

Propuesta de modificación a la ecuación penal actual: una alternativa a la problemática penitenciaria en Colombia*1

Proposed modification to the current penal equation: an alternative to prison problems in Colombia

ALDEMAR BARRAGÁN OVIEDO**

aldemarasociados@hotmail.com

HUGO ERNESTO BAUTISTA TRUJILLO***

hubautista@yahoo.es

RESUMEN

La crisis carcelaria en Colombia y la vulneración a los derechos fundamentales que ella genera demandan la valoración de la Sentencia T-153 de 1998, así como las que sobre el particular posteriormente se han expedido, en las que se determinó la existencia de un estado de cosas inconstitucional, generado por la grave crisis carcelaria, así como las alternativas institucionales con las que se espera superarla.

El transcurrir del tiempo evidenció que las alternativas jurisprudenciales son insuficientes frente a la magnitud de la referida crisis, pues la simple ampliación de la infraestructura carcelaria no puede considerarse la única solución; esto valida la pertinencia de alternativas jurídicas que estructuren una solución que, a corto y mediano plazo, mejore las condiciones de vida de la población carcelaria.

La alternativa que se presenta en este artículo consiste en trocar los elementos que integran la ecuación penal actual, para permitir que frente a delitos que no comprometan la vida, la existencia física de las personas, o la seguridad nacional, se pueda aplicar una pena que no implique la privación de la libertad.

PALABRAS CLAVE: población carcelaria, derechos fundamentales, ecuación penal, justicia efectiva.

ABSTRACT

The prison crisis in Colombia and the violation of the fundamental rights that it generates, demands the assessment of judgment T-153 of 1998, as well as those that have been issued on the subject since, in which it was determined the existence of a state of things unconstitutional, generated by the serious prison crisis, as well as the institutional alternatives with which it is expected to surpass it.

Over the years, I have shown that the alternatives of jurisprudence are insufficient in view of the magnitude of the crisis, since the simple extension of the prison infrastructure can not be considered as the solution to this crisis; This makes valid, conceiving legal alternatives that structure a solution that in the short term and medium term, improve the living conditions of the prison population.

The alternative presented by the article consists of exchanging the elements that make up the current penal equation, allowing that in the face of crimes that do not compromise life, the physical existence of people, or national security, a penalty that does not imply Deprivation of liberty.

KEYWORDS: prison population, fundamental rights, criminal equation, effective justice.

Fecha de recepción: 2017/02/28 – Fecha de evaluación: 2017/03/04 – Fecha de aprobación: 2017/06/15

* Cómo citar este artículo: Barragán Oviedo, A. y Bautista Trujillo, H. E. (Julio-diciembre de 2017). Propuesta de modificación a la ecuación penal actual: una alternativa a la problemática penitenciaria en Colombia. *Criterio Jurídico Garantista*, 10(17), 126-145.

1. Artículo de reflexión, resultado de investigación para optar al título de magíster en Ciencias Penales y Forenses.

** Magíster en Ciencias Penales y Forenses, Universidad Autónoma de Colombia.

*** Magíster en Ciencias Penales y Forenses, Universidad Autónoma de Colombia.

Propuesta de modificación a la ecuación penal actual: una alternativa a la problemática penitenciaria en Colombia

ALDEMAR BARRAGÁN OVIEDO
HUGO ERNESTO BAUTISTA TRUJILLO

SUMARIO

Introducción – I. LA CRISIS CARCELARIA EN COLOMBIA Y SUS CAUSAS – II. LA ECUACIÓN PUNITIVA DEL SISTEMA PENAL, FUNDAMENTO DEL SISTEMA PENITENCIARIO Y CARCELARIO COLOMBIANO – III. PROPUESTA DE UNA NUEVA ECUACIÓN PUNITIVA, APLICABLE A DELITOS QUE POR SU NATURALEZA ADMITEN UNA PENA NO PRIVATIVA DE LA LIBERTAD – IV. Conclusiones – Referencias.

127

Introducción

Este artículo no pretende realizar una descripción valorativa del sistema penal y punitivo colombiano, ni cuestionar las fórmulas doctrinarias y jurisprudenciales sobre las que se ha estructurado el desarrollo y la aplicación de la pena y su injerencia en la estructura penitenciaria. Tampoco constituye un breviario de las denominadas penas alternativas que podrían tener aplicación en nuestro sistema penal penitenciario. El objeto de las presentes líneas es presentar, ante la comunidad académica, una propuesta de modificación de los elementos que integran la ecuación inmersa en el actual sistema penal penitenciario. Se trata, en líneas generales, del paso de una estructura cuya visión está enfocada en un concepto de justicia eminentemente sancionatoria, a otra cuya naturaleza sea bus-

car medidas de restauración del daño causado con la infracción penal y la resocialización del infractor, que no impliquen necesariamente la afectación física, tal como lo es la privación de la libertad en establecimiento carcelario.

