

FINES DE LA PENA Y DERECHO A LA REINSERCIÓN SOCIAL EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL.

María Fernanda Posada Puerta

**PROYECTO DE TESIS PARA OPTAR AL TÍTULO DE MASTER EN DERECHO
PENAL.**

Asesor:

JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA

Profesor Universidad Eafit.



**ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN**

2016

FINES DE LA PENA Y DERECHO A LA REINSERCIÓN SOCIAL EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL.

“No podemos resignarnos a implorar que las autoridades cumplan con su deber de proteger las libertades públicas, como si fueran graciosos dispensadores de ella. La tarea de velar por su vigencia es imperativo de sus titulares y su reivindicación, dónde y cuándo quiera que haya sido conculcada, deber inaplazable de los hombres libres.

Quien defiende la libertad del otro, defiende la propia; quien defiende la propia libertad, defiende la libertad.

”¹

1. INTRODUCCIÓN. En la búsqueda del “viejo y buen derecho penal liberal”.²

No es un secreto que en las últimas décadas “*corren malos tiempos para las libertades individuales y el estado de derecho*”³. El cauce del progreso que debería caracterizar a la humanidad, se ha visto frustrado en lo que respecta a las estructuras del castigo⁴ y la política criminal ha ido encaminándose hacia una expansión tanto cuantitativa como cualitativa que, con fundamento en bienes jurídicos intangibles -como la seguridad y el medio ambiente- ha generado la creación de nuevos tipos penales y un desmesurado aumento de las penas. Las

¹ MESA MORALES, Fernando. “Límites del legislador penal”. Revista: *Estudios de Derecho*, Vol. XLIX. No 117-118, Medellín, 1991. Pág. 206.

² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Hacia un realismo jurídico-penal marginal”. Caracas. Monte Ávila Editores Latinoamericana, 1993. Pág. 12

³ SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. “¿El derecho penal garantista en retirada?”, en *Revista penal*, N° 21, Madrid, WoltersKluwer España S.A., 2008. Pág. 148

⁴ GARLAND, David. “La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea” Barcelona, Editorial Gedisa. 2005. Pág. 32-61. Como lo señala Garland, los logros alcanzados en materia punitiva durante el Estado Liberal, han comenzado a revertirse, generando la reaparición de medidas punitivas propias de épocas arcaicas.

garantías liberales del derecho penal cada vez se encuentran más “en retirada”⁵ y la pena pareciera no tener otra función que la de calmar la sed de venganza de las masas.

Tendencias mayoritarias hacia prácticas retributivas e incapacitantes, estrategias para la prevención situacional del delito a partir de tácticas invasivas como las manillas electrónicas y las cámaras de vigilancia en las calles, el retorno a la víctima como eje central del proceso y, en general, la comprensión del castigo como *prima ratio* necesaria para mantener el *statu quo* de las sociedades, son un llamado a repensar y reevaluar constantemente las categorías dogmáticas de la pena –y en general del castigo- con el fin de que sus discusiones filosóficas puedan trascender a realidades concretas que permitan la protección y garantía de los derechos de los más vulnerables ante el sistema.

Este trabajo tiene como objeto volver a la reflexión acerca de los fines tradicionales de la pena, entre ellos la reinserción social como el fin por excelencia del derecho penal liberal, cuya positivización dentro del ordenamiento jurídico colombiano se encuentra en el artículo 4 del código penal colombiano, que indica 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*”, con la intención de verificar si el abandono del ideal rehabilitador supone un incumplimiento de los fines constitucionales o más bien se trata de un aspecto que forma parte de la libertad de configuración del legislador.

Lejos de ser esta una discusión exclusivamente doctrinal, el análisis sobre el concepto de la reinserción social tiene importantes consecuencias prácticas, entre las que se encuentra, por ejemplo, la posibilidad de ser invocado como derecho fundamental por parte de quienes son objeto del derecho penal, al encontrarse dotada de un refuerzo constitucional que permita justificar su prevalencia frente a otras normas legales.

⁵ SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto “¿El derecho penal garantista en retirada?”. Cit.

Para el desarrollo metodológico del presente texto, se describirá de manera breve el punitivismo actual al que asistimos en nuestro país; posteriormente, será analizado el problema de los fines de la pena en el ordenamiento jurídico colombiano desde la perspectiva de la legitimación interna, esto es, la verificación a partir de la constitución política y de la jurisprudencia constitucional de un fin de la pena que ilumine el mandato legislativo en lo que se refiere a la tradicional pregunta acerca del por qué castigar. Esta reflexión resulta necesaria, en tanto se hace menester establecer si las decisiones de política criminal adoptadas por los operadores jurídicos, especialmente aquellas que menguan u obstaculizan la posibilidad de reinserción de los condenados, responden a unos fines de la pena establecidos en los preceptos constitucionales, o si por el contrario, las decisiones en torno al *por qué* castigar son de libre configuración del legislador.

A este análisis, se sumará después el bloque de constitucionalidad y los principios constitucionales, para evidenciar cómo se han constituido estos en verdaderos *límites* al poder punitivo. Finalmente, se volverá al concepto de reinserción social en la búsqueda por precisar su alcance dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

2. PUNITIVISMO ACTUAL.

Colombia no ha sido la excepción a la respuesta punitivista como mecanismo de control social. Como lo menciona Sotomayor⁶ la profunda crisis del sistema de justicia penal de nuestro país, reflejada principalmente en su incapacidad institucional para responder al delito, ha provocado una infinidad de reformas legislativas en la búsqueda por lograr, no sólo la transformación de la violenta realidad de nuestro país, sino también una legitimación del poder estatal. Así, al realizar un recorrido por las recientes reformas penales, es dable concluir que la

⁶ SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Las recientes reformas penales en Colombia. Un ejemplo de irracionalidad legislativa. En: Nuevo Foro Penal No. 71 (Enero- Junio de 2007). Medellín. Págs. 13-66.

política criminal colombiana ha ido cediendo rápidamente en las garantías liberales y en la pretensión del modelo penal acusatorio como un proceso más humano; y fácilmente, ha accedido a las pretensiones de un derecho penal autoritario, caracterizado por constantes reformas que crean tipos penales abiertos y de peligro abstracto, aumentan el escenario de la intervención penal, incrementan las penas, limitan el acceso a subrogados y beneficios penales y flexibilizan la aplicación de la detención preventiva. El sistema penal Colombiano, en vez de ser un instrumento que limita el poder punitivo, se ha convertido en una carta de guerra contra la delincuencia, una buena fuente de votos y un instrumento para la consolidación de un Estado pro-seguridad.

Entre las recientes reformas penales que evidencian la instrumentalización de la pena como intento de respuesta a los niveles de criminalidad e impunidad, se presenta la bien conocida ley 890 de 2004 que dispuso el aumento de todas las penas en la tercera parte del mínimo y la mitad del máximo de *todos* los delitos contenidos en la parte especial del código penal⁷, como herramienta para procurar la “eficiencia” del sistema acusatorio. Si el solo hecho de que una norma decida incrementar el *quantum* de todos los delitos resulta de por sí impensable en cualquier ordenamiento jurídico, la exposición de motivos de la ley⁸, presentada por el Congreso de la República, denota a todas luces la concepción eficientista del derecho penal que tiene el legislador, mediante la cual se han pretendido valer de los elementos sustantivos del derecho penal, como estrategia para incidir en la eficiencia del proceso.

⁷ Art. 14 de la Ley 890 de 2004:” Las penas previstas en los tipos penales contenidos en la Parte Especial del Código Penal se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo. En todo caso, la aplicación de esta regla general de incremento deberá respetar el tope máximo de la pena privativa de la libertad para los tipos penales de acuerdo con lo establecido en el artículo 2o. de la presente ley. Los artículos 230A, 442, 444, 444A, 453, 454A, 454B y 454C del Código Penal tendrán la pena indicada en esta ley”.

⁸ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Gaceta No. 345 de 2003. Proyecto de Ley estatutaria Número 01 de 2003 Senado. Bogotá, pág. 24. En dicha ocasión el cuerpo legislativo indicó: “Atendiendo los fundamentos del sistema acusatorio, que prevé los mecanismos de negociación y preacuerdos, en claro beneficio para la administración de justicia y los acusados, se modificaron las penas y se dejó como límite la duración máxima de sesenta años de prisión, excepcionalmente, para los casos de concurso y, en general, de cincuenta años.”

Por su parte, la ley 1453 de 2011 es otro ejemplo del aumento desmesurado de las penas, creación de tipos penales y circunstancias de agravación punitivas, como respuesta político-criminal a la delincuencia. La también llamada “ley de seguridad ciudadana”, se convierte en un nuevo bastión de la lucha contra la criminalidad, basándose en ideas de dureza penal para erradicar la impunidad, marcando un hito en la reducción de las garantías procesales penales, tales como la mayor privación de la libertad en sede de detención preventiva, en aras de la eficiencia del sistema penal en la lucha contra el terrorismo y en la búsqueda de la seguridad ciudadana. Asimismo, en el derecho penal sustancial se aumentan penas y supuestos de hechos en delitos como la obstrucción de vías, porte ilegal de armas y porte de estupefacientes. Bajo una escueta redacción se permitió la ampliación de los tipos penales, incluso de peligro abstracto, aumentando así la clientela del derecho penal.

