

Alejandra Marcela Patiño Restrepo

UNIVERSIDAD DE MANIZALES

ESPECIALIZACION

SISTEMA PROCESAL PENAL

COLOMBIA, LA EXCEPCIÓN HECHA REGLA.
EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL
DE LOS CENTROS DE RECLUSIÓN, COMO
PRUEBA DEL EXCESO EN LA APLICACIÓN
DE LA PRIVACION DE LA LIBERTAD.

RESUMEN

“La seguridad de la sociedad reside más en un hombre socialmente adaptado que en los altos muros de prisión”¹

Orientada en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, de la mano de los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia y relacionados con el régimen de restricción de la libertad, la Constitución Nacional (1991), dispone que el derecho a la libertad, como derecho humano, universal, es de carácter fundamental, no absoluto, relativo, pero esencial; dicha relevancia fáctica y normativa, conlleva a que la libertad, por regla general, no deba y pueda ser limitada y restringida sin la existencia antecedente de una orden judicial, emitida con apego al ordenamiento jurídico y a los medios de conocimiento suficientes, a partir de los cuales se haga la inferencia de responsabilidad frente a quien resulta afectado con la limitación.

De acuerdo a lo anterior, la regla constitucional estima que el régimen de restricción del derecho a la libertad es de aplicación extraordinaria y solo es procedente en aquellos eventos donde resulte necesaria, adecuada, proporcional y útil para el cumplimiento de los fines constitucionales advertidos. Sin embargo, una vez analizada la realidad carcelaria y penitenciaria del país, se logra establecer de forma clara y sin dubitación, que la excepción se ha hecho regla y que en Colombia el régimen de restricción de la libertad, no es de aplicación precaria o extraordinaria, sino que, por el contrario, es la máxima general; así, en materia carcelaria y penitenciaria, Colombia es la excepción hecha regla general.

ABSTRACT

"The security of society resides more in a man socially adapted than in the high prison walls"

¹ FALCON Y TELLA María José. La justicia como merito, Madrid 2014.

Oriented in the declaration of the rights of man and citizen, hand in hand with international treaties and conventions ratified by Colombia and related to the regime of restriction of freedom, the National Constitution (1991), provides that the right to freedom, as a human, universal right, it is fundamental, not absolute, relative, but essential; this factual and normative relevance leads to freedom, as a rule, should not and can be limited and restricted without the existence of a judicial order, issued in accordance with the legal system and sufficient means of knowledge, based on the which the inference of responsibility is made to who is affected by the limitation.

According to the above, the constitutional rule considers that the regime of restriction of the right to freedom is of extraordinary application and is only appropriate in those events where it is necessary, adequate, proportional and useful for the fulfillment of the constitutional purposes noted above. However, once analyzed the prison and penitentiary reality of the country, it is possible to establish clearly and without doubt, that the exception has become a rule and that in Colombia the regime of restriction of freedom is not precarious, extraordinary application, but on the contrary is the general maxim; thus, in prison and penitentiary matters, Colombia is the exception made as a general rule.

Palabras claves

- Derechos Humanos y fundamentales
- Derecho a la libertad
- Sistema penal colombiano
- Régimen de privación de la libertad
- Sistema penitenciario y carcelario
- Estado de cosas inconstitucional
- Privatización del derecho penal
- Derecho penal alternativo

INTRODUCCIÒN

La pregunta que debe plantearse es si el régimen de restricción del derecho a la libertad debe ser aplicado de forma extraordinaria y excepcional tal y como lo exige el bloque de constitucionalidad, o si como lo demuestra la realidad fáctica, ¿las medidas de aseguramiento y las penas privativas de la libertad deben ser la regla general?

El derecho a la libertad, como derecho humano, reconocido desde el derecho natural y positivo, está amparado bajo las previsiones y presupuestos del bloque de constitucionalidad, siendo reconocida como garantía esencial, de la que es titular todo ser humano por el hecho de serlo, otorgándole un alcance relativo, permitiendo su restricción de excepcional.

La privación de la libertad, se halla autorizada por el ordenamiento que conforma el bloque de constitucionalidad y la ley, de ahí que, en nuestro país, la detención preventiva, en su rango de medida cautelar, así como la pena de prisión, en su calidad de sanción principal en el régimen penal, sea considerada constitucional y legal; pese a ello, cuando se analiza el régimen de restricción de la libertad de frente al Sistema Penitenciario y Carcelario, queda en evidencia su aplicación desmedida como medida preventiva y sancionadora, conllevando a la violación del principio de dignidad humana desde el punto de vista fáctico, permitiendo concluir que, no obstante la constitucionalidad normativa y jurídica de las decisiones adoptadas, fácticamente éstas resultan inconstitucionales e inconvenientes para los derechos de los privados de la libertad.