Para contextualizar la propuesta es menester referenciar las causas de la crisis carcelaria en Colombia y mediarlas con los aspectos teóricos en que se debe inspirar la estructura penal-punitiva en el Estado social de derecho. Ello, en concordancia con los criterios de derecho supranacional que han establecido sobre este particular los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en virtud de los cuales es posible entender que la utilización de la pena privativa de la libertad, como factor determinante en la construcción de la política punitiva, no es el único medio idóneo para la ma-

terialización de una justicia penal efectiva, que se corresponda fielmente con los principios que tal modelo de Estado demanda.

La conjugación de los mencionados elementos permite evidenciar la obsolescencia de nuestro actual sistema penal penitenciario y de la ecuación penal-penitenciaria, por lo que, de mantenerse el ordenamiento vigente, se incentiva el contrasentido existente entre esta aplicación normativa y los fines propios del Estado social de derecho, el cual se caracteriza por el reconocimiento y la promoción de los derechos fundamentales, en especial por la libertad y la justicia, derechos que se enaltecen con la aplicación de la nueva fórmula que se presenta en este artículo.

128 Recuérdese que doctrinaria y jurisprudencialmente se ha determinado que en una formación estatal que se profese social y de derecho, el horizonte de las actuaciones estatales (lo que incluye a la política penal-punitiva y penitenciaria) lo constituye el garantizar y promocionar la primacía de los derechos que corresponden a la persona humana. Mandato que se ve diluido cuando el ordenamiento legal erige un sistema penal en el que se favorece una visión de la justicia simplemente sancionatoria.

En este trabajo se introduce una propuesta pedagógica con la que se promueva un cambio en la ecuación penal-punitiva, partiendo de una valoración de la realidad penitenciaria nacional, luego de revisar la postura ideológica sobre la que se ha gestado el actual sistema penal-punitivo, para concluir en la estructuración de una nueva estructura punitiva que logre establecer criterios de justicia efectiva que no impliquen

necesariamente la privación de la libertad, y que respondan a la materialización de los fines del Estado social de derecho, teniendo en cuenta adicionalmente que las alternativas que se plantean no requieren, en su implementación, la utilización de mayores recursos técnicos o fiscales, y que seguramente sería el primer paso para la consolidación de una salida real a la problemática carcelaria, que en la actualidad constituye la encrucijada más fuerte a la que se enfrenta la justicia en Colombia.

I. La crisis carcelaria colombiana y sus causas

Abordar el estudio de las causas y la problemática carcelaria por la que estamos atravesando no puede hacerse sin acudir a los pronunciamientos que sobre el particular ha proferido la Corte Constitucional, quien tuvo en cuenta las condiciones que dan origen a la crisis presente en este sector, y estableció tanto las medidas a seguir como las responsabilidades que competen a cada una de las instituciones estatales e incluso a la sociedad en general. Repasemos brevemente estos planteamientos y denotemos si ellos pueden constituir la única medida eficiente para conjurar la crisis de nuestro sistema penitenciario y en especial de las instituciones carcelarias.

Las disertaciones jurisprudenciales sobre el particular constituyen un llamado al pleno del Gobierno y las ramas del poder público para que actúen de manera coordinada en pro de superar la crítica situación que se presenta en las cárceles colombianas. ¿Será ello suficiente?, la simple actuación gubernamental no puede entenderse

como el único medio para conjurar la mencionada crisis carcelaria. Aunque la Corte Constitucional no se ha pronunciado directa y enfáticamente acerca de la ecuación penal-punitiva inmersa en nuestra estructura penal, consideramos que es allí en donde se encuentra uno de los medios más efectivos que permitirán combatir efectivamente la causa y los efectos de la crisis carcelaria. Será la modificación de tal ecuación, proyectada hacia la consolidación de una justicia efectiva, la que ofrezca una alternativa de solución.

En el documento *Personas privadas de la libertad, jurisprudencia y doctrina*, realizado por David García para la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, se presenta de manera detallada la crítica situación carcelaria que atraviesa Colombia, la cual tiene origen en el hacinamiento y las condiciones inhumanas en las que debe habitar la población penitenciaria.

En tal escrito la realidad carcelaria se aborda de la mano de los pronunciamientos que sobre el particular profirió la Corte Constitucional en las sentencias T-153 de 1998, SU-559 de 1997 y T-068 de 1998, entre otras tantas en que se ha ocupado del asunto. El siguiente repaso de la jurisprudencia permite dimensionar la imposibi-

lidad de dar cumplimiento, al menos en un futuro cercano, a las alternativas gubernamentales y administrativas que la Corte Constitucional ha ideado para conjurar la crisis penitenciaria y carcelaria por la que atraviesa el país desde hace más de dos décadas.