De acuerdo a la exposición de motivos del proyecto de ley 164 de 2010 Senado, contenida en la Gaceta 737 de 2010, la génesis de la Ley 1453 de 2011 tiene como finalidad la incorporación de:

“(...) medidas orientadas a la protección de las garantías ciudadanas con base en el marco legal existente, buscándose cumplir con cuatro objetivos: eliminar la impunidad; luchar contra la criminalidad organizada y el terrorismo; aumentar la efectividad del procedimiento penal, la extinción del dominio y la responsabilidad juvenil; y vincular a la comunidad en la prevención del delito, sin poner en peligro la integridad de sus miembros, ni afectar sus derechos fundamentales.”

(...)El sistema acusatorio ha significado sin lugar a dudas un avance en las garantías de los ciudadanos que debe conservarse, sin embargo, la Ley 906 de 2004 tiene falencias y defectos importantes que están generando graves situaciones de impunidad en Colombia. Para solucionar esta situación no se requiere de cambios estructurales, sino de la realización de modificaciones

*puntuales relacionadas con la remoción de obstáculos injustificados que generan impunidad y caos en la administración de justicia. (cursiva y subrayado propio)*⁹.

Como se puede observar, la exposición de motivos declara una finalidad de la nueva legislación penal; un derecho penal que responde al efficientísimo y que considera las garantías penales como obstáculos para el “adecuado” funcionamiento de la administración de justicia. La ampliación de los supuestos punitivos y el aumento de las causales de flagrancia, desdibujan el derecho penal como límite al poder del Estado, para convertirlo en un instrumento más de éste, consolidando un derecho penal autoritario completamente contrario a la Carta Política del 91 y a un Estado Social y Democrático de Derecho.

En lo que se refiere a la regulación de los subrogados y beneficios penales, instituciones *per se* orientadas a la humanización de la pena y la resocialización del sujeto¹⁰, tampoco resulta constitucionalmente válida la permanente adición de tipos penales que quedan por fuera de su cobertura¹¹. Como lo menciona Vélez Osorio:

“(…)Allanado el camino, tras un ambiente en el que era preciso encarcelar a todo aquel que pudiera representar un peligro para la comunidad, la prohibición de beneficios y subrogados para los reincidentes, de suyo satanizados por quienes insistían en hacerlos responsables de todas las tragedias humanas, representaba la punta del iceberg en la política de garantizar que todo delincuente debía estar privado de su libertad. Ya no era importante explorar

⁹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Gaceta No. 737 Proyecto de Ley 640 de 2010 del Senado. Bogotá. Pág. 15

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-679 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Afirma: “Ahora bien: es pertinente anotar que la institución de los subrogados penales, obedece a una política criminal orientada a la mitigación y la humanización de la sanción punitiva. En efecto, en el marco del Estado social de derecho la pena, como instrumento adecuado para servir a los fines de prevención, retribución y resocialización, debe ser necesaria, útil y proporcionada; esto significa que si los mismos fines pueden lograrse por otros medios sancionatorios, debe preferirse el menos severo (pues el más restrictivo dejaría de ser necesario y útil) en aras de garantizar la dignidad del condenado.

¹¹ Al respecto ver Ley 1098 de 2006, art. 199; Ley 1474 de 2011, art. 13; Ley 1142 de 2007 que adicionó el art. 68 A al CP, ley 1453 de 2011, art. 28 y ley 1709 de 2014, art. 32.

los argumentos que motivaron históricamente la consagración de los subrogados penales, tendientes a minimizar los efectos de la reclusión; (...) ahora la necesidad de perseguir la criminalidad aconsejaría un drástico tratamiento para los reincidentes, evitando no solo su excarcelación sino también las rebajas de pena u otro tipo de beneficios que implicaran riesgos y que alimentaran en la opinión pública la idea de desprotección e impunidad.”¹²

Como se ha evidenciado hasta el momento, la libertad como derecho fundamental ha sido suplantada rápidamente por prácticas securitarias. Legislativamente, Colombia cuenta con penas de más de 60 años, que podrían nombrarse sin temor como perpetuas y la realidad de nuestras cárceles da cuenta de un hacinamiento del 56.1%¹³, situación que parecería sugerir que no a todos aplica aquel enunciado de la dignidad humana como principio rector de este, que se autoproclama Estado de derecho.

El contexto del sistema penitenciario en nuestro país ha caído a niveles de degradación imposibles de aceptar desde el enfoque de los derechos humanos. Las altas tasas de hacinamiento, la ausencia de asistencia médica, la mala alimentación, las condiciones inhumanas de convivencia (colgados de los techos como pájaros duermen en improvisadas hamacas hechas de viejas cobijas), la carencia de programas lúdicos y de trabajo, la mora injustificada en los trámites de tiempo de redención y comités de disciplina, la alta tasa de drogadicción, el elevado número de personas en detención preventiva, en fin, la presencia de una multiplicidad de componentes que han obligado a declarar el estado de cosas inconstitucional en establecimientos carcelarios y que dan cuenta

¹² VÉLEZ OSORIO, Luis Gonzaga. “Otra cara del sistema acusatorio colombiano: Menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal.”, Medellín: Universidad de Antioquia. 2012. Pág. 147

¹³ A abril 30 de 2016 existía un total de población de 122.016 internos, de los cuales 43.994 (40.131 hombres y 3.813 mujeres), tienen la calidad de sindicados, frente a un total de condenados de 78.072 (73.486 hombres y 4.586 mujeres), con un hacinamiento del 56.1% (consultada la página <http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/inpec/Institucion/Estad%EDsticas/Estadisticas/Estad%EDsticas> rescatado el día 14 de junio de 2016)

hasta qué punto hemos rebajado la dignidad humana y cuál es el costo que los destinatarios de la ley penal deben pagar.

Esta realidad fue reflejada por la Corte Constitucional en la sentencia T-762 de 2015, en cuyo numeral segundo del RESUELVE se dispuso reiterar el estado de cosas contrario a la Constitución Política de 1991, en el sistema penitenciario y carcelario del país, declarado mediante la sentencia T-388 de 2013; y en su numeral tercero, declarar que *“la política criminal colombiana ha sido reactiva, populista, poco reflexiva, volátil, incoherente y subordinada a la política de seguridad. Así mismo, que el manejo histórico de la política criminal en el país, ha contribuido a perpetuar la violación masiva de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, e impide, en la actualidad, lograr el fin resocializador de la pena.”*¹⁴

Lo afirmado da cuenta del panorama infrahumano que a todas luces viven los detenidos y la inviabilidad del sistema penitenciario Colombiano que diariamente cobra vidas y pone en entredicho el principio constitucional de la dignidad humana, situación que hace absolutamente necesario un replanteamiento de la política criminal que rige nuestro país y que sin lugar a dudas se encuentra atravesada por la discusión acerca de los fines de la pena y los límites al castigo que el constituyente ha adoptado.

3. LOS FINES DE LA PENA EN EL SISTEMA JURIDICO COLOMBIANO.

3.1 Los fines de la pena en la Constitución Política Colombiana.

La pregunta acerca de la justificación del castigo, es decir, la posibilidad que tiene la sociedad representada en el Estado de incapacitar y violentar a algunos de sus ciudadanos de manera legítima, es quizá la más clásica dentro de la filosofía del

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-762 de 2015. M.P. Gloria Estella Ortiz Delgado.

derecho penal, pues encierra en sí, como lo indica Ferrajoli, la pregunta misma sobre la justificación política y moral del monopolio de la fuerza del Estado.¹⁵

Ante la necesidad de legitimar de alguna forma la violencia que toda la comunidad ejerce sobre uno de sus individuos cuando este ha transgredido el pacto de convivencia establecido, la filosofía moral ha elaborado una serie de teorías justificantes, las cuales en general han sido clasificadas como absolutas y relativas. Las primeras relacionadas con la identificación de la pena como un fin en sí mismo y las segundas con el entendimiento del castigo como un medio necesario para la realización del fin último de la prevención de los delitos.¹⁶

Como se mencionó al comienzo, el objeto de este apartado es verificar si es posible aducir que la actual política criminal colombiana encuentra sus lineamientos a partir de algún -o algunos- fines de la pena constitucionalmente establecidos; o si por el contrario, frente a la pregunta acerca del *por qué* se castiga, es viable invocar la libre configuración del legislador.

Encontrar una respuesta a los preceptos que iluminan los fines del castigo en Colombia, permitirá verificar si el abandono del ideal rehabilitador por el que atraviesa la política criminal colombiana supone un incumplimiento de los fines de la pena constitucionalmente establecidos o más bien se trata de un aspecto que se encuentra librado a la libertad de configuración del legislador. .

