años luchando para que la voz de las personas privadas de la libertad se escuche, salvaguardando sus derechos y advirtiéndolo a los órganos del Poder Público que cambien su política incriminatoria y busquen el verdadero fin

del tratamiento penitenciario, para que el infractor pueda volver a la sociedad desechando todo pensamiento criminal.

Pero el camino es largo y la evidencia de un país rencoroso y vengativo no permite avanzar a una sociedad moderna, en cambio, parece que seguimos pensando que quien infringe la ley no merece respeto y por tanto no debe ser tratado como persona, y mientras el Estado siga permitiendo que las personas privadas de la libertad vivan en condiciones indignas e inhumanas, no se avanzara a un verdadero Estado social y democrático de derecho.

Por el contrario, seguiríamos inmersos en la ley del talión, permitiendo que se deje a la suerte la vida de una persona, que si bien, merece un castigo ejemplar por haber violado el mandato legal, no debe tratársele como si hubiera dejado de ser persona.

No podemos permitir que las practicas que denunció HOWARD sobre las cárceles que permitían que los prisioneros vivieran en condiciones de poca higiene, donde la comida y el dormir eran sufrimientos constantes y eran tratados como animales, se vuelvan a repetir. Somos una civilización moderna, que se preocupa por los derechos humanos y que buscamos la realización de una vida digna, y permitir las mencionadas prácticas, cuestionan nuestra propia evolución como personas y como sociedad.

Por lo tanto, el Estado debe implementar una política social de educación y respeto, de velar por el cumplimiento esencial de la pena y no deshumanizar a las personas privadas de la libertad, todo ello para la búsqueda de una sociedad rica en principios y realmente protectora de derechos fundamentales.

Debemos recordar que la Corte Constitucional ha buscado la protección de los derechos mínimos que debe tener toda persona privada de la libertad, así se ha evidenciado en las tutelas que se han interpuesto, todas ellas por la mala prestación de salud, por el hacinamiento que no permite el desarrollo normal de la integridad y de la dignidad humana, pero aun cuestionamos la actuación del Estado y de los

organismos responsables de que dichas condiciones no se presenten, parece que el abandono estatal es evidente y se necesita de una política de mejoramiento carcelario de manera prioritaria para que no se sigan vulnerando más derechos fundamentales.

Es de carácter urgente que el gobierno nacional emprenda un proyecto que mejore la infraestructura de las cárceles, las condiciones sanitarias y especialice a los funcionarios para que dejen de lado las practicas que puedan ser vulneradoras de derechos, todo esto se puede lograr si se cambia la política criminal, se humaniza más las pena y se mantiene a los reclusos en diferentes actividades sociales y educativas, se les respete su dignidad humana, mejorando las condiciones de salubridad, dormitorios, alimentación, atención médica y odontológica.

Y si bien, el cambio puede ser difícil, solo la correcta implementación de las políticas públicas y de los fines esenciales del Estado, puede lograr dejarse atrás los problemas penitenciarios, ahora como ha mencionado la Corte Constitucional, esto es un deber de todos, no podemos seguir permitiendo que las penas en Colombia sean violatorias de derechos humanos, si bien las personas privadas de la libertad pueden resocializarse, esto solo se puede lograr cuando los centros penitenciarios estén en condiciones óptimas para que una persona pueda cumplir una condena.

BIBLIOGRAFÍA

NORMATIVIDAD

-CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991.

-LEY 65 DE 1993, POR LA CUAL SE EXPIDE EL CÓDIGO PENITENCIARIO Y CARCELARIO, DIARIO OFICIAL NO. 40.999, DE 20 DE AGOSTO DE 1993.

-LEY 599 DE 2000, POR LA CUAL SE EXPIDE EL CODIGO PENAL.

-MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, DECRETO 2496 DEL 6 DE DICIEMBRE DEL 2012.

- LEY 1709 DE 2014, POR MEDIO DE LA 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, DIARIO OFICIAL NO. 49.039 DE 20 DE ENERO DE 2014.

- LEY ESTATUTARIA 1751 DEL 16 DE FEBRERO DE 2015, POR MEDIO DE LA CUAL SE REGULA EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES.