La Sentencia T-153 de 1998 determinó la existencia del denominado “estado de cosas inconstitucional”² en materia carcelaria; en tal pronunciamiento se abordan los diversos aspectos que integran la vida diaria de la población carcelaria, teniéndose como factor germinal del caos que se vive en las entidades carcelarias al hacinamiento. Indica la sentencia en referencia: “*las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materias de servicios públicos y asistenciales*” [cursivas en el original]. Esta sentencia, de manera conclusiva, describe las principales manifestaciones de la crisis carcelaria. Pero se considera pertinente enunciar que las obligaciones con la población carcelaria no solo se limitan a los graves aspectos que se reflejan en la cita anterior; el deber que le asiste a la organización estatal y a la sociedad en general con los privados de la libertad está plasmado en el catálogo de derechos que le corresponden a las personas privadas de la libertad, los cuales no difieren en mucho de los que habitualmente corresponden a las personas en un Estado social

2. “En las sentencias SU-559 de 1997 y T-068 de 1998 esta Corporación ha hecho uso de la figura del estado de cosas inconstitucional con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general —en tanto que afectan a multitud de personas—, y cuyas causas sean de naturaleza estructural, es decir, que por lo regular no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades. En estas condiciones la Corte ha considerado que dado que miles de personas se encuentran en igual situación, y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional.”

constitucional de derecho (Sotelo, 2010), y que para nuestro medio fueron acentuados: 1) por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en pronunciamientos como el Caso de las personas privadas de libertad en la penitenciaría “Dr. Sebastião Martins Silveira” en Araraquara, São Paulo, Brasil; el Caso del Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II (Cárcel de Yare); el Caso del Internado Judicial de Monagas “La Pica”; el Caso de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el “Complexo do Tatuapé” de FEBEM, y 2) por nuestra Corte Constitucional en las ya enunciadas sentencias T-153 de 1998, SU-559 de 1997 y T-068 de 1998, ente otras tantas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Instituto de reeducación del menor contra Paraguay*, sentencia del 2 de septiembre de 2004

—mandato que tiene efectos vinculantes para los países que se encuentran bajo la jurisdicción de la Corte Interamericana— increpa al establecimiento gubernamental para que conjure las violaciones a los artículos 4 y 5 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, de 2015,³ en relación con los artículos 19 y 1.1. de la misma Convención, relativos al derecho a la vida y a la integridad personal (Durán García, 2006, p. 64).⁴ Esta sentencia expresamente indica: “quien sea detenido tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal” (Durán García, 2006, p. 36). A esta premisa obligacional se suma una descripción funcional a partir de la cual el Estado, frente a la población carcelaria, asume una posición de garante pleno, la cual lo hace

3. “Artículo 4. Derecho a la Vida. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. 2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente. 3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido. 4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos. 5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieran menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez. (...)”

Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente. 4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas. 5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento. 6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.”

4. En la cual se hace referencia a una valoración de la Convención Americana de Derechos Humanos, realizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, del siguiente tenor: “Ante esta relación e interacción especial de sujeción entre el interno y el Estado, este último debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de la libertad y que, por tanto, no es permisible. De no ser así, ello implicaría que la privación de la libertad despoja a la persona de su titularidad respecto de todos los derechos humanos, lo que no es posible aceptar.”

responsable no solo por las condiciones mínimas de manutención de los privados de la libertad, sino que adicionalmente le corresponde el deber de garantizar su integridad física y mental.

Al Estado privar de la libertad a un individuo, lo sustrae de la posibilidad de autosatisfacer sus necesidades, por lo que debe proceder a socorrerlo en los aspectos que se relacionan con sus condiciones mínimas de existencia. Ello implica el no desconocer en ningún momento la dignidad de quien ostenta la condición de recluso. Lo anterior quiere decir que la autoridad estatal es la responsable plena de la vida e integridad de la población carcelaria. Obligación que no solo se relaciona con los aspectos que constituyen la existencia física de los reclusos, sino que las medidas que se adopten para garantizar tal existencia deben acompañarse con las acciones que se estimen pertinentes para lograr la resocialización sociolaboral de los penados. Aspecto que en la condición actual del sistema penitenciario y de las instituciones carcelarias colombianas se diluye hasta el punto de su negación total.

En la teoría constitucional actual, enmarcada bajo los postulados del Estado social de derecho, ha de entenderse que en la relación penado-Estado le corresponde a este último asumir la posición de garante pleno de las condiciones de existencia y del catálogo de derechos que se profesan de la persona humana,⁵ sin que medie excusa alguna en razón de la privación de la libertad de que sobre tal recae.

Para el Tribunal Constitucional es pertinente valorar el contenido de tal obligación, teniendo especial observancia del hecho de que, pese a que el sujeto privado de la libertad es objeto de tal medida por la realización de una conducta que es considerada contraria a las expectativas sociales, que se expresan en la ley, lo que permite la afectación válida al goce de ciertos derechos que le son propios en razón de su condición humana, no es menos cierto que tal afectación no debe desconocer en ningún momento el contenido esencial de los derechos que constitucionalmente se han establecido (Melden, 1980, p. 419).