A diferencia de constituciones como la española, que entre sus preceptos contiene una mención expresa acerca de la orientación que deben tener las penas privativas de libertad¹⁷, la Constitución Política colombiana se ha concebido como una constitución marco que, si bien incorpora elementos sustanciales de derecho y decide sobre las cuestiones fundamentales para la convivencia de los

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid. Editorial Trotta. Pág 248.

¹⁶ Para los fines de la pena, véase: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid. Editorial Trotta Capítulos 4-5-6. ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General* . Tomo 1. *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. (D.M Luzón Peña. Miguel- Díaz y Garcia Conlledo .Javier de Vicente Remesal, Trad.) Ed 2º Madrid, Civitas .1997; entre otros.

¹⁷ Constitución Española. Art. 25.2 Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. (...)

ciudadanos, igualmente da amplio espacio al legislador para que decida sobre aquellos aspectos no desarrollados en la carta constitucional, de acuerdo a las necesidades y concepciones de cada momento histórico.

Bajo esta línea, la Constitución Política no consagra un fin penal expreso justificador del castigo ni una disposición orientadora acerca de los fines que el constituyente quería que el legislador observara al momento de proferir las normas penales; incluso, yendo un poco más allá, desde una perspectiva de legitimación interna podría afirmarse que ni siquiera establece un mandato expreso de castigo¹⁸.

3.2. Los fines la pena en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Para el presente apartado se ha optado por usar como archivo las sentencias de constitucionalidad que ha proferido la Corte Constitucional en materia de fines de la pena; y a partir de ellas, verificar cual es la interpretación que ha realizado el juez constitucional frente a la justificación del castigo en el ordenamiento jurídico colombiano. Esta elección se sustenta en el convencimiento de que, a instancias de lo que representa el Estado Constitucional, el derecho se concretiza y se crea a través de la jurisdicción (*iuris dictio-Decir el derecho*), y particularmente, en los desarrollos dogmáticos que sobre la Constitución pretenda hacerse, lo dicho en

¹⁸ Al respecto SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto y TAMAYO ARBOLEDA, Fernando León. Artículo inédito Dignidad Humana y Derecho Penal: Una difícil convergencia: “La pena no sólo consiste en un mal y por tanto en la lesión de derechos fundamentales, sino en algo más: consiste en un mal penal, o mejor, en el más grave de todos aquellos que puede imponer el Estado. Luego, no puede ser deber del Estado lesionar derechos fundamentales –y mucho menos de la forma más grave- sino protegerlos; aceptar un supuesto deber de penar llevaría a una especie de aporía, por cuanto la protección penal implica al mismo tiempo la lesión de derechos fundamentales del imputado, y cuya protección se encuentra también asignada al derecho penal.”

Igualmente, la aclaración de voto de la Sentencia C-565 de 1993 M.P. Hernando Herrera Vergara al indicar que “En materia de la pena, de la Constitución puede derivarse la necesidad de que ésta obedezca a un criterio de proporcionalidad y subsidiariedad y que, en ningún caso, se configure un exceso punitivo proscrito (CP arts. 12 y 34). Por lo demás, a través del procedimiento democrático de adopción de las leyes, el Estado tipifica las conductas prohibidas y fija las condignas sanciones (principio de legalidad de la pena) y en este quehacer histórico acoge y abandona distintas y sucesivas filosofías punitivas, que pueden ser más o menos drásticas e incluso llegar hasta la “despenalización”.

las sentencias por el alto tribunal de cierre de lo constitucional, debe ser tenido como la prolongación del querer del constituyente.

La jurisprudencia constitucional no ha manejado una interpretación unánime frente a la posibilidad de derivar, a partir de los preceptos constitucionales, un fin, o varios, de la pena, que instruyan la actividad legislativa; incluso constantemente se ha visto en la falacia de confundir los fines y las funciones de la pena, derivando las unas de los otros y viceversa¹⁹.

Al realizar la revisión al control de constitucionalidad que el juez ha hecho a la norma penal, es fácil advertir que en la jurisprudencia coexisten casi simultáneamente la libertad de configuración del legislador y los conceptos de fines y funciones del castigo; estos últimos en ocasiones limitando y en otras reforzando las libertades que han sido libradas al legislador para la construcción de la política criminal. Esta posición, que *prima facie* resultaría contradictoria si se asume que no es posible la libre configuración del legislador cuando el constituyente ha establecido una finalidad del castigo, es dable cuando se interpreta que en realidad la voluntad del juez constitucional no ha sido la de dar una respuesta a la pregunta acerca del por qué castigar, sino valerse de estos conceptos como herramientas de límite al poder punitivo.

Entre los primeros pronunciamientos que hacen mención expresa a los fines del castigo como instituciones orientadoras del control de constitucionalidad sobre la ley penal, se encuentra el Salvamento de Voto presentado por Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez Caballero, en la Sentencia C-052 de 1993, en la que se analizaba el decreto 1833 de 1992, "*Por el cual se expiden normas sobre concesión de beneficios por colaboración con la justicia*". El problema jurídico

¹⁹. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid. Editorial Trotta Capítulo 6. A efectos de no confundir los niveles de discusión, es preciso recordar la distinción dogmática entre fines y funciones de la pena. Tal como lo señala Ferrajoli, por *fines* de la pena deben entenderse aquellas teorías que buscan dar respuesta a la pregunta político-filosófica acerca del por qué *se debe* castigar, mientras que las explicaciones acerca de las funciones de la pena, darán cuenta de por qué *castiga* un ordenamiento jurídico.

consistía en verificar, en primer término, si era constitucionalmente aceptable que los testigos de delitos comunes no fueran sometidos a investigación ni acusación por los hechos en relación con los cuales rindieran declaración, cuando su versión pudiera contribuir eficazmente a determinar la responsabilidad penal de los autores o partícipes de los mencionados delitos²⁰.

Si bien es cierto que a lo largo del pronunciamiento jurisprudencial, en ningún momento la reflexión gira en torno a los fines de la pena, el salvamento de voto presentado, utilizando indistintamente los conceptos de fines y funciones, se vale del artículo 12 de Código Penal²¹ entonces vigente (decreto 100 de 1980), para proponer la prevención general y especial como las razones que motivan la imposición del castigo en el ordenamiento jurídico colombiano. De acuerdo con ambos magistrados, la pena se encontraba entonces justificada por la necesidad de prevenir delitos, lo que hacía necesario que, para que ésta en efecto pudiera cumplir su fin, fuese imperativa la imposición de la sanción penal.

Así lo manifestó en su momento el magistrado Angarita:

“Uno de los fines de la pena es la prevención general del delito para toda la sociedad. Así lo dice el artículo 12 del Código Penal, que establece: "La pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora". (...) La pena se justifica por la necesidad de prevenir los delitos, esto es, de evitar su comisión. Debe cumplir fines preventivos; si no existiera la posibilidad de que los cumpliera, la pena no se justificaría. Estos fines son de dos clases: la prevención general y la prevención especial.(...)”

²⁰ DECRETO 1833 DE 1992. Art 1o. *En los procesos que se adelanten por los delitos de competencia de los jueces regionales, el Fiscal General de la Nación o el Vicefiscal podrán garantizar, previo concepto del Procurador General de la Nación, que el testigo no será sometido a investigación ni acusación por los hechos en relación con los cuales rinda declaración, cuando su versión pueda contribuir eficazmente a determinar la responsabilidad penal de los autores o partícipes de los mencionados delitos.”*

²¹ Código Penal DE 1980. Art. 12: "La pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora"

La sentencia C-565 de 1993 que analizó la constitucionalidad de las penas de hasta 60 años para el delito de secuestro, apoyó la idea del fin preventivo de la pena, sin embargo, en esta oportunidad fundamentó la exequibilidad de la norma a partir del artículo primero de la Constitución Política, informando que *“En el modelo de Estado social y democrático de derecho del cual parte nuestro sistema político, (...), la pena ha de cumplir una misión política de regulación activa de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de los bienes jurídicos de los ciudadanos. Ello supone la necesidad de conferir a la pena la función de prevención de los hechos y delitos que atenten contra estos bienes”* y posteriormente introdujo una idea de justificación dinámica del castigo, partiendo de la premisa de que la pena debe ser examinada en el momento estático de su descripción legislativa y en el dinámico de su efectiva aplicación, cumpliendo en el primero una función preventiva (con el fin de que la amenaza ejerza un efecto disuasivo en los ciudadanos), mientras en la segunda, la potestad punitiva del Estado se hace presente mediante la imposición de la pena en concreto, con la represión que implica castigar efectivamente, con el rigor requerido, aquellos delitos que lesionan con mayor intensidad los bienes jurídicos.²²

Es de resaltar el salvamento de voto presentado por los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero, quienes acertadamente manifiestan el yerro por parte de la sala plena al haber elaborado un concepto basado en la idea de derivar de la constitución un enfoque sustancialista del derecho penal, que impone un deber de drasticidad de la norma penal para el cumplimiento del proyecto constitucional.