La aplicación ilimitada de la privación de la libertad ha desencadenado una crisis penitenciaria y carcelaria que se ha hecho insuperable y se encuentra vigente desde la década de los noventa, conllevando a que la Corte Constitucional, declare y ratifique el estado de cosas inconstitucional del sistema penitenciario y carcelario, estableciendo que la situación real ha superado el espíritu de las normas en materia de privación de la libertad, situación que se suma a las carencias y las condiciones precarias de los centros

de detención, que impiden que los actores del sistema penal, cuenten con la garantía de sus derechos fundamentales, especialmente la afectación al Principio de la Dignidad Humana.

Así, para comprender el contexto planteado, es necesario efectuar un análisis del ordenamiento jurídico vigente, las condiciones fácticas de los centros de reclusión y finalmente, valorar aspectos de la perspectiva del riesgo sicosocial, condiciones de vida intramural e infraestructura, al que a diario se ven expuestos los actores del Sistema, incluso la precaria política criminal que nos arropa.

ANÁLISIS DE LA TEMÁTICA

Pese a ser evidente desde inicios de la década del noventa, fue en el año 1998, cuando quedó en evidencia la crisis del sistema penitenciario y carcelario en Colombia y con ello la aplicación irrestricta de la restricción de la libertad como medida de coerción social; dicho evento se originó en la decisión adoptada por la Corte Constitucional, a través de la cual declaró que al interior de los establecimientos penitenciarios y carcelarios, existía, un estado de cosas inconstitucional. Para esa época, la corte constitucional (1998), determinó:

Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc. Durante muchos años, la sociedad y el estado se han cruzado de brazos frente a esta situación, observando con indiferencia la tragedia diaria de las cárceles, a pesar de que ella representaba día a día la transgresión de la Constitución y de las leyes. (Sentencia T-153).

El componente fáctico de la decisión, la ratio decidendi que la compone y las órdenes de protección impartidas, dejaron a la vista la forma cómo la privación de la libertad en Colombia se aplica no como última instancia o ultima ratio, sino como medida principal, logrando establecer que las condiciones en las que se ejecutan las decisiones relacionadas con la privación de la libertad conllevan al riesgo inminente y la trasgresión

de las demás garantías fundamentales de los procesados, las cuales no pueden ser objeto de restricción.

Desde el año 1998 han transcurrido más de veinte años y pareciera que el tiempo no ha pasado, pues desde entonces la corporación judicial ha hecho pronunciamientos en la misma dirección, advirtiendo que el hacinamiento tiene origen en la inadecuada política criminal del estado, su diseño coyuntural y apresurado², incluyendo el llamado urgente a revisar de fondo la situación y dejando en la mesa la necesidad de tomar medidas de fondo; siendo lamentable, que a la fecha, pese a la evidencia existente desde los noventa, la excepcionalidad a la restricción del derecho a la libertad y el reconocimiento del derecho penal como la “última ratio”, sigan siendo desconocidas de facto, propiciando que cada vez nos hundamos más en la inconstitucionalidad, tornándose insuperable.

El presente escrito, pretende, desde la situación fáctica y jurídica expuesta, tomar una postura al respecto, así como, frente al estado de cosas inconstitucional imperante en los centros de reclusión.

De acuerdo a lo dicho, los temas a tratar se pueden sustraer en los siguientes títulos:

1. El derecho penal: la inconveniente generalización del ius puniendi como mecanismo de solución de conflictos.

De acuerdo a la definición formal, el derecho es el conjunto de normas que sirven como instrumento para garantizar la convivencia en sociedad y en caso de existir diferencias y conflictos, poder resolverlos. En cuanto al derecho penal, la definición formal de éste indica, que se trata de la rama del derecho que establece y regula el castigo de los crímenes o delitos a través de la imposición de penas. De ésta forma se puede señalar, que el derecho es la herramienta o la institución a través de la cual se busca garantizar la convivencia social, las relaciones interpersonales entre los hombres

² Corte Constitucional Colombiana sentencias T-388 de 2013, T-195 de 2015, T-765 de 2015, T-075 de 2016.

que integran una sociedad, proteger y garantizar la paz y la convivencia social, y garantizar la autoridad impuesta.

En cuanto al derecho penal, su fin es garantizar el respeto por los bienes jurídicos que el estado ha estimado necesarios y por lo tanto, objeto de protección frente a acciones u omisiones de los integrantes de la sociedad, precisando que, en caso de violación o desconocimiento de esos derechos o bienes jurídicos procederá la imposición de una sanción.