En la Sentencia T-851 de 2004, la Corte Constitucional acentúa su posición sobre el particular, cuando realiza una remembranza del objeto de la premisa obligacional y funcional que se espera de la política carcelaria:

Los reclusos se encuentran vinculados con el Estado por una especial relación de sujeción, ello significa que este último puede exigirle [sic] a los internos el sometimiento a un conjunto de condiciones que comportan precisamente la suspensión y restricción de los distintos derechos fundamentales, condiciones sobre las cuales debe añadirse que deben ajustarse a las prescripciones del examen de proporcionalidad. [Cursivas e el original].

Como puede observarse, el Tribunal Constitucional clama por la existencia de una dosis de proporcionalidad que no se profesa en relación con la magnitud de la conducta delictiva que generó el encierro carcelario, sino en cuanto a las limitantes que eviten una afectación despropor-

5. “El Estado, en cumplimiento de su posición de garante adoptó las iniciativas para garantizar a todos los internos (...) una vida digna con el objeto de fortalecer su proyecto de vida, a pesar de su encierro” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004, citada en Durán García, 2006).

cionada de la libertad, a fin de impedir que con ello se atropellen aquellos derechos que *per se* son irrenunciables e irrestringibles, tales como la vida y la integridad física-psicológica.

Ahondar en los pormenores de cada una de las consecuencias nefastas que acarrea el hacinamiento y las demás afectaciones a las condiciones de vida de la población carcelaria no es el objeto central de este artículo, pero su enunciación fue vital para dimensionar que con las alternativas planteadas institucionalmente de crear nuevos cupos carcelarios e instituciones de reclusión, la problemática está lejos de solucionarse no solo por los altos recursos que estas alternativas demandan, sino por la demora que su ejecución acarrea. Por ello es válida la concepción de otras alternativas que permitan conjurar de una manera inmediata los elementos de la crisis, las cuales con el fin de lograr un mayor afianzamiento académico se presentan en la figura 1.

II. La ecuación punitiva inmersa en nuestro sistema penal, sobre la cual se edificó el sistema penitenciario colombiano

Pocas veces nos preguntamos si nuestro sistema penal y penitenciario contiene elementos comunes que entrelacen su desarrollo y su aplicación; la mayoría de las veces nos limitamos a realizar una operación de estandarización y correspondencia, a través de la cual se toma el delito y, simplemente, se busca la pena que le corresponde, para que posteriormente se proceda a su materialización. Ello, a la usanza de los ejercicios de la matemática, en donde los resultados están dados exactamente para cada operación.

Pero todo esto empieza a replantearse cuando se logra entender que sí existen elementos comunes en las estructuras que integran la política penal, que se desarrollan de forma independiente al interior de tal sistema, así su resultante se vea como un todo. Observemos que el elemento germinal y común de los mencionados sistemas (penal, penitenciario y carcelario) se encuentra en la aplicación de la ecuación penal fundamental; esta fija los criterios de castigo, reparación y justicia que han de imperar en el sistema penal colombiano.

Para hallar esta ecuación basta con observar la forma en que se construyó la estructura penal, pues cuando se revisa el Código Penal se encuentra que al establecer las conductas que se entienden penalmente relevantes, con todos los elementos que las integran y desarrollan, la cláusula penal termina indicando la sanción atribuible a quien comete un determinado acto, sanción que se mide en tiempo de privación efectiva de la libertad y algunas otras medidas accesorias.

132

Figura 1: Factores determinantes de la crisis carcelaria en Colombia



Fuente: elaboración propia.

Nota: Se denota la afectación de la crisis carcelaria en razón a los aspectos que la causan y los derechos que se ven afectados.

Es decir, en nuestro sistema el criterio punitivo es establecido por la prevalencia de la privación de la libertad y no por la aplicación de otras medidas resarcitorias que podrían ofrecer alternativas de reparación y de justicia efectivas, que no implican la privación efectiva de la libertad.

Para definir puntualmente los elementos que integran nuestra ecuación punitiva actual es necesario acudir al texto del Código Penal vigente (Ley 599 de 2000). Repasemos la denominada parte especial, en donde se encuentran postulados como el del artículo 103, en el que se indica: “*Homicidio*. El que matare a otro, incurrirá en prisión de trece (13) a veinticinco (25) años”. Por otra parte, en el artículo 192 señala: “*Violación ilícita de comunicaciones*. El que ilícitamente sustraiga, oculte, extravié, destruya, intercepte, controle o impida una comunicación privada dirigida otra persona o se entere indebidamente de su contenido, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años”. El artículo 253 establece: “*Alzamiento de bienes*. El que alzare con sus bienes o los ocultare o cometiere cualquier otro fraude para perjudicar a su acreedor, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años”. Así mismo, el contenido de los artículos 273 y 343 rezan, respectivamente: “*Falsificación de moneda nacional o extranjera*. El que falsifique moneda nacional o extranjera, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años” y “*Terrorismo*. El que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o

la libertad (...), incurrirá en prisión de diez (10) a quince (15) años”.

De las anteriores referencias normativas se puede deducir la existencia de un elemento común en nuestra política penal: que la medida de justicia aplicable es el tiempo que se prive de la libertad al infractor de la norma penal.