Si bien ambos magistrados comparten la exequibilidad del apartado demandado, resulta acertado el análisis sobre la constitucionalidad de la norma en el sentido que esta debió haberse dado en términos de límites sobre la competencia del

²² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C- 565 de 1993. M.P. Hernando Herrera Vergara

legislador, y no fundamentado en los supuestos fines de la pena que consagra la constitución, pues de ser así, si en el futuro el legislador optara por reducir y morigerar las sanciones penales - cuyo actual rigor ha sido definitivo para declarar su exequibilidad-, no le quedaría a la Corte alternativa distinta a declarar su inconstitucionalidad, pues en este pronunciamiento deja establecido que para este tipo de delitos, la pena "no podría ser menor en su drasticidad".

La idea de justificación dinámica del castigo, planteada en su momento por Claus Roxin²³, fue acogida por diversas sentencias²⁴, entre ellas, la C-1112 del 2000, que al analizar la prohibición en materia de contravenciones de concurrencia de disminuciones de la pena más allá de la mitad, indicó que a pesar de la libertad de configuración otorgada al poder legislativo, en el ordenamiento jurídico la pena cumple un fin diferente, de acuerdo al momento de su aplicación. Así, la pena tiene fin *preventivo*, que se cumple en el momento en que el órgano legislativo establece la sanción; 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.

Si bien como se evidenció, las sentencias relacionadas hacen referencias a los

²³ Al respecto,, ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General* . Tomo 1. *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. (D.M Luzón Peña. Miguel- Díaz y Garcia Conlledo .Javier de Vicente Remesal, Trad.) Ed 2° Madrid, Civitas .1997. pág 95. Para el autor, la mejor manera de superar las críticas que genera cada uno de los fines de la pena es partiendo de la base de que el derecho penal se enfrenta al individuo en tres momentos diferentes (la amenaza, la sanción y la ejecución) y cada una merece una justificación por separado.

²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-261 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero. "Así, en el primer momento, se considera que el Legislador define los delitos orientado (...) por consideraciones de prevención general, y secundariamente por principios retributivos. Conforme a tal criterio, la tipificación legal de hechos punibles pretende desestimular conductas lesivas de bienes jurídicos dignos de ser tutelados por el derecho penal (prevención general) pero de manera tal que exista una cierta proporcionalidad entre el daño ocasionado por el delito y la pena que le es atribuida (componente retributivo en esta fase). De otro lado, en la fase de imposición judicial de la pena a un determinado sujeto, en general se considera que el sistema penal debe operar con un criterio esencialmente retributivo, a fin de que, por razones de justicia, exista una proporcionalidad entre la dañosidad de la conducta, el grado de culpabilidad del agente y la intensidad de la pena. 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 puesto que (...) es necesario armonizar estos valores. En igual sentido, Sentencia C-430 de 1996 M.P Carlos Gaviria Díaz y Sentencia C-806 de 2002 M.P Clara Inés Vargas.

fines/funciones de la pena, lo cierto es que estas no pueden interpretarse como fines de la pena derivadas de la Constitución. La posición dominante de la Corte Constitucional, con razón, se ha inclinado por entender que a partir de la norma fundamental no es posible derivar una política criminal expresa que vincule al legislador en la construcción del sistema penal, por lo que corresponde a este en su libertad de configuración, fijar los tipos delictivos y los procedimientos penales que considere políticamente pertinentes. Así, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática al proponer el escenario de la política criminal, como aquel donde se proyecta con mayor amplitud el margen de configuración normativa del Legislador. En efecto, asuntos como la tipificación de delitos, la dosificación punitiva y la definición de procedimientos no fueron regulados directamente en la Constitución, de manera que para su diseño, el Congreso cuenta con un significativo grado de libertad amparado en los principios democrático y de soberanía popular (CP., arts. 1º y 3º), así como en la cláusula general de competencia que le fue atribuida (CP., art.150).²⁵, situación que en principio, reduce el control constitucional a un juicio de proporcionalidad respecto del ejercicio de la potestad de configuración del legislador en materia punitiva.

Este tema ha sido ampliamente expuesto por la Corte Constitucional, entre otras²⁶, en la sentencia C-609 de 1996:

"Tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados - particularmente en el campo de los derechos fundamentales- que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. (...) Pero lo anterior no implica

²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C- 488 de 2009, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-013 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Sentencia C-083 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo. Sentencia. Sentencia C- 148 de 2005 M.P. Álvaro Tafur Galvis. Sentencia C-475 de 2005 M.P. Álvaro Tafur Galvis. Y sentencia C-425 de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

que la Constitución haya definido de una vez por todas el derecho penal, puesto que el legislador, obviamente, dentro de los marcos fijados por la propia Carta, tiene ante sí un espacio relativamente autónomo, caracterizado, a su turno, por unos valores, presupuestos y finalidades propios, pese a su acentuado grado de constitucionalización. Así, a través del procedimiento democrático de adopción de las leyes, el Estado tipifica las conductas prohibidas y fija las condignas sanciones (principio de legalidad de la pena) e igualmente modifica el procedimiento y en este quehacer histórico acoge y abandona distintas y sucesivas filosofías punitivas, que pueden ser más o menos drásticas, según el propio legislador lo considere políticamente necesario y conveniente (...)

La tesis de la libertad de configuración del legislador, ha sido igualmente adoptada de manera diáfana, como una expresión del principio democrático constitucional.

Al respecto, en la sentencia C-420 de 2002, el magistrado Jaime Córdoba Triviño, señaló:

“Si bien es cierto que el parlamento no es, ni mucho menos, la única instancia del poder público en la que se pueden diseñar estrategias de política criminal, no puede desconocerse que su decisión de acudir a la penalización de comportamientos no sólo es legítima frente a la Carta por tratarse del ejercicio de una facultad de la que es titular sino también porque ella cuenta con el respaldo que le transmite el principio democrático. Es una conquista del mundo civilizado que normas tan trascendentes en el ámbito de los derechos fundamentales como las que tipifican conductas penales y atribuyen penas y medidas de seguridad a sus autores o partícipes, sean fruto de un debate dinámico entre las distintas

fuerzas políticas que se asientan en el parlamento (...)

En lo que respecta al carácter rehabilitador de la pena -una de las preguntas centrales que ocupa este trabajo- la tesis de la Corte no ha sido unánime, pues mientras en algunos momentos ha entendido que ciertas instituciones del derecho penal, tales como los subrogados y los beneficios penales, deben responder a la procura de la adecuada reinserción social, más adelante, al momento de analizar su regulación, se inclina por acoger la tesis de la libertad de configuración del legislador en detrimento de la esencia misma de las instituciones mencionadas.

Así, se precisa retomar la sentencia C-679 de 1998²⁷ –citada anteriormente- en la que se indicaba que *“la institución de los subrogados penales, obedece a una política criminal orientada a la mitigación y la humanización de la sanción punitiva (...) como instrumento adecuado para servir a los fines de prevención, retribución y resocialización(...)”*. En contravía de esta tesis, la Corporación en sentencia C-425 de 2008²⁸, al analizar la reincidencia como criterio objetivo para excluir beneficios y subrogados penales, señaló que la libertad condicional, la suspensión condicional de ejecución de la pena y los beneficios a favor del condenado hacen parte de la libertad de configuración normativa del legislador porque constituyen elementos fundamentales del debido proceso penal y responden a las evaluaciones propias de la política criminal del Estado.

El panorama presentado, permite unas primeras compresiones en torno al concepto de reinserción social y fines de la pena.

En primer lugar, podría afirmarse que en general, cuando la Corte Constitucional se ha valido de conceptos como la prevención y la resocialización al momento de

²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-679 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-425 de 2008 M.P Marco Gerardo Monroy Cabra.

realizar el control de constitucionalidad a la mayoría de las normas penales, estos conceptos, si bien son nombrados indistintamente como fines o funciones del castigo, han constituido herramientas argumentativas para limitar o reforzar la libertad de configuración del legislador.

En segundo lugar, y como quedó evidenciado, el legislador primario optó por no consagrar un fin del castigo que vinculara al legislador en la construcción de la política criminal, por lo que no es viable la comprensión presentada por algunos apartados de la Corte Constitucional dónde se ha expresado que la reinserción social ha de ser entendida como la justificación al castigo. Esta conclusión no sólo resulta plausible a partir del análisis de legitimidad interna de los fines de la pena en el ordenamiento jurídico colombiano, sino necesaria, pues entender el concepto de reinserción social como fin del castigo, conllevaría a medidas insostenibles constitucionalmente, como un derecho penal máximo que admite la intervención en la personalidad del individuo con el fin de lograr la adhesión de este a los valores mayoritarios²⁹.