JURISPRUDENCIA:

1. Corte Constitucional, Sentencia C- 261 Del 13 De Junio De 1996. M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero.
2. Corte Constitucional, Sentencia T-153 De 1998. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz
3. Corte Constitucional, Sentencia T- 494 del 28 de octubre de 1993, M.P.: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa
4. Corte Constitucional, Sentencia C- C-1112 Del 24 De Agosto Del 2000. M.P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz

5. Corte Constitucional, Sentencia T- 233 Del 26 De Febrero De 2001. M.P.: Dr. Eduardo Montealegre Lynett.
6. Corte Constitucional, Sentencia T- 1081 Del 11 De Octubre 2001. M.P.: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.
7. Corte Constitucional, Sentencia C-647del 20 De Junio Del 2001, M.P.: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.
8. Corte Constitucional, Sala Plena Sentencia C-181 De 12 De Marzo De 2002. Magistrados: Doctores Marco Gerardo Monroy Cabra - Quien La Preside -, Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Eduardo Montealegre Lynett, Álvaro Tafur Galvis Y Clara Inés Vargas Hernández
9. Corte Constitucional, Sentencia T- 254 Del 17 De Marzo Del 2005. M.P.: Dr. Jaime Araújo Rentería.
10. Corte Constitucional, Sentencia T-016 Del 22 De Enero De 2007. M.P.: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.
11. Corte Constitucional, Sentencia T-760 Del 31 De Julio 2008. M.P.: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.
12. Corte Constitucional, Sentencia T- 728 Del 13 De Septiembre De 2010. M.P.: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.
13. Corte Constitucional, Sentencia C- 444 Del 25 De Mayo De 2011. M.P.: Juan Carlos Henao Pérez
14. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 371 del 11 de mayo de 2011. M.P.: Luís Ernesto Vargas Silva.
15. Corte Constitucional, Sentencia C-121 Del 22 De Febrero De 2012. M.P.: Luís Ernesto Vargas Silva

16. Corte Constitucional, Sentencia T- 077 Del 14 De Febrero Del 2013. M.P.: Alexei Julio Estrada.
17. Corte Constitucional, Sentencia T-180 Del 02 De Abril 2013. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
18. Corte Constitucional, Sentencia T- 266 Del 8 De Mayo Del 2013. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.
19. Corte Constitucional, Sentencia T-815 Del 12 De Noviembre De 2013. M.P.: Alberto Rojas Ríos.
20. Corte Constitucional, Sentencia T-849 Del 26 De Noviembre De 2013. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
21. Corte Constitucional, Sentencia T- 861 Del 27 De Noviembre Del 2013, M.P.: Alberto Rojas Ríos.
22. Corte Constitucional, Sentencia T-588a Del 15 De Agosto Del 2014. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
23. Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Penal, 26 de febrero de 2013, M.P.: José Leónidas Bustos Martínez.

LIBROS:

1. ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, OFICINA EN COLOMBIA, Informe, Centros De Reclusión En Colombia: Un Estado De Cosas Inconstitucional Y De Flagrante Violación De Derechos Humanos, Bogotá, D.C., Colombia 31 de octubre de 2001.
2. AMAYA VELOSA, Campo Elías. El Drama De Las Cárceles En Colombia, Ediciones librería del profesional, 2001.

3. ANÁLISIS DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN TORNO A LA PRISIÓN, Universidad Externado De Colombia, Centro De Investigación En Política Criminal, 2007.
4. BALESTRA FONTÁN, Carlos. Derecho Penal, Introducción y Parte General, 3ra Edición, Abeledo- Perrot.
5. BURBANO VILLAMARÍN, J. Kenneth, Derechos Humanos Fundamento De Las Competencias Ciudadanas, Alcaldía Municipal De Villavicencio Secretaria De Educación.
6. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Introducción Al Derecho Penal, Tercera Edición. Editorial: Temis, S.A. Bogotá, 2005.
7. CARRANZA PIÑA, Jorge Eduardo. El Sujeto, El Poder y Las Penas En El Nuevo Código Penal, Breviarios Jurídicos Número 6, Ediciones Ciencia Y Derecho, 2001.
8. CORPORACIÓN COLECTIVO DE ABOGADOS, ALVEAR RESTREPO, José, La Sin-Razón, Santafé De Bogotá: Rodríguez Quito Editores, 2000.
9. DE LA CUEVA, Mario, La Idea Del Estado, Fondo De Cultura Económica, Universidad Nacional Autónoma De México, 1996.
10. DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Informe, Análisis Sobre El Actual Hacinamiento Carcelario Y Penitenciario En Colombia – 2003.
11. MIR PUIG, Santiago. Función Fundamentadora Y Función Limitadora De La Prevención General Positiva.
12. OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Manual Básico De Derechos Humanos Para El Personal Penitenciario, Primera Edición: Bogotá, Abril de 2006.