Puede verse, de manera independiente al tema de los agravantes o eximentes de responsabilidad señalados en la disposición penal, que a la hora de determinar las conductas contrarias a las expectativas sociales reconocidas por el ordenamiento socio-legal,⁶ esto se hace junto con la descripción de la pena privativa de la libertad que le ha de corresponder.

Ello claramente permite entender que en la estructura punitiva-penitenciaria colombiana su elemento rector no sea la materialización de justicia restaurativa efectiva, o la simple reparación del daño, o la necesaria resocialización del infractor, y menos la consolidación del reproche social como medio para desincentivar la ocurrencia de actos penales, tal como ha sido planteado por autores como Luigi Ferrajoli en *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal* (2011) y en *Principia Iuris* (Vol. 1). *Teoría del derecho: teoría del derecho y de la democracia* (2011), entre otras de sus múltiples obras; o Iñaki Rivera Beiras en *Recorridos y posibles formas de penalidad* (2005), quienes en distintas obras se han preguntado cuál debe ser el papel de la pena dentro del derecho pe-

6. Ordenamiento socio-legal, corresponde no solamente a la legislación y las conductas plenamente descritas o reguladas en esta, sino las medidas de conducta que socialmente se esperan del otro sin necesidad de que estas estén positivizadas. Definición construida a partir de los conceptos de ordenamiento legal y ordenamiento social de Cabanellas Torres (2012).

nal, así como los medios y las formas sobre las que estas deben darse para obtener parámetros de justicia efectiva, los cuales nunca se obtienen con la simple reclusión en prisión del infractor, a la usanza colombiana, en donde la población carcelaria crece y crece como consecuencia del modelo inquisitivo-punitivo que está inmerso en su centro.

Nuestro régimen carcelario, establecido por la Ley 65 de 1993, en sus más de veinte años, pese al cambio de que fue objeto el sistema penal y que conllevó pasar del denominado sistema inquisitivo al acusatorio, mantiene iguales los criterios, actuaciones y sanciones punitivas, y con tendencia a desmejorarse, pues la infraestructura carcelaria sobredimensionada y precaria, se vio ante la necesidad de cumplir con las exigencias de un nuevo sistema, sin que pudiera desligarse de las obligaciones que le dejó el sistema anterior.

Esta referencia a la obsolescencia del sistema punitivo-penitenciario y su influencia en la estructura penal actual nos permite acentuar la precariedad de la ecuación punitiva vigente, que se encuentra inmersa en nuestro sistema penal. Repasemos los componentes de tal ecuación en la narración de los artículos del Código Penal realizada anteriormente; se indicó que en nuestro medio se estableció como regla general, que al momento de determinarse qué conducta se entiende como delito, concomitantemente se establece la pena privativa de la libertad que le ha de corresponder a tal falta. De ello se desprende que la ecuación punitiva se corresponde con la fórmula que se aprecia en la figura 2.

Figura 2: Ecuación punitiva actual



Fuente: elaboración propia.

Obsérvese que los elementos de esta ecuación se orientan a la consolidación de una justicia sancionatoria, la cual se traduce en la imposición de una pena efectiva, consistente por lo general en una pena de sentido que se significa, en pocas palabras, en la privación de la libertad de quien con su conducta contrarió los postulados que integran la normatividad penal.

Repasemos en detalle los elementos que integran tal ecuación punitiva. En primer lugar encontramos al *delito*, el cual siempre será pieza fundamental en la construcción de cualquier ecuación que se edifique en el seno de una política penal-punitiva. Por ello se acude a una definición universal que se encuentre desligada de cualquier sistema procesal o de cualquier ideología penal, como la plasmada en el *Diccionario de ciencias jurídicas* de Guillermo Cabanellas, construida a partir de los criterios que comúnmente se han aceptado. En dicho diccionario de entiende por delito:

El acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal (...) las características del delito serían: actividad, adecuación típica, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, penalidad y, en ciertos

casos condición objetiva de punibilidad. (Cabanelas, 2004, p. 425).

Aunque esta definición a muchos les podría parecer corta o insuficiente, o enmarcada en una visión específica, lo cierto es que encierra los elementos que todas las doctrinas y teorías acerca del delito han considerado como parte fundamental de este concepto. Como bien se señaló, esta parte de la ecuación penal-punitiva del sistema actual se mantiene incólume, lo que no obsta para que se indique que algunas de las conductas que se encuentran calificadas como delito en nuestro ordenamiento han adquirido esta denominación por tendencia del populismo punitivo, que entiende que la forma de ejercer el control social efectivo es extendiendo el catálogo de delitos y agravando las penas señaladas para estos, tal como lo expone en la obra *La expansión del derecho penal*, Silva Sánchez (2001).

El segundo elemento de la ecuación punitiva vigente es el relacionado con *la pena a imponer* como consecuencia de la ocurrencia del delito, la cual en la fórmula tratada se mide en razón de los periodos de privación de la libertad. A partir de este derrotero se entiende cuál es la carga que debe soportar el infractor y el porcentaje de justicia que la sociedad espera con la imposición de tal pena. Renglones más adelante

se aborda el tema de la impropiedad que genera mantener este algoritmo dentro de la ecuación punitiva, tal como se entiende hoy en nuestro sistema penal.