Así, buscando el amparo y la protección de los bienes jurídicos que el legislador ha dispuesto deben ser tutelados, el derecho acude a diferentes herramientas para retomar el orden y la paz social; una de esas herramientas está constituida por el derecho penal, a través del cual, el estado, representado por la rama legislativa, tipifica, esto es, escoge determinadas conductas, dándoles el alcance de ilegales e inadecuadas, disponiendo que una vez ejecutadas, conlleven a la punibilidad, quiere decir, a la sanción a través de penas económicas o personales, como son la multa, la privación de la Libertad y la reparación etc. Para ser un poco más exactos, es posible señalar, desde el punto de vista objetivo, que el derecho penal es el conjunto de normas a través de las cuales el estado ejerce su poder punitivo, conocido bajo el latín "ius puniendi". En palabras de Liszt, citado por Mariaca (2010) el derecho penal es "el conjunto de reglas jurídicas establecidas por el estado, que asocian al crimen como hecho, la pena como legítima consecuencia"(p.4)

En el libro lecciones de derecho penal, teoría jurídica del delito, Ivan Meini define el derecho penal o el ius puniendi del Estado señalando:

Este razonamiento se inspira en postulados ideológicos muy concretos. Por un lado, la concepción del derecho como razón al servicio de la convivencia libre y pacífica de las personas, por otro lado, que el derecho penal protege la libertad que las personas necesitamos para desarrollar nuestra personalidad en sociedad y lo hace restringiendo la libertad de actuación,

cuando su ejercicio menoscaba la legítima libertad de actuación de un tercero; a nadie y menos al estado le asiste la prerrogativa de limitar la libertad de actuación de un ciudadano por otra razón, quién lo hace actúa ilegítimamente. Meini (2014).

Como si se tratara de una sentencia, el problema jurídico que se debe resolver consiste en establecer si el derecho penal o el ejercicio del poder punitivo, es una herramienta necesaria para el cumplimiento de los fines del estado, o si, contrario a ello, existen otros mecanismos jurídicos, sociales, culturales, que cumplan ese objetivo específico.

En palabras de Meini (2014):

La intervención penal se legítima, si y sólo si, el comportamiento prohibido es una intromisión no autorizada en la esfera de libertad jurídicamente garantizada de un tercero, sin este requisito de legitimación, aún cuando el comportamiento en cuestión agite los más profundos sentimientos, morales o religiosos, el derecho penal no está autorizado a intervenir. (...) con el objetivo de establecer si el derecho penal es una herramienta efectiva eficiente y útil debemos preguntarnos cuánta coerción penal es razonable aplicar para proteger la libertad?.

Surgen entonces interrogantes, el primero, si el derecho penal es la única herramienta o el único instrumento jurídico, con el que cuenta el estado para el cumplimiento de sus fines esenciales, en el caso colombiano, aquellos establecidos en el artículo 2 de la Constitución Nacional, autorizando a las autoridades de la República 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 los particulares.

La segunda inquietud, lleva a plantear si existen alternativas diferentes o mecanismos alternativos para la solución de los conflictos sociales, que le permitan al Estado el cumplimiento de los fines esenciales, sin detrimento de las garantías

fundamentales de los ciudadanos o por lo menos, sin una restricción desproporcionada e innecesaria como suponen las penas privativas de la libertad, aún más en el contexto colombiano, donde los niveles de hacinamiento impiden que la pena cumpla algún fin humano y contrario a ello desnaturalice al hombre privado de la libertad, a través de la grave efectación y usurpación de su dignidad humana.

La respuesta no puede ser otra: la grave crisis del derecho penal como mecanismo de coerción social y resolución de los conflictos originados en la trasgresión de las normas dando lugar a la tipificación de un delito, deja en evidencia el incumplimiento de los fines del ejercicio del *ius puniendi*; los altos índices de hacinamiento que padece el sistema penitenciario y carcelario en Colombia, no son prueba de la delincuencia existente, la sobrepoblación carcelaria refleja la insuficiencia del derecho penal como mecanismos de prevención general y especial; ha quedado demostrado, que no obstante disponer el legislador la penalización de nuevas conductas, imponiendo como consecuencia altas sanciones personales y materiales, los ciudadanos continúan desconociendo la norma poniendo en riesgo y lesionando los bienes jurídicos objeto de protección.

2. Constitucionalidad de la detención preventiva y la privación de la libertad-restricción excepcional como regla.

El ejercicio del poder coercitivo y punitivo del Estado, constituye sin duda uno de los roles del estado con mayor injerencia en los derechos y garantías fundamentales de los asociados; es el sistema penal y la aplicación del proceso, la herramienta estatal de mayor impacto y resistencia, ello, ya que en su aplicación el poder político, a través de la política criminal, la rama legislativa, el órgano de persecución penal, los cuerpos de seguridad y los administradores de justicia, irrumpen con mayor fuerza y limitan con mayor impacto los derechos fundamentales de la población. De ahí entonces que Roxin, citado por Caro (s.f) “el derecho penal es el sismógrafo de la constitución de un estado”(p.1)., entendiendo que la mejor estrategia para establecer si se está luchando en un estado autoritario o liberal sea determinar la manera como hace efectivos los fines del estado y

los mecanismos al alcance para concretar los derechos y garantías individuales, así como para exigir el cumplimiento de los deberes y obligaciones, con la consecuente medida ante su desconocimiento. En esa dirección, la legitimidad de la persecución penal y sus consecuencias, radica en la coherencia entre los derechos y garantías esenciales del hombre y del ciudadano y los mecanismos de sanción social y estatal.