13. PÉREZ, Luis Carlos, Derecho Penal, Parte General y Especial, segunda edición, Tomo I, Editorial: Temis Bogotá Colombia 1987.
14. REYES ECHANDÍA, Alfonso. La Punibilidad, Universidad Externado De Colombia, 1978.
15. ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General, Fundamentos La Estructura De La Teoría Del Delito, Tomo I.
16. RUIZ, Carmen Eloísa. Lecciones De Derecho Penal Parte General, Teoría de los Fines de la Pena, Universidad Externado De Colombia, Departamento de Derecho Penal y Criminología.
17. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual De Derecho Penal, Parte General. Editorial: Temis Bogotá Colombia 2002.
18. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Coordinador, GALLEGO GARCÍA, Gloria María. Sobre El Concepto Y Fundamento De La Dignidad Humana, Derecho Penal Liberal Y Dignidad Humana, Libro Homenaje Al Doctor Hernando Londoño Jiménez, Editorial: Temis Bogotá Colombia 2005.
19. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ Fernando, Manual De Derecho Penal, Parte General, Sexta Edición, Ediciones Jurídicas, Andrés Morales, 2014.

REVISTAS:

1. GARZÓN CÁRDENAS, Ricardo. Esencia Y Existencia: Reflexiones Respecto Al Concepto De Dignidad Humana.
2. LEÓN JIMÉNEZ, Juan Carlos, RUIZ TORRES, Henry, SERRANO SIERRA, José Manuel. Drama Humano En Los Centros Penitenciarios Y Carcelarios De Colombia, Fundación Universitaria de San Gil, UNISANGIL.

3. MEJÍA VILLAR, Juan Pablo, SEGURA BENAVIDES, Cristian David, SILVA SANDOVAL, Javier Andrés, Hacinamiento Carcelario En Colombia: Teorías, Causas Y Posibles Soluciones
4. ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. Derecho Penal, Criminología Y Política Criminal.

PÁGINAS WEB:

1. BUSTAMANTE HERNÁNDEZ, José Luis. Penal General , Principios Rectores De La Ley Penal, Pagina Web : <http://jbpenalgeneral.blogspot.com.co/2011/01/06-principios-rectores-de-la-ley-penal.html>
2. DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, tomado de la página web: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>
3. DERECHOS DE LOS RECLUSOS EN LOS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES, consultado en la página web. <http://www.corteidh.or.cr/TABLAS/R26279.PDF>
4. ENCICLOPEDIA JURÍDICA, consultado en la página web: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/pena/pena.htm>
5. EL SISTEMA DE PRISIONES COLOMBIANO OPERA BAJO NIVELES DE PRESIÓN CRECIENTES; LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD EN RIESGO. Consultado en la página Web: <http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/descargas/publicaciones/hacinamientooficial.pdf>
6. Marco Cárdenas Ruiz, LAS TEORÍAS DE LA PENA Y SU APLICACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL, DERECHO Y CAMBIO SOCIAL, tomado de la página web <http://www.derechoycambiosocial.com/revista002/pena.htm>

7. NEGLIGENCIA MEDICA OTRO FACTOR DE CASTIGO DEL ESTADO COLOMBIANO HACIA LOS PRISIONEROS POLÍTICOS Y DE GUERRA, consultado en la página web: <http://solidaridadjuridica.org/?p=2611>