El tercer elemento de la ecuación corresponde a su resultante: la denominada *justicia sancionatoria*,⁷ la cual es el instrumento que a partir de una afectación a la mismidad (Zubiri, citado por Antúnez, 2006)⁸ de la persona infractora alcanza los parámetros de satisfacción que socialmente se esperan, a fin de que se entienda que la infracción ha sido efectivamente pagada, un poco a la usanza de la antigua ley del Talió (Ferrajoli, 2011a, p. 387)⁹, según la cual una afectación debía ser retribuida con otra de igual proporción en la persona de quien la causó, sin que mediara mayor consideración al respecto.

La forma que se brindó a la mencionada afectación en nuestro medio fue la privación de la libertad. Una medida que *per se* no implica aspectos como la reparación del daño, la consolidación de una medida restaurativa, el otorgamiento de una garantía de no repetición, ni criterios de resocialización del infractor; simplemente se habla de una justicia sancionatoria en la que se entiende que, con la aplicación de una sanción consistente en la privación de la libertad, se restablece el orden social y se repara el daño que se ha causado con la ocurrencia de un delito.

7. El concepto de justicia sancionatoria se puede construir a partir de los postulados que en tal sentido esgrime Ferrajoli en la obra *Principia Iuris*.

8. Concepto a través del cual Xavier Zubiri describe aquellas cosas que corresponden a las condiciones propias de cada sujeto, las cuales se profesan en exclusividad de este.

9. Al respecto consultar el capítulo 29, numeral 2, titulado “El talió y la idea de una correspondencia natural entre pena y delito”.

Edificar nuestro sistema penal-punitivo sobre una ecuación como la mencionada, necesariamente conlleva que en su materialización se gesten fenómenos reprochables como lo es el desconocimiento de los derechos fundamentales de la población carcelaria por el hacinamiento y las precarias condiciones de existencia que pareciesen anular todo viso de dignidad (CConst., T-153/1998, T-881/2002 y T-861/2013).

Como se puede concluir de lo dicho hasta el momento, es urgente replantear la estructura de la ecuación sobre la que se erige el sistema penal-penitenciario colombiano, por cuanto tanto la política como la infraestructura carcelaria solo podrán superar la crisis que actualmente las aqueja si se avizora una nueva perspectiva penal-punitiva, lo que implica concebir una ecuación penal-punitiva distinta, que se oriente hacia la consolidación de una justicia efectiva en la que el infractor, de verdad, repare el daño causado y reciba de la sociedad un trato que le permita ingresar en su seno y hacer parte de ella, sin que exista discriminación, repudio y negación total de oportunidades, situaciones que lo condenan a seguir delinquiendo por considerar tal accionar como su único medio de subsistencia, como ocurre hoy día.

Necesitamos adentrarnos en este debate, de manera directa e inmediata, en razón a su importancia, tal como lo han hecho en otras latitudes donde constituye uno de los principales temas de estudio. En Europa, por ejemplo, autores como Ferrajoli (2011a, 2011b) y Rivera Beiras (2005) se cuestionan acerca de cuál debe ser la naturaleza y la forma en que se desarrolle la sanción penal, y la clase de justicia que se crea a través de ella, e increpan sobre cuáles deben ser los fines buscados con la imposición de la pena. Aspectos que, en todo caso, no pueden responder a una postura de justicia sancionatoria, no solamente por las cargas socioeconómicas que acarrea el castigar toda conducta que contrarié postulados penales con pena privativa de la libertad, sino porque una visión de justicia tan cargada de inmediatez y castigo deja poco espacio a la resocialización del infractor y a la reparación integral del daño causado, lo que es contrario en todo sentido a los postulados del Estado social de derecho y a los fines esenciales del Estado que establecen los artículos 1 y 2 de la Constitución Política de 2011).¹⁰

El debate al que se ha hecho referencia no se centra en los aspectos filosóficos e incluso político-teóricos que, respecto a la pena, se edificaron

10. "Artículo 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares."

por la denominada criminología crítica (Larrauri, 1991, p. 209),¹¹ pero sí guarda relación con los criterios sobre las alternativas a la privación de la libertad o cárcel, que desarrollaron los pensadores y defensores de esta teoría jurídica.

La mencionada discusión teórica, como bien se referenció líneas atrás, propende por que se edifique un sistema penal en el que la pena se corresponda con aspectos que van más allá de la denominada pena física o de privación de la libertad. Uno de los exponentes más llamativos en la procura por este cambio es Luigi Ferrajoli, quien dedica parte de su obra *Derecho y razón: teoría del garantismo penal* (2011a), a valorar la temática propia de la pena en un entorno social y democrático.