Sin embargo los límites naturales y positivos, humanos y constitucionales, que encuentran el derecho penal sustancial y procesal penal, los instrumentos claves que se han dispuesto para el cumplimiento de sus fines preventivos y coercitivos, no son otras que las medidas de aseguramiento y las penas, unas y otras, en su mayor extensión, privativas del derecho a la libertad. Se ha indicado que la detención preventiva como medida de aseguramiento privativa de la libertad, constituye una medida cautelar, excepcional, extraordinaria, cuyo fin es asegurar la realización de los fines del proceso penal, a través de la restricción del derecho a la libertad del procesado hasta tanto se obtiene el resultado final –sentencia- del proceso que se le promueve. La detención preventiva, es una cautela personal, que debe ajustarse a los principios de razonabilidad de la instrumentalidad, provisionalidad, excepcionalidad, jurisdiccionalidad, legalidad y proporcionalidad; esto, ya que la restricción de la libertad en el sistema penal deben ser necesaria, sólo, para obtener un objetivo relevante desde la perspectiva constitucional, fin que debe compensar los sacrificios que el privado de la libertad y su núcleo familiar y social, ha de padecer en sus derechos y garantías.

La siguiente constituye una definición de la detención cautelar, denominada también detención preventiva o prisión provisional, construida por Zavaleta, citado por Morillas (2016):

Es una medida precautoriamente de índole personal que crea al individuo sobre quien recae, un estado más o menos permanente de privación de su libertad física soportada en un establecimiento público destinado al efecto y que es decretada por el juez competente en el curso de una causa, contra el sindicado como participe en la comisión de un delito reprimido en pena privativa de la libertad, con el único objeto de asegurar su presencia durante el juicio y garantizar la eventual ejecución de la pena. (p.10).

Es decir, la detención cautelar constituye una de las más graves afectaciones al derecho a la libertad personal, al ser impuesta, sin mediar una decisión de fondo que defina la responsabilidad del asegurado preventivamente y ser viable sólo ante la inferencia razonable de responsabilidad que plantee el ente acusador, aún sin contradicción de fondo en juicio. En este sentido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (s.f), define la la detención preventiva como

una medida coercitiva de carácter personal, provisional y excepcional, que adopta el poder jurisdiccional en contra de un sujeto amparado por el principio de inocencia y que conlleva a la privación de su libertad de locomoción, con el propósito de asegurar los fines constitucionales del proceso penal.

Tratando de ser coherente con el bloque de constitucionalidad, en nuestro país la Constitución Nacional instituye la denominada “*Cláusula general de libertad*”, contenida en el artículo 28, norma de normas que constitucionaliza el derecho a la libertad a nivel interno, otorgándole el estado de derecho fundamental, “relativo”, fijando el ámbito de protección y amparo, así como, los criterios jurídicos para su restricción.

El contenido y alcance del artículo 28 Constitucional ha sido explicado ampliamente por la Corte Constitucional Colombiana (2006); una de las decisiones centro de su línea jurisprudencial, la sentencia C- 456 contiene, precisiones al respecto.

Dicho precedente jurisprudencial no sólo contiene la naturaleza y alcance del derecho humano a la libertad, a través de tópicos puntuales que lo definen y representan, como derecho fundamental, relativa, ya que como se ha indicado puede ser restringida en pro del interés general de la sociedad. La Corte Constitucional ha viabilizado la restricción de la libertad personal, pese a su condición de derecho fundamental, esto con fundamento en los fines constitucionales de las medidas y sanciones privativas de la libertad, que se precisan en la protección de la sociedad y el cumplimiento cabal de los fines del estado. De cualquier forma y aunque medie esa constitucionalidad declarada respecto a la detención preventiva y la pena de prisión, la corporación constitucional ha

resaltado la relatividad no sólo de la garantía, sino de la posibilidad de restricción, ya que para la aplicación del régimen de restricción de la libertad, deben atenderse principios y presupuestos de rango constitucional y legal, tales como, el principio de reserva judicial, el de legalidad, proporcionalidad, excepcionalidad, razonabilidad.

Todo lo dicho se resume en la figura desarrollada por la Corte constitucional en la sentencia C-634 de 2000, conocida como el principio de “razón suficiente”.

Queda en evidencia un problema cardinal, asociado con la tensión existente entre el deber del estado y sus autoridades de perseguir el delito y aquel dirigido a garantizar los derechos fundamentales, entre ellos, el derecho a la libertad individual y personal. El problema que surge de esa tensión y contradicción de derechos y garantías, no debe resolverse sólo a través del análisis jurídico y constitucional del régimen de restricción de la libertad, sino que debe confrontarse con la forma en que se instrumentalizan y ejecutan las decisiones que involucran el derecho a la libertad, ya que el sustraer del problema lo fáctico conlleva a que el análisis sea sólo formal y normativo y por eso, incompleto, quedándose corto en su alcance.