Sin embargo, a pesar de que las referencias a la reinserción social como función y fin de la pena son frecuentes en los pronunciamientos jurisprudenciales, no deja de sorprender como esta ha quedado olvidada al momento de resolver cuestiones que tocan directamente con la posibilidad de acceder efectivamente a ella. Así, sorprende que la Corte al analizar el artículo 199 de la ley 1098 de 2006 “Ley de Infancia y Adolescencia”, parágrafo 8 y transitorio, que consagra la eliminación de subrogados y beneficios administrativos para algunos delitos, haya declarado la ineptitud de la demanda por encontrar que el demandante no justificaba con suficiencia por qué la eliminación de estos beneficios entorpecía la posibilidad de reinserción social.³⁰ Esta situación se repitió en la sentencia C-394 de 2006 que pretendía analizar la constitucionalidad de los artículos 1 (penas hasta de 60 años en caso de concurso), 2 (pena de 50 años) y 14 (un aumento general a las penas

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid. Editorial Trotta Pags. 270-274.

³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-738 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

de la parte especial del código penal) de la ley 890 de 2004 en la que la Corte decidió que debía declararse inhibida por cuanto los cargos aducidos no eran claros.

En conclusión, el juez constitucional ha entendido que no existen fines de la pena constitucionalmente establecidos, sino que la política criminal se encuentra parcialmente librada a la libertad de configuración de legislador; situación que llevaría a señalar, prima facie, que no es posible afirmar que las medidas de política criminal presentadas al comienzo de este trabajo, respondan a una justificación del castigo direccionado por un mandato de la norma superior.

Sin embargo, el hecho de que la Constitución no consagre un fin expreso que determine la política criminal del legislador, y la mayor parte de la jurisprudencia constitucional considere que no sea posible derivarlo de la interpretación que de la norma superior se realiza, no admite bajo ningún supuesto la asunción de que en materia penal no hay espacio vedado para el legislador, pues es innegable la constitucionalización que ha tenido el derecho penal en nuestro ordenamiento al incorporar preceptos que determinan directamente el alcance del legislador en la construcción de la política criminal.

4. LOS LIMITES A LA LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN DEL LEGISLADOR: El bloque de constitucionalidad y los principios constitucionales.

Si bien es cierto que la libre configuración del legislador ha sido el criterio prevalente de la Corte Constitucional al realizar el control de constitucionalidad de la norma penal, también resulta necesario evidenciar que esta ha sido enfática al indicarle a los operadores jurídicos, tanto legislador como juez, que este poder no resulta ilimitado, sino que se encuentra siempre restringido por los preceptos constitucionales.

Así lo ha manifestado el tribunal:

"Tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados - particularmente en el campo de los derechos fundamentales- que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado."³¹

Uno de estos límites al poder punitivo del legislador viene dado por el bloque de constitucionalidad³², incorporado al ordenamiento interno como norma de rango superior mediante el art. 93 de la Constitución Política, cuyo tenor establece que:

"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."

En lo que se refiere a la problemática que nos ocupa, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la ley 74 de 1968 y La Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada por la ley 16 de 1972, han sido

³¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-609 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz.

³² Al respecto Sentencia de la Corte Constitucional C-488 de 2009, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio: *"Además de los límites explícitos, fijados directamente desde la Carta Política, y los implícitos, relacionados con la observancia de los valores y principios consagrados en la Carta, la actividad del Legislador está condicionada a una serie de normas y principios que, pese a no estar consagrados en la Carta, representan parámetros de constitucionalidad de obligatoria consideración, en la medida en que la propia Constitución les otorga especial fuerza jurídica por medio de las cláusulas de recepción consagradas en los artículos 93, 94, 44 y 53. Son éstas las normas que hacen parte del llamado bloque de constitucionalidad"*

entendidos como dos de los referentes del bloque de constitucionalidad necesarios a tener en cuenta al momento de analizar la constitucionalidad de las normas que integran el sistema penal, al establecer que "el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados..."³³, y que "las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados".³⁴

Para entender el alcance conceptual y vinculante de estas normas dentro del ordenamiento jurídico colombiano, se precisa establecer la relación entre el bloque de constitucionalidad y la legislación penal. En repetidas ocasiones la Corte Constitucional, al analizar la naturaleza y alcance del bloque de constitucionalidad, ha precisado que se trata de normas que a pesar de no estar formalmente en el texto de la Carta Política se integran a ésta y son parámetros para el control de constitucionalidad, en tanto se sitúan en el mismo nivel jerárquico.³⁵ Concretamente frente al derecho penal, las normas incorporadas al bloque de constitucionalidad determinan las obligaciones estatales en aras de garantizar los derechos fundamentales de los internos³⁶.

Sin embargo, es preciso aclarar dos puntos. En primer lugar, en ningún caso la disposición internacional constituye un referente autónomo para el control constitucional, por cuanto la integración normativa debe partir de una interpretación armónica, teleológica y sistemática de la Carta Política en su conjunto.³⁷ En segundo lugar, que no todas las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad se incorporan al ordenamiento jurídico de la misma manera

³³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 10 numeral 3.

³⁴ Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 5 numeral 6.

³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-255 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero. La Corte ha entendido que el Bloque de Constitucionalidad "... está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución.

³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-143 de 2015, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C- 488 de 2009, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

y por tanto han de cumplir un rol diferente como límite a la libertad configurativa del legislador.

Así, la primera forma de integración que ha establecido la jurisprudencia Constitucional en desarrollo del art. 93 de la Constitución ha sido la *integración normativa* que se refiere a la incorporación directa de aquellos tratados ratificados por Colombia que reconozcan derechos humanos cuya limitación se prohíba en los estados de excepción. Acá han de incluirse además las normas convencionales y consuetudinarias de derecho internacional humanitario.³⁸

La segunda vía de incorporación de los tratados al bloque de constitucionalidad -el *referente interpretativo* - se da mediante una interpretación extensiva del inciso segundo del artículo 93 de la Constitución Política y opera para aquellos tratados de derechos humanos cuya limitación no está prohibida en los estados de excepción pero que constituyen derechos humanos ratificados por la Constitución.

Así, este mecanismo de incorporación está sujeto a que el derecho humano o el deber, tengan su par en la Constitución pero no requiere que el tratado haga referencia a un derecho no susceptible de ser suspendido en estados de excepción: “(...) el inciso segundo del mismo artículo cumple una función interpretativa, en tanto “constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos”. Esto último corresponde al principio de interpretación más favorable en materia de derechos humanos o principio *pro homine*, que en varias ocasiones ha servido de base para adelantar el examen de constitucionalidad de normas de derecho penal.”³⁹

³⁸ *Ibídem.*

³⁹ *Ibídem.*

Respecto a la libertad de configuración del legislador en materia penal, queda claro entonces que las normas incorporadas al bloque de constitucionalidad cumplen una función diferente dependiendo de la manera en que se incorporan al ordenamiento jurídico. Así, en algunas oportunidades los tratados de derechos humanos tendrán un rol normativo integrador, mientras en otras cumplirán una función básicamente interpretativa:

“Las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad cumplen diversas funciones dentro del ordenamiento jurídico colombiano; en relación con el establecimiento de límites al margen de configuración del legislador en materia penal, el bloque de constitucionalidad cumple dos funciones distintas: una función interpretativa –sirve de parámetro guía en la interpretación del contenido de las cláusulas constitucionales y en la identificación de las limitaciones admisibles a los derechos fundamentales-, y una función integradora -provisión de parámetros específicos de constitucionalidad en ausencia de disposiciones constitucionales expresas, por remisión directa de los artículos 93, 94, 44 y 53 Superiores”⁴⁰

Siendo coherentes con el planteamiento anterior, es posible entender entonces que tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la ley 74 de 1968, como La Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada por la ley 16 de 1972 se vinculan al ordenamiento jurídico cumpliendo una *función integradora*, erigiéndose en verdaderos límites al legislador en su libertad de configuración y habrán de ser tenidos en cuenta al momento de realizar el control de constitucionalidad sobre las normas penales y de manera específica aquellas que se refieren al *quantum* de las penas, a los subrogados penales, y en

⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-291 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

general, a aquellas instituciones del derecho penal encaminadas a lograr la reinserción social del condenado.

A pesar de la anterior claridad, al analizar el contenido de ambos tratados pareciera subsistir la necesidad de delimitar el alcance mismo del concepto de “readaptación social”. Acaso establecen los preceptos establecidos un fin del castigo?, Una función?, Un principio de interpretación?, Un derecho subjetivo?

La idea que se sostiene en este texto es que no es posible derivar del bloque de constitucionalidad un fin del castigo del sistema penal colombiano, pues como se dijo en su momento, las normas internacionales deben interpretarse sistemáticamente con el ordenamiento constitucional interno, y en tanto el constituyente primario decidió no adoptar un fin de la pena específico, dejando al legislador la posibilidad de elegirlo según las necesidades del momento histórico y político, no es dable inferir que los mandatos internacionales pretendieran legítimamente imponer alguna doctrina de justificación filosófica de la pena.

Por el contrario, lo que se deriva de la lectura de la jurisprudencia constitucional es que los preceptos establecidos tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como la Convención Americana referidos a la reinserción o readaptación social del condenado han sido entendidos como funciones de la pena a hacerse efectivos al momento de la imposición del castigo, y por tal, si bien han sido nombrados al momento de realizar el control de constitucionalidad, la Corte se ha quedado corta al momento de darles el alcance que les corresponde cual es el de normas rectoras que han de direccionar -pero principalmente limitar- la política criminal, no sólo en calidad de principios penales sino de verdaderos derechos subjetivos.