En el aparte “El principio de la pena mínima necesaria y del respeto a la persona” Ferrajoli (2011a) presenta un contexto histórico de los principios aplicados en el desarrollo de la política punitiva estatal de Occidente, los cuales a su vez sustentan la nueva mirada que debe brindársele a tal temática. Afirma el profesor Ferrajoli:

Puede quizá distinguirse en términos aproximados, tres fases en el desarrollo histórico de las penas; la de las penas informales marcada por el carácter casual, relativamente espontáneo no reglado y sobre todo privado de la intervención punitiva, y de las penas naturales, caracterizadas por la búsqueda, aunque sea ilusoria, de un nexo

La reparación busca que, en lo posible y de acuerdo con la naturaleza del bien jurídico afectado, el infractor proceda a reparar tanto el daño como los perjuicios causados con su conducta.

Tal reparación no necesariamente se refiere a acciones dirigidas en favor exclusivamente del afectado con la conducta penal, también puede beneficiar al general de la población, como lo puede ser el trabajo comunitario o la impartición de programas pedagógicos para la reintegración.

natural o sustancial entre pena y delito; y la de las penas convencionales, basadas en el reconocimiento del carácter exclusivamente jurídico de la relación entre el tipo y el grado de la penas y el tipo y el grado del delito. (2002, p. 45).

En este primer momento la valoración de la pena se realiza más desde una perspectiva de justicia socioantropológica, en la que prima la naturaleza simple de las cosas, el equilibrio con que deben corresponderse el delito y la pena, lo que podría entenderse como una visión más humanizada de la ley del Talió y la configuración aplicativa del principio *nulla poena sine crimine* (Ferrajoli, 2011a, p. 394).¹²

11. Los criterios básicos esbozados por la criminología crítica, en lo que respecta a las alternativas a la privación de la libertad, el autor los plantea con claridad en la obra *La herencia de la criminología crítica*, en especial en el aparte 5.III, Las alternativas a la cárcel: ¿“redes más amplias”?

12. “La aceptación del principio de retributividad expresado en nuestro primer axioma *nulla poena sine crimine* e indudablemente satisfecho por el criterio del talió.”

Esto en voz del autor en comentario, y en desarrollo de una conclusión lógica frente al asunto de las penas, nos lleva a otro de los elementos determinantes cuando se teoriza sobre esta. Ese aspecto, que se corresponde con el axioma jurídico *nulla poena sine lege*,¹³ refiere a la necesaria estipulación del delito y de la correlativa pena, es decir, que sin estos elementos no podría darse la formalización de la acción punitiva y su aplicación no sería un rasgo de política punitiva, sino de sectarismo sociopolítico, que raya con el autoritarismo y no guarda ninguna pertinencia en un Estado que se profese como social de derecho.

Pero a las anteriores premisas, propias de las penas en un sistema punitivo legalmente constituido dentro de los parámetros del Estado social de derecho, se le debe sumar otra máxima de obligatoria aplicación, y que Ferrajoli promociona como el factor básico para el desarrollo de una sana política punitiva-penitenciaria: el nominado principio *nulla poena sine necessitate*,¹⁴ es decir, la necesidad de la pena entendida no solo como un criterio de existencia de esta, sino como un criterio de graduación o de construcción de medios diversos, ajenos a las penas de sentido, con los cuales llevar a cabo el fin de reparación y resocialización que corresponde a la pena en un Estado social y democrático de derecho.

Después de repasar los axiomas a los que debe responder la imposición de una pena y dibujar el

sentido hacia donde estos deben orientarse, continuó Ferrajoli propendiendo por la humanidad de las penas:

Resulta por eso un argumento no solo pertinente, sino decisivo e incondicionado a favor de la humanidad de las penas en el sentido de que toda pena cualitativa y cuantitativamente, mayor que la suficiente para frenar reacciones informales más aflictivas para el reo puede ser considerada lesiva para la dignidad de la persona. Ya se ha dicho que esta medida es el límite máximo, no superable sin que el reo sea reducido a la condición de cosa y sacrificado a finalidades ajenas. (2011a, p. 396).

Y continúa acentuando:

Principio de necesidad y dignidad de la persona humana, son así los dos criterios complementarios –correspondientes a los dos fines asignados a la pena– sobre los que podemos basar, frente a las recurrentes sugerencias de las ideologías retribucionistas y de la defensa social, un nuevo programa de minimización de las penas.

(...)

Tanto la diferenciación como el tratamiento reeducativo y la discrecionalidad administrativa en la determinación de la calidad y la duración de la privación de la libertad contradicen efectivamente no solo los principios de retributividad, legalidad y jurisdiccionalidad, sino también los de necesidad y humanidad de las penas, resolviéndose en tratamientos desiguales no justificados por la diversidad del delito y, por consiguiente, lesivos para la libertad interior y la dignidad personal del reo por su pretensión de transformar a la per-

13. “Las penas convencionales, a su vez, se afirman simultáneamente al principio de legalidad de las penas expresado en la tesis *nulla poena sine lege*, indispensable para la estipulación y graduación normativa de la calidad y cantidad de las penas” (Ferrajoli, 2011a, p. 394).