No es precipitado concluir, que el problema en Colombia y en gran parte de los países de Latinoamérica, no es la constitucionalidad formal y legal de la limitación del derecho a la libertad, sino la falta de coherencia de esa correspondencia constitucional formal con la inconstitucionalidad fáctica que se vive, representada en las pobres y caóticas condiciones en las que se deben ejecutar y cumplir el régimen de restricción, llenando en contravía del principio de dignidad humana, el cual, pese a la restricción de la libertad, no puede ser menoscabado, permaneciendo incólume, aún, a sabiendas de la responsabilidad penal del procesado.

3. Estado de cosas inconstitucional en los centros de reclusión, situación fáctica que deslegitima la pena y sus fines.

La Corte Constitucional Colombiana, ha instituido mecanismos de seguimiento a la realidad del estado Colombiano la que ha denominado “El estado de cosas

inconstitucional”, convirtiéndose esta figura, en una herramienta de origen jurisprudencial, a través de la cual se han dejado en evidencia, situaciones de caos y vulneración recurrente de derechos fundamentales en poblaciones, instituciones o situaciones fácticas objeto de análisis, permitiendo la búsqueda y adopción de medidas que procuren el restablecimiento de las condiciones normales y la reparación de las garantías lesionadas, procurando que la violación sistemática de derecho continúe.

En aplicación de dicho instrumento, la Corte Constitucional declaró el estado de cosas inconstitucional en el sistema carcelario en Colombia, decisión consignada por primera vez a través de la sentencia T-153 de 1998, objeto de seguimiento posterior, dando lugar a nuevos pronunciamientos, en los cuales se reitera la situación compleja detectada desde 1998.

Desde el año 1998 quedó en evidencia el caos que permea al sistema carcelario y penitenciario en Colombia, contrariando gravemente las garantías constitucionales de la comunidad que lo integra, de forma especial, el derecho a la dignidad humana, irrenunciable e inquebrantable, aún en vigencia del poder coercitivo estatal; como se ha dicho, el sistema carcelario constituye el medio a través del cual el estado ejecuta las medidas cautelares de carácter personal y las sanciones privativas de la libertad dictadas al interior del proceso penal; la situación planteada nos conduce a colegir obligatoriamente que la privación de la libertad desde el punto de vista fáctico, es injusta, pese a la constitucionalidad que se predica de las normas que regulan las figuras jurídicas que las originan. Es lúcida la contradicción entre la constitucionalidad formal y la constitucionalidad fáctica, a partir de la cual se encuentra que pese a la prohibición de penas inhumanas y degradantes, en lo fáctico, estas son aplicadas.

El estado constitucional de los centros carcelarios y penitenciaros, no solo plantea el caos que impera en la institución carcelaria, la problemática expuesta permite ver las deficiencias estructurales y de base que afectan nuestra política criminal, la que evidentemente, por lo menos desde lo fáctico, resquebraja los principios en que se funda el estado social de derecho. Las condiciones de marginalidad y precariedad en las que viven las personas privadas de la libertad, no permiten el cumplimiento de los fines de

las medidas de aseguramiento, mucho menos, la concreción de los fines de la pena privativa de la libertad, uno de ellos, la pretendida “resocialización”. No puede perderse de vista que en sentencia T-388 del año 2013, el Tribunal Constitucional concluyó que “la crisis carcelaria no tiene origen en la deficiencia presupuestal y la pobre infraestructura, sino que nace de la política criminal deficiente, reactiva, subordinada a las necesidades de seguridad de la sociedad, volátil, incoherente, populista”. Hurtado (2017).

En Colombia la tendencia ha sido la solución coyuntural a los problemas sociales, políticos, económicos, en fin, la problemática estatal; dicha solución coyuntural, falsa por demás, consiste en acudir por regla general a la “última ratio”, esto es, el derecho penal y el ejercicio del poder coercitivo; por ello, todos los conflictos buscan arreglo en la cárcel, reclamando la población constantemente penas fuertes, ilimitadas en el tiempo y con gran impacto en la vida de los procesados, como la pena de muerte o la cadena perpetua. Es así como, Hurtado (2017):

la política criminal del estado ha sido instrumentalizada como medio para solucionar el desbarajuste político, familiar, social que se vive a diario en nuestro país, dejando las causas del conflicto de lado, sin ser contrarrestadas firme y adecuadamente. Esta postura poco reflexiva y coyuntural ha impedido que la problemática pueda ser resuelta de fondo, conllevando que la inconstitucionalidad perdure en el tiempo, pese a que se avance en algunos temas, como, por ejemplo, la ampliación de cupos.