Por su parte, la Corte ha indicado que los valores y principios enunciados en la Carta Fundamental constituyen un límite invariable y una fuente de inspiración y dirección del legislador en materias penales y sancionatorias.

Hablar de principios constitucionales, conlleva una dificultad propia cual es la de enfrentar la discusión acerca del papel que tienen los enunciados constitucionales dentro del ordenamiento jurídico. Tal como planteaba en su momento Ferrajoli, existen concepciones diversas sobre el alcance de los preceptos constitucionales y su función con respecto a las normas de rango menor. Así, es posible encontrar quienes entienden que los derechos y principios fundamentales plasmados en la constitución han de concebirse como valores morales estructuralmente distintos de las reglas, en cuanto dotados de una normatividad más débil, confiada no a la subsunción sino, más bien, a la ponderación legislativa y judicial, mientras que de otro lado están quienes han entendido que los enunciados plasmados en el apartado dogmático de la constitución se comportan dentro del ordenamiento jurídico como reglas pues implican la existencia o imponen la introducción de prohibiciones de lesión u obligaciones de prestación, que son sus respectivas garantías.⁴¹

Si bien presentar una explicación exhaustiva frente a esta distinción desbordaría el objeto del presente trabajo, si resulta necesario mencionarla por la fuerza vinculante que adquieren los preceptos constitucionales dependiendo de la posición adoptada.

La Corte Constitucional se ha valido de los principios Constitucionales en casi cada una de las oportunidades que ha realizado control de constitucionalidad de la norma penal. Así, ha reconocido como límites expresos al poder del legislador la decisión política de imponer la pena de muerte (CP art. 11), la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes (CP art. 12), la esclavitud (CP art. 17) y el destierro, la prisión perpetua o la confiscación (CP art. 34)⁴². Pero además, ha entendido que existen otros límites sustantivos derivados del consenso social sobre lo que representa el Estado de Derecho.

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi, Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. En DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho No. 34 ISSN 0214-8676, págs. 15-53

⁴² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-609 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz.

Así, en la sentencia C-070 de 1996 la corporación manifestó:

“El Estado Social de derecho, donde la dignidad humana ocupa un lugar de primer orden, sustrae del amplio margen de libertad legislativa para la configuración del ordenamiento penal, la facultad de fijar cualquier pena con independencia de la gravedad del hecho punible y su incidencia sobre los bienes jurídicos tutelados. El Constituyente erigió los derechos fundamentales en límites sustantivos del poder punitivo del Estado, racionalizando su ejercicio. Sólo la utilización medida, justa y ponderada de la coerción estatal, destinada a proteger los derechos y libertades, es compatible con los valores y fines del ordenamiento.”⁴³

Y es que si bien la dignidad humana ha sido utilizada en general por todos los operadores jurídicos para dar respaldo a sus decisiones, es preciso aclarar que el concepto en sí mismo no dice mucho sobre su papel en la contención del poder estatal, por lo que se precisa no sólo dotar de contenido el enunciado constitucional sino además establecer su relación con el derecho penal.

Como se ha mencionado en otros espacios⁴⁴, es preciso reconocer que el contenido de la dignidad humana ha de ser entendido específicamente como una construcción política –más que jurídica- de una determinada sociedad en un momento histórico concreto, por lo que el mejor espacio para dotar de contenido la idea de dignidad es la Carta Fundamental y lo que sobre ella ha dicho su intérprete autorizado.

La Corte Constitucional ha entendido la dignidad humana desde la teoría iusfilosófica de Kant, según la cual toda persona tiene un *valor* inherente a su propia condición humana que es su dignidad, la cual la hace ser no un medio, un

⁴³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-070 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁴ Al respecto SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto y TAMAYO ARBOLEDA, Fernando León. Artículo inédito Dignidad Humana y Derecho Penal: Una difícil convergencia.

instrumento para la consecución de diversos fines, sino un *fin en sí mismo*. De esta comprensión la Corporación ha derivado que el referente concreto de la dignidad humana está vinculado con tres ámbitos exclusivos de la persona natural: i) la autonomía individual (materializada en la posibilidad de elegir un proyecto de vida y de determinarse según esa elección), ii) unas condiciones de vida cualificadas (referidas a las circunstancias materiales necesarias para desarrollar el proyecto de vida) y iii) la intangibilidad del cuerpo y del espíritu (entendida como la prohibición de interferencias en las esferas física y moral del individuo).⁴⁵

Esta tercera dimensión del derecho a la dignidad humana adquiere especial relevancia para los efectos que nos ocupan, pues la Corte Constitucional ha derivado de esta construcción jurídica “la posibilidad de que toda persona pueda mantenerse socialmente activa. De tal forma que conductas dirigidas a la exclusión social mediadas por un atentado o un desconocimiento a la dimensión física y espiritual de las personas se encuentran constitucionalmente prohibidas al estar cobijadas por los predicados normativos de la dignidad humana; igualmente tanto las autoridades del Estado como los particulares están en la obligación de adelantar lo necesario para conservar la intangibilidad de estos bienes y sobre todo en la de promover políticas de inclusión social a partir de la obligación de corregir los efectos de situaciones ya consolidadas en las cuales esté comprometida la afectación a los mismos.”⁴⁶

De comprender la dignidad humana en calidad no sólo de principio constitucional sino de derecho fundamental, se deriva que el derecho penal no está edificado sólo para la prevención de los delitos, pues de ser así, el sujeto no sería más que un instrumento estatal para enviar un mensaje a la comunidad; superando esta visión, la dignidad humana implica un derecho penal centrado en el individuo, cuyo objetivo principal no solo es fungir como límite inquebrantable al poder del legislador, sino que además tiene un componente positivo de asegurar que la

⁴⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-881 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett

⁴⁶ *Ibíd.*

pena y los medios dispuestos para ella, constituyan una efectiva posibilidad de reinserción social.

Igualmente, a partir del concepto de dignidad de humana, se han desarrollado otros principios y derechos constitucionales que se erigen en límites al poder punitivo. Sin pretensiones exhaustivas, a continuación se presentan los que han sido principalmente destacados por la Corte Constitucional al momento de realizar el control de constitucionalidad⁴⁷:

- i) **Principio de necesidad de la intervención penal:** “Toda pena que no derive de la necesidad es tiránica” decía entonces Montesquieu⁴⁸, mientras Ferrajoli, en su tesis sobre el derecho penal mínimo, sostiene que la pena no solo sirve para prevenir los delitos, sino también para prevenir los castigos injustos que pudiesen darse contra el infractor. Partiendo de estas comprensiones, el principio de necesidad de la intervención penal presupone que, al ser esta la más violenta de todas las intromisiones estatales en los individuos, sólo deba ser utilizada cuando otros medios menos lesivos no representen tener el éxito necesario.⁴⁹
- ii) **Principio de legalidad:** En términos de Ferrajoli⁵⁰, el principio de legalidad ha de entenderse no sólo cómo la sujeción exclusiva del juez a la ley penal, sino también un imperativo al legislador a quien prescribe la taxatividad y la precisión empírica de las formulaciones legales como requisito de validez legal.
- iii) **Principio de culpabilidad** Además de la prohibición de responsabilidad objetiva, el principio de culpabilidad presupone la prohibición al legislador –

⁴⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-365 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴⁸ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, barón de. Del espíritu de las leyes. Editorial Tecnos. 1972. Cap XIX, 14.

⁴⁹ Al respecto, CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-636 de 2009, M.P. Mauricio Gonzalez Cuervo. “(...) la decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer, y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir el Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales. La jurisprudencia legitima la descripción típica de las conductas sólo cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la comunidad”

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid. Editorial Trotta. Pág 35

y por supuesto al juez- de atribuir al sujeto responsabilidad por hechos no atribuibles a su humanidad o que superaran sus posibilidades de actuación.

- iv) **Principio de proporcionalidad:** En la medida en que la libertad de configuración del legislador puede incidir de manera altamente gravosa en los derechos constitucionales, la Corte Constitucional ha entendido que las restricciones en el ámbito penal deberán ser i) adecuadas para lograr el fin buscado, ii) necesarias, en el sentido de que no exista un medio menos oneroso en términos de derechos para alcanzar el fin buscado iii) “*proporcionales stricto sensu*”, esto es, que no sacrifiquen valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se pretende garantizar.
- v) **Derecho fundamental a la igualdad.** La igualdad, como característica ulterior de la dignidad humana, supone como derecho negativo la no discriminación, exclusión o represión por las condiciones personales o sociales del sujeto, y como derecho positivo como la expectativa de remoción de obstáculos que impidan el desarrollo de la persona humana.⁵¹

Como se expondrá a continuación, esta segunda dimensión del derecho a la igualdad, será, junto con la dignidad humana, el refuerzo constitucional del derecho a la reinserción social del condenado.