14. “La formalización legal de la pena constituye un presupuesto esencial también para su minimización conforme al criterio utilitarista y humanitario, expresado por la tesis *nulla poena sine necessitate*” (Ferrajoli, 2011a, p. 394).

sona. Por otra parte, tampoco la desigualdad y la atipicidad de la pena pueden justificarse —como en los regímenes y en las cárceles especiales instituidas en Italia durante el último decenio— por exigencias de seguridad frente al peligro de evasiones o de contactos ilícitos con el exterior. Estas exigencias como diremos en su momento justifican medidas de vigilancia externas, pero no medidas aflictivas o restrictivas de carácter selectivo y discriminatorio para clases especiales de presos. (2011a, pp. 396-397).

De lo expuesto por Ferrajoli en la cita anterior podemos afirmar que, en cuanto a la naturaleza fáctica de la pena, se vislumbra que la humanización y la flexibilidad en las formas de la pena son elementos que cobran vital importancia en la conformación de una política penitenciaria que se corresponda con los postulados del Estado social y democrático de derecho. Pero este mismo autor, en un aparte subsiguiente, delinea un aspecto adicional del debate que pretendemos referenciar: el relativo al poco interés que el mundo jurídico contemporáneo ha prestado a la temática de la naturaleza, alcance y formas de las penas,¹⁵ lo que ha generado una escasa literatura en la materia. El debate punitivo en la academia y los estamentos gubernamentales se ha centrado en la determinación del sistema penal, en la estructuración de los delitos y de las penas a imponer, pero poco se habla de la política penitenciaria, de los fines de las penas y demás aspectos que se han presentado en esta disertación. Y es este completo olvido el que da relevancia al debate que hemos venido presen-

tando, más cuando las consecuencias de la precariedad del sistema punitivo-penitenciario está *ad portas* de causar una crisis legal y humanitaria sin precedentes, que desconoce desde toda órbita el mandato constitucional que nos hemos dado desde 1991.

Pero Ferrajoli no es el único pensador que denota la importancia del debate en torno al cambio de paradigma en el desarrollo de la política punitiva-penitenciaria. Santiago Mir Puig, en su obra *Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, refiere que se trata de

un derecho penal más preocupado por la eficacia de sí mismo que por servir a todos los ciudadanos. La pena se convirtió a veces en un arma del Estado esgrimida contra la sociedad, trocándose la eficacia de la pena del terror penal. Este es un peligro que encierra un derecho penal concedido para ser eficaz. Como toda arma peligrosa, la pena preventiva ha de someterse a un control riguroso. Un Estado democrático ha de evitar que se convierta en un fin en sí mismo o al servicio de intereses no convenientes para la mayoría de los ciudadanos o que desconozca los límites que debe respetar frente a toda minoría y todo individuo. (1994, p. 37).

Esta breve referencia, al igual que lo hizo el autor inicialmente comentado, esboza la importancia de reorientar la política punitiva-penitenciaria hacia aspectos que vayan más allá del uso de la pena como instrumento de coerción social, y de considerar a la restricción de la libertad

15. “En un libro reciente titulado *La commisurazione della pena*, pero dedicado exclusivamente al problema de la determinación de la pena por parte del juez, Emilio Dolcini lamenta la escasez de literatura penalista sobre el tema. Pero si es escasa la literatura en materia de determinación judicial, sobre la pre-determinación legislativa de la calidad y de la cantidad de la pena es casi inexistente” (Ferrajoli, 2011a)



Una vez se tenga claro el catálogo de delitos cuya pena no debe corresponder a la privación de la libertad, se puede proceder a establecer las medidas restaurativas que se aplicarían, según los componentes del verbo rector de la conducta penal que debe repararse. Los límites para la imposición de este tipo de medidas son los ya mencionados: proporcionalidad, reparación y aceptación social.

140

como expresión básica de tal sistema punitivo, aspectos que también se plantean en la obra *Mitologías y discursos sobre el castigo*, coordinada por Iñiqui Rivera Beiras (2004).

Esta alusión al debate que ha generado la preocupación de diversos autores sobre la no correspondencia de la política penal, punitiva y penitenciaria con las plataformas ideológicas de algunos Estados que se profesan sociales y de derecho, a través de las cuales se desconocen los principios y garantías que este tipo de formaciones han contemplado como piedras angulares de su estructura, permite observar la situación colombiana de manera crítica, pues en esta las condiciones que genera la actual política punitiva-penitenciaria se traducen en manifestaciones

de oprobio social, por el desconocimiento del contenido de los derechos fundamentales de la población carcelaria.

Pero, a diferencia de los sistemas para los cuales hablaron los autores referidos, el colombiano no ha entrado en un debate sobre cada uno de los componentes que integran la política penal; es más, ni siquiera se ha planteado un debate somero en lo que respecta a uno de los ejes temáticos de tal política: el relativo a la pena, la estructura penitenciaria y el régimen carcelario. Por ello la propuesta académica que se expone en el aparte siguiente, como medio para solventar la crisis carcelaria colombiana, acude a