La pregunta que surge no puede ser otra que: cómo revertir la fórmula y la realidad actual, esto es, cómo poner en concordancia lo fáctico y lo jurídico – constitucional? para ser más claros, cómo regresar al orden natural, en el cual la regla general o la excepción se aplican en el límite permitido?, para ser más correctos, qué mecanismo existe, cuál es el instrumento idóneo que permite revertir la situación , donde la excepción se convirtió en la regla general, y lograr que la privación de la libertad como medida preventiva y como instrumento sancionatorio, sea la última instancia a la cual se acuda ?

Son varias las propuestas que se han planteado al respecto, para ello se han efectuado diversos análisis sobre la naturaleza de la justicia y el castigo, llevando a verificar si la justicia debe entenderse como retribución, como corrección, como instrumento nivelador o como restauración y restitución. Bajo esa perspectiva, se debe saber si es necesario sancionar al delincuente, de qué forma debe sancionarse y si definitivamente la restricción del derecho a la libertad es la única opción y alternativa jurídica para dar solución a los conflictos jurídicos y sociales que se presentan en la sociedad.

Diferentes autores y juristas se han referido al tópico, sin embargo, recientemente se ha conocido a Falcón y Tella (2014) quien en su obra “La justicia como mérito”, hace una descripción de los diferentes conceptos de justicia, las principales doctrinas teóricas al respecto y en uno de sus capítulos habla sobre la justicia y el castigo, haciendo un análisis de como se aplica la justicia, como concepto equivalente al derecho penal, al castigo y a la sanción penal. Se pregunta por ejemplo Falcón y Tella (2014), entre otras cosas lo siguiente: “una de las características del castigo de la sanción penal es que hace efectiva la idea de justicia quebrantada por el delito pero a qué tipo de justicia nos estamos refiriendo?”. A partir de esa pregunta hace un análisis de la justicia y la retribución, planteando la diferencia entre la última con la justicia correctiva y niveladora, preguntándose cómo lo hemos venido haciendo en este documento, el por qué sancionar al delincuente? para llegar finalmente a una de las alternativas y soluciones que se han planteado para evitar la aplicación del régimen de restricción a la libertad como regla general y no excepcional como está contemplada en los tratados internacionales y en las normas internas. Falcon y Tella (2014), haciendo eco de diferentes posiciones y posturas asumidas a lo largo de la historia del derecho y de la criminología, señala como la privatización de la acusación y del derecho penal, también llamada como privatización o consensualización, puede ser la alternativa para los conflictos de naturaleza social con impacto penal, explicando cómo el derecho civil ha venido influenciando en las últimas décadas al derecho penal, a través de la figura de la reparación integral, lo que implica la disposición de la acción penal por parte de los particulares y con ello entonces, la búsqueda de lo que ella denomina un sistema conciliador, que permita salidas

alternativas a las soluciones del conflicto, restringiendo así la aplicación de las penas privativas de la libertad y como tal, las sanciones penales, que en sí llevan a la restricción de derechos.

Cómo se dijo, en primer lugar, Falcon y Tella (2014) hace un pronunciamiento sobre la justicia correctiva y niveladora, sustentando esta tesis en las expresiones o posturas de Aristóteles, quien hablaba sobre justicia correctiva, concibiendo el delito, según Falcón (2014), “como un acto injusto que perturba el equilibrio social”, equilibrio que debe existir entre los ciudadanos; de ahí entonces, que según lo indica la doctrina, para Aristóteles la sanción pretendía corregir la injusticia. Falcon y Tella (2014), explica como la justicia correctiva y niveladora busca dejar las cosas en la misma situación que estaban antes de que el equilibrio fuese roto por el delincuente a través de la infracción de la acción penal, buscando la sanción y/o la aplicación de la pena, cumplir una función de balanza o una función niveladora para restablecer Falcon y Tella llama el “equilibrio roto”.

Así pues, si se lograra que la política criminal del estado fuera asertiva, no habría lugar a nuevos pronunciamientos por medio de los cuales se reitere de forma continua y permanente la existencia de la violación sistemática de los derechos de la comunidad penitenciaria. En ese sentido, se encuentra que la Corte Constitucional con posterioridad a las sentencias T-153 de 1998 y T-388 de 2013 ha efectuado nuevos pronunciamientos en igual sentido, reiterando su posición inicial, debiendo ampliar las órdenes de amparo y pronunciándose categóricamente para no ser ignorada de nuevo. En sentencia T-962 de 2015, la Corte de nuevo insistió en el estado de cosas inconstitucional del sistema penitenciario y carcelario haciendo hincapié ahora en las fallas estructurales, de forma especial la pobre política criminal que nos orienta.