5. LA REINSERCIÓN SOCIAL COMO LÍMITE Y NO COMO FIN DE LA PENA.

Como se ha evidenciado, la noción de reinserción social ha aparecido en pluralidad de ocasiones dentro del ordenamiento jurídico colombiano, sin que hasta el momento haya sido posible establecer su alcance. Así, se encuentra en el Código Penal en calidad de norma rectora como una función de la pena que aplica al momento de la ejecución del castigo, mientras que en el bloque de

⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris*, Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho. Madrid. Editorial Trotta. Pág 747.

constitucionalidad el concepto se encuentra redactado en clave de justificación de la pena. Por su parte, la jurisprudencia constitucional se ha valido del concepto para realizar el control de constitucionalidad de las normas penales, presentándolo como función de la pena, que constituye un límite a la libertad de configuración del legislador. Contraria a estas interpretaciones, la conclusión a la que pretende llegar este trabajo, busca superar las anteriores concepciones y demostrar por qué en Colombia la reinserción social debe operar como un verdadero derecho fundamental del condenado que se erige como límite al poder punitivo del Estado y opera en todos los momentos de la intervención penal.

De acuerdo a lo propuesto en el apartado tres del presente texto, al realizar un análisis de legitimidad interna sobre los fines de la pena en el ordenamiento jurídico colombiano, no existe dentro de la Carta Política un precepto que establezca de manera expresa un fin –o varios- del castigo al que deba responder la política criminal de nuestro legislador. Esta posición a su vez es sostenida por la jurisprudencia constitucional mayoritaria, la cual, al momento de realizar el control de constitucionalidad a las normas penales ha entendido que al legislador le ha sido conferida la potestad de configuración de la política criminal. De acuerdo a lo anterior, es dable concluir que no es posible la comprensión de la reinserción social como un fin del castigo, esto es, como respuesta constitucional a las razones últimas que justifican la pena en nuestro ordenamiento jurídico.

Esta conclusión resulta además necesaria al momento de realizar una valoración acerca de la legitimidad externa que tendría el hecho de que la reinserción social fuera establecido como un fin del castigo. Como es sabido, frente a las doctrinas que han abanderado la reinserción social como justificación del castigo, se tiene la crítica por la confusión sustancialista que generan entre derecho y moral y por el riesgo de que la pena sea utilizada como un instrumento para la reeducación del individuo hacia valores mayoritarios. Es necesario recordar a Ferrajoli cuando indicaba que el reo tiene derecho a *ser malo* si esa es su voluntad, mientras no haga daño a los demás. Con razón ha indicado el autor italiano que “lo único que se puede y debe pretender de la pena es que, como escribiera Francesco Carrara,

“no pervierta al reo”: es decir, que no reeduque pero tampoco deseduque; que no tenga una función correctiva, pero tampoco una función corruptora; que no pretenda hacer al reo mejor, pero tampoco lo haga peor”⁵²

Por su parte, creer que la pena tiene una función de reinserción social tal como lo ha sugerido la Corte, es decir, que la pena efectivamente ha servido para resocializar a quienes han pasado por el sistema penal, es una afirmación que se cae de su peso. Es bien conocido que las cárceles, tal como han sido diseñadas, son universidades del crimen, que disocian a quienes por ellas pasan, prisionalizándolos⁵³ y generándoles fuertes barreras en la incorporación a la vida social. Evidencia de esto, es la reciente sentencia del alto tribunal, dónde se reitera el estado de cosas inconstitucional en los centros penitenciarios y ordena a los operadores jurídicos respetar el “*estándar constitucional mínimo de una política criminal respetuosa de los derechos humanos*”⁵⁴.

Estando claro por qué la resocialización no puede ser entendida en clave de función o de fin de la pena, queda por analizar la calidad de norma rectora que le ha sido asignada por el artículo 4º. del Código Penal, y delimitar su alcance en el sistema jurídico.

Como lo indicara en su momento el profesor Juan Fernández Carrasquilla, las normas rectoras son aquellos preceptos normativos que fungen como marco de referencia dentro del cual ha de moverse cualquier interpretación o regulación que pretenda hacerse del derecho penal, en tanto en ellas se funda y al tiempo se deriva la orientación ideológica y funcional que ha pretendido establecer el legislador en materia de sistema penal y política criminal.⁵⁵ En este sentido, las normas rectoras cumplen la función negativa de excluir de su ámbito de aplicación cualquier contenido normativo que se les oponga y la función positiva

⁵². FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid. Editorial Trotta Pág 397.

⁵³ Así se ha nombrado al proceso de adopción de los usos, costumbres, valores, normas y cultura general de la prisión.

⁵⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. DE COLOMBIA. Sentencia T-762 de 2016. M.P Gloria Estella Ortiz Delgado.

⁵⁵ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal Fundamental*, vol. II. Editorial TEMIS. Bogotá. Pág. 5-18

de constituir una herramienta hermenéutica en la interpretación de los demás preceptos jurídico-penales establecidos por el legislador.

Sin embargo, la supremacía de estas normas no se deriva únicamente a partir del carácter de *rectoras* que el legislador les ha asignado, sino que, para que en efecto sea posible predicar su carácter prevalente, se precisa que estas encuentren un vínculo con los postulados fundamentales del ordenamiento jurídico, consagrados en la Constitución Política y en los tratados internacionales.⁵⁶

Tal como se anunció en el anterior apartado, del principio fundamental de la dignidad humana y del derecho fundamental a la igualdad también se deriva *el derecho subjetivo* del individuo a que el Estado disponga de todos los medios necesarios y remueva todas las barreras existentes –en todos los momentos del sistema penal- para que el sujeto pueda vincularse de nuevo a la sociedad, una vez purgue su delito. Resumido en las palabras de Ferrajoli: “Es necesario sobre todo que las condiciones de vida dentro de la cárcel sean para todos lo más humanas posible y lo menos aflictivas que se pueda”.⁵⁷

Y no ha sido otra la interpretación de la Corte Constitucional cuando afirma que “A partir de la noción de dignidad, y con ella de la autonomía de la persona- que no se pierde por supuesto por el hecho de estar ella cumpliendo una condena judicial

⁵⁶ Al respecto “ SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto y TAMAYO ARBOLEDA, Fernando León. Artículo inédito Dignidad Humana y Derecho Penal: Una difícil convergencia.: “Para que ello sea posible y tales normas puedan entenderse efectivamente rectoras -en el sentido de someter a toda la legislación penal a su contenido- parece lógico pensar que se requiere dotarlas de un refuerzo constitucional, pues sólo su conexión con el núcleo básico de algunos derechos fundamentales, en cuanto posibilita la reformulación de su contenido prescriptivo como parte del contenido de derechos o garantías constitucionales, justificaría su prevalencia frente a otras normas penales, aunque su rango siga siendo legal. Ello significa entonces, en primer término, que el carácter rector de estas normas se encuentra fundado no exclusivamente en el art. 13 del C.P., sino sobre todo en la vinculación de su contenido prescriptivo con las normas constitucionales y más concretamente con derechos y garantías fundamentales; en consecuencia, en segundo lugar, también significa que las mismas se encuentran dirigidas no sólo al juez ordinario al momento de interpretar y aplicar la ley penal, sino también al legislador al momento de crearla y al juez constitucional al momento de controlar si el legislador fue respetuoso de los límites constitucionales.”

⁵⁷. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid. Editorial Trotta Pág 397

- se ha producido una variación en la forma cómo es concebida la función resocializadora del sistema penal. *Hoy se concibe como superada la concepción de la resocialización como fundamento básico o absoluto de la intervención penal: su sentido e importancia se retoma en el horizonte de las garantías materiales. Es decir, la resocialización se entiende más como una garantía material en cabeza del condenado, consustancial a la función del sistema penal en el Estado social de derecho.*⁵⁸

Así lo han entendido SOTOMAYOR ACOSTA y TAMAYO ARBOLEDA⁵⁹ al sostener que:

“(…) En efecto, un derecho penal centrado en la persona presupone el derecho del individuo a la reintegración o readaptación social, pues la realización del *ser humano* no se agota en el hecho de existir sino que involucra también el *ser social* y en este sentido el Estado no debería imponer penas que excluyan la posibilidad de readaptación social.”

Y es que aceptar la resocialización como una garantía material en cabeza del condenado conlleva un deber negativo del Estado que va en dos sentidos: Por un lado, no debe imponer penas que excluyan la posibilidad de readaptación social, lo cual implica la proscripción de la pena de muerte, el destierro y la prisión perpetua; y por otro, tampoco debe establecer medidas restrictivas del derecho a que el condenado goce en el proceso de ejecución de la pena, del mayor contacto con el mundo externo. Todo ello, en consonancia con los arts. 10 numeral 3 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos (ley 74 de 1968) y 5 numeral 6 de la Convención americana de derechos Humanos (ley 16 de 1972), los cuales integran el bloque de constitucionalidad (art. 93 Const. Pol.) y las normas rectores del derecho penal colombiano (art. 2 C.P.).