El análisis a fondo de la política criminal en Colombia permitió concluir que la misma carece de coherencia y va en contravía de los principios de excepcionalidad y necesidad de las medidas restrictivas de la libertad, al estar configurada de forma reactiva, sin fundamentos empíricos sólidos, quedando a la luz que se acude a la última ratio como herramienta para responder con celeridad a los problemas sociales, muchas

veces ante la mediación y la presión de la opinión pública. Hemos incurrido así en el populismo punitivo y sancionatorio, al considerar que la solución al conflicto solo se halla en la cárcel como instrumento más que de resocialización y de prevención, como medio vindicativo.

CONCLUSIONES

El estado de cosas inconstitucional del sistema penitenciario y carcelario en Colombia, deja en evidencia la crisis del sistema penal en su integridad, el fracaso de la política criminal del estado, la aplicación excesiva e irrestricta del régimen de privación de la libertad y la necesidad de adoptar medidas encaminadas a dignificar el sistema y humanizar el poder punitivo estatal.

El índice de hacinamiento documentado recientemente en una cifra superior al 46%³ lleva implícita la inconstitucionalidad del sistema penitenciario y carcelario, respecto a toda la comunidad penitenciaria y carcelaria; inconstitucionalidad que no impacta sólo el sistema penitenciario como forma de ejecución de las medidas restrictivas de la libertad, sino que permea la correspondencia constitucional de dichas herramientas cautelares y sancionatorias, en la medida en que, no es lógico sostener la constitucionalidad del instrumento o la herramienta, cuando la forma en que se cumple no lo es.

La política criminal es visceral, coyuntural, improvisada, reactiva, deficiente en sus fundamentos; por ello, ha impulsado la aplicación excesiva de las medidas de aseguramiento y las penas de prisión, como instrumentos de solución de conflictos, dejando de lado la naturaleza del derecho penal y del derecho procesal penal como última ratio, aplicable de forma excepcional y necesaria, colocándolos en el primer lugar, como medios para responder a los problemas sociales; aplicación excesiva que no consulta la forma en que han de surtirse esas medidas y los efectos, consecuencias e impacto que tienen en los derechos fundamentales no solo del procesado, sino de una comunidad que los rodea y acompaña.

No existe coherencia normativa y fáctica en el régimen de restricción del derecho a la libertad, la política criminal es una unión de acciones en contra de la criminalidad, de ahí el uso excesivo, no excepcional de las medidas de aseguramiento.

³ <http://www.eltiempo.com/justicia/servicios/alerta-las-carceles-de-colombia-estan-a-reventar-88538>

Han transcurrido veinte años desde el primer análisis efectuado por la Corte respecto al sistema carcelario, pese a ello, la vigencia del caos continúa afianzándose, así mismo las medidas restrictivas de la libertad, aún su inconstitucionalidad fáctica y a la falta de eficacia para cumplir los fines generales y específicos del sistema penal y los fines del estado social de derecho.

El control abstracto efectuado por la Corte frente a la regulación constitucional y legal de las medidas de aseguramiento y las penas de prisión, no ha tenido en cuenta que la situación de facto en la que se cumplen no corresponde a la dogmática internacional y local relacionada con los derechos fundamentales y la imposibilidad de restricción de algunas garantías esenciales, a pesar del sometimiento al sistema criminal. El control abstracto no es coherente con el control específico efectuado por vía de revisión.

Los principios de razonabilidad, excepcionalidad, urgencia y necesidad sólo están instituidos formalmente, en la praxis judicial, la regla general es la imposición desmesurada y excesiva de medidas de aseguramiento privativas de la libertad y la pena de prisión, es decir, la aplicación por los administradores de justicia, es inconstitucional, en la medida que desconoce los criterios de ponderación y no atiende el contexto en el que han de cumplirse sus decisiones.

No existe conciencia social frente a la naturaleza residual del derecho penal, por ello, la opinión pública reclama que esa sea la solución a los problemas de seguridad, convivencia que se generan en las políticas públicas deficientes.

Las normas que integran el bloque de constitucionalidad ordenan que la privación de la libertad se aplique de forma excepcional, razonable y proporcional, y que se haga respetando los derechos y garantías que no son objeto de restricción, como por ejemplo la dignidad humana, la integridad. No obstante ello, en la realidad jurídica y social de Colombia, la limitación al derecho a la libertad se cumple de forma cotidiana, excesiva, desmesurada; debiendo ejecutarse esas órdenes judiciales en centros de reclusión que contrarían fácticamente ese fundamento constitucional, sin que se entienda por qué esa

inconstitucionalidad fáctica no es considerada por los administradores de justicia y con ello, ponderan la aplicación de la restricción de la libertad.

Si los mecanismos y herramientas para garantizar el cumplimiento de las medidas privativas de la libertad no atienden los presupuestos mínimos de constitucionalidad y desbordan de forma negativa la dignidad humana, la consecuencia lógica debía ser que las decisiones judiciales respecto a la aplicación de esas cautelas y sanciones se permeen de esa inconstitucionalidad; lo que conllevaría a que no obstante cumplirse los requisitos y presupuestos para su viabilidad, el juez o la autoridad competente debería inaplicarla por la falta de correspondencia constitucional en su ejecución y en la realización práctica. Es decir, el Juez en ejercicio de su función debería disponer que si bien la medida es viable jurídicamente, al no serlo de facto, por implicar su ejecución en condiciones precarias la violación de la dignidad humana, no es posible decretarla.

Referencias Bibliográficas

República de Colombia. (2005). Acto legislativo 01. Recuperado de:
[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto legislativo 01 2005.h
tml](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_01_2005.html)

República de Colombia. (2002). Acto legislativo 03. Recuperado de:
[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto legislativo 03 2002.h
tml](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_03_2002.html)

República de Colombia. (2011). Acto legislativo 06. Recuperado de:
[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto legislativo 06 2011.h
tml](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_06_2011.html)

República de Colombia. (1993). Ley 65. Recuperado de:
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0065_1993.html

República de Colombia. (2000). Ley 599. Recuperado de:
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html

República de Colombia. (2000). Ley 600. Recuperado de:
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0600_2000.html

República de Colombia. (2004). Ley 906. Recuperado de:
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html

República de Colombia. (2017). Ley 1826. Recuperado de:
[http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201826%20DEL%2012%
20DE%20ENERO%20DE%202017.pdf](http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201826%20DEL%2012%20DE%20ENERO%20DE%202017.pdf)

República de Colombia. (1995). Corte Constitucional. Sentencia C-578. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-578-95.htm>.

República de Colombia. (2006). Corte Constitucional. Sentencia C-456. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-456-06.htm> de 2006

República de Colombia. (2001). Corte Constitucional. Sentencia C-774. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-774-01.htm>

República de Colombia. (2013). Corte Constitucional. Sentencia C-853. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-853-13.htm>

República de Colombia. (2015). Corte Constitucional. Sentencia C-651. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-651-15.htm>

República de Colombia. (1998). Corte constitucional. Sentencia T-153. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>

República de Colombia. (1997). Corte constitucional. Sentencia C-327. Recuperado de:
[http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/RECURSOS/CASACION/SUSTENTACION%20DESCRITA%20Y%20EN%20AUDIENCIA/31367\(21-05-09\).doc](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/RECURSOS/CASACION/SUSTENTACION%20DESCRITA%20Y%20EN%20AUDIENCIA/31367(21-05-09).doc)

República de Colombia. (2004). Corte constitucional. Sentencia C-327. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>

República de Colombia. (2013). Corte constitucional. Sentencia T-388. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/?bGQ>

República de Colombia. (2015). Corte constitucional. Sentencia T-195. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-195-15.htm>

República de Colombia. (2015). Corte constitucional. Sentencia T-762. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>

República de Colombia. (2016). Corte constitucional. Sentencia T-075. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-075-16.htm>

República de Colombia. (2016). Corte constitucional. Sentencia T-276. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2016/T-276-16.htm>

República de Colombia. (1992). Corte constitucional. Sentencia T-406. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm>

- República de Colombia. (2013). Corte constitucional. Sentencia T-861. Recuperado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-861-13.htm>
- Palacio, L. (2015). La detención preventiva y los derechos fundamentales. Recuperado de: <http://unimilitar-dspace.metabiblioteca.org/bitstream/10654/6667/1/CalderonTrujilloLinaJulieth2015.pdf>
- República de Colombia. (1991). Constitución Política. Recuperado de:
<http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>
- Arias, C., Valencia, C. (2017). El procedimiento penal penal abreviado y el acusador privado. Universidad de Santander.
- Palacio, L. (2016). Límites temporales a las medidas de aseguramiento en el proceso penal.
- Facon, J., Tella. (2014). La justicia como mérito. Recuperado de:
<https://revistas.um.es/daimon/article/view/209701/183931>
- Mariaca, M. (2010). Introducción Al Derecho Penal. Universidad San Francisco Xavier. Serie cartillas penales. Recuperado de: <http://ermoquisbert.tripod.com/pdfs/dp01-intro.pdf>
- Meini, I. (2014). *Lecciones de derecho penal parte general: teoría jurídica del delito*. PUCP. Fondo Editorial. Perú.
- Caro, D. (s.f). las garantías constitucionales del proceso penal. Recuperado de:
<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08047-30.pdf>
- Morillas, L. (2016). Reflexiones sobre la prisión preventiva. Revista Anales del Derecho. Universidad de Murcia. Recuperado de:
<http://revistas.um.es/analesderecho/article/view/252111/193081>
- Hurtado, C. (2017). La inconstitucionalidad fáctica de la privación de la libertad.

Diario el Tiempo. Preocupa la situación carcelaria de Colombia. Mayo 16, 2017.
Recuperado de. <http://www.eltiempo.com/justicia/servicios/alerta-las-carceles-de-colombia-estan-a-reventar-88538>

http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/sala_se_01.pdf

<http://www.oas.org/es/cidh/>