Lo dicho no implica que desde el texto constitucional la pena encuentre su justificación en la finalidad resocializadora, y menos que el Estado pueda, lesionando la libertad moral del condenado, imponer un tratamiento tendiente a

⁵⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-261 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero. (Cursiva propia)

⁵⁹ SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto y TAMAYO ARBOLEDA, Fernando León. Artículo inédito Dignidad Humana y Derecho Penal: Una difícil convergencia.

rehabilitar al sujeto. Sino, la obligación del Estado de no sustraer al individuo de la posibilidad de resocialización con la existencia de leyes penales desproporcionadas en su duración o la creación de obstáculos en la aplicación de los subrogados penales u otras medidas liberatorias

Estas obligaciones negativas del Estado, que exigen de un lado, que la duración de las penas no hagan nugatorio el derecho a la reinserción social, y de otro, que en el desarrollo de la ejecución de la pena, el condenado goce de posibilidades de contacto con el mundo exterior, conllevan necesariamente la inconstitucionalidad de toda medida privativa de la libertad, que por su duración vuelva ilusoria la reintegración del sujeto a su medio social o que en su defecto durante la ejecución de la sentencia impida u obstaculice la relación con el mundo exterior.

Desde este punto de vista, la pena máxima prevista en la actualidad en 60 años (art. 31 C.P.), es abiertamente incompatible con la prohibición constitucional de la prisión perpetua, pues dicho término de encierro carcelario impide cualquier posibilidad de sobrevivencia y de que el condenado pueda cumplirla efectivamente y luego reintegrarse al seno de la sociedad.

Frente a la segunda exigencia, el derecho a la reinserción social obliga a una reflexión permanente por parte de los operadores jurídicos, sobre el papel esencial que juegan los subrogados penales, las penas sustitutivas y los beneficios judiciales en la humanización de la sanción punitiva. En este sentido, el análisis sobre la constitucionalidad de normas que prohíben la posibilidad de libertad condicional o del gozo de algunos beneficios penales, se hace imperiosa no sólo frente al legislador, al momento de decidir la política criminal, sino también frente al juez constitucional y ordinario que en el proceso de ponderación entre la norma penal y el derecho a la reinserción social -como una de las más necesarias expresiones del derecho fundamental a la dignidad humana-, deberá necesariamente resolver a favor del segundo.

Bajo esta comprensión, la figura del juez ordinario se torna especialmente relevante, en la medida en que ante la ley prohibitiva del subrogado penal que

imposibilita el derecho a la reinserción social, debe trascender su papel del ámbito de la subsunción legal al campo de la excepción de inconstitucionalidad, e inaplicar la norma contraria a los valores constitucionales, en desarrollo del art. 4 de la C.Política.

En el mismo sentido, la acción de tutela se presenta como herramienta fundamental para la protección del derecho subjetivo a la reinserción social, en aquellos casos en que la actividad estatal obstaculice las posibilidades del sujeto a la adecuada readaptación en el seno de la sociedad⁶⁰.

De otro lado, es preciso preguntarse por algunas formas tácitas que impiden o limitan la adecuada reinserción social de aquellas personas que han purgado su pena. Este es el caso de los antecedentes penales, que tal como lo señala LARRAURI⁶¹, representan verdaderas causas de exclusión social y laboral que en la mayoría de los casos relegan a los individuos a escenarios de subculturas criminales que incrementan ostensiblemente las probabilidades de reincidir en el sistema penal. Se hace menester precisar, que en tanto los antecedentes penales constituyen una expresión del derecho penal peligrosista, que trasciende el régimen de responsabilidad penal del acto para edificar el juicio sobre la persona, deben ser excluidos sus efectos negativos del proceso de reinserción social, a partir de considerar que el individuo ha satisfecho todas las condiciones exigidas por la pena y en consecuencia tiene el derecho a que su conducta no sea doblemente valorada en el futuro.

Una situación similar se da en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, que a pesar de no generar antecedentes penales para los menores infractores, en la práctica ha quedado demostrado cómo el certificado educativo expedido por los centros de atención especializado constituye un verdadero

⁶⁰ Al respecto, ver la reflexión sobre el carácter clasista de los requisitos legales para el goce de los subrogados penales en, SANDOVAL HUERTAS, Emiro. Sistema Penal y Criminología Crítica. Bogotá. Editorial Temis. Pág 66.

⁶¹ LARRAURI, Elena. JACOBS, James B. Reinserción Laboral y Antecedentes Penales. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2011, núm. 13-09, p. 09:1-09:25. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-09.pdf>

obstáculo al momento de presentarse a una opción laboral. Tal mecanismo de exclusión es un tropiezo más en el camino de la reincorporación y en consecuencia una violación del derecho a la reinserción social.

Es al analizar el ordenamiento jurídico de manera holística que es posible comprender la deuda que tienen los operadores jurídicos con quienes se encuentran de alguna forma vinculados al sistema penal, al haber prescindido de manera sistemática del derecho a la reinserción social en la toma permanente de decisiones en materia de política criminal.

BIBLIOGRAFIA REFERENCIADA

1.LIBROS

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho Penal Fundamental, vol. II. Bogotá. Editorial TEMIS.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid. Editorial Trotta. 2011

FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris*, Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho. Madrid. Editorial Trotta.

GARLAND, David. "La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea" Barcelona, Editorial Gedisa. 2005.

ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General*. Tomo 1. *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. (D.M Luzón Peña. Miguel- Diaz y Garcia Conlledo .Javier de Vicente Remesal, Trad.) Ed 2º Madrid, Civitas .1997

SANDOVAL HUERTAS, Emiro. Sistema Penal y Criminología Crítica. Bogotá. Editorial Temis. 1985

VÉLEZ OSORIO, Luis Gonzaga. "Otra cara del sistema acusatorio colombiano: Menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal.", Medellín: Universidad de Antioquia. 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Hacia un realismo jurídico-penal marginal". Caracas. Monte Ávila Editores Latinoamericana, 1993.

2.REVISTAS Y BOLETINES

FERRAJOLI, Luigi, Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. En DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho No. 34 ISSN 0214-8676.

LARRAURI, Elena. JACOBS, James B. Reinserción Laboral y Antecedentes Penales. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2011, núm. 13-09, p. 09:1-09:25. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-09.pdf>

MESA MORALES, Fernando. "Límites del legislador penal". Revista: *Estudios de Derecho*, Vol. XLIX. No 117-118, Medellín, 1991.

SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. “Las recientes reformas penales en Colombia. Un ejemplo de irracionalidad legislativa.” en *Nuevo Foro Penal* No. 71(Enero- Junio de 2007). Medellín.

SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto..“¿El derecho penal garantista en retirada?”, en *Revista penal*, N° 21, Madrid, WoltersKluwer España S.A., 2008.

SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto y TAMAYO ARBOLEDA, Fernando León. Artículo inédito Dignidad Humana y Derecho Penal: Una difícil convergencia.

CID MOLINÉ J., “Derecho a la reinserción social” (Consideraciones a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional en materia de permisos”), en *Jueces para la Democracia*, No. 32 (1998),

3. NORMAS Y JURISPRUDENCIA

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 890 de 2004. “ Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal” Diario Oficial No. 45.602, de 7 de julio de 2004.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta No. 345 de 2003. Proyecto de Ley estatutaria Número 01 de 2003 senado. Bogotá.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta No. 737 Proyecto de Ley 640 de 2010 del Senado. Bogotá.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1098 de 2006. “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.”Diario Oficial No. 46.446 de 8 de noviembre de 2006.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474 de 2011. “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.” Diario Oficial No. 48.128 de 12 de julio de 2011.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1142 de 2007. “Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana.” Diario Oficial No. 46.673 de 28 de julio de 2007

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1453 DE 2011. “Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad.” Diario Oficial No. 48.110 de 24 de junio de 2011.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. 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.

CONSTITUCIÓN POLITICA ESPAÑOLA. 1978.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (PIDCP, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A -XXI-, de 16 de diciembre de 1966)

CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 1833 DE 1992. Por el cual se expiden normas sobre concesión de beneficios por colaboración con la justicia. Diario Oficial No. 40.668, de 14 de noviembre de 1992.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 100 de 1980 “Por medio del cual se expide el Código Penal” Diario Oficial No. 35.461 de 20 de febrero de 1980

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-679 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-762 de 2015. M.P. Gloria Estella Ortiz Delgado.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-565 de 1993 M.P. Hernando Herrera Vergara.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-261 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-806 de 2002 M.P. Clara Inés Vargas.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA .Sentencia C-430 de 1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C- 488 de 2009, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-013 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-083 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia. Sentencia C- 148 de 2005 M.P. Álvaro Tafur Galvis. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-475 de 2005 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-425 de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-738 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-609 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-488 de 2009, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio:

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-255 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-143 de 2015, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C- 488 de 2009, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-291 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-609 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-070 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-881 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-365 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-636 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo.

CORTE CONSTITUCIONAL. DE COLOMBIA. Sentencia T-762 de 2016. M.P. Gloria Estella Ortiz Delgado.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-261 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-591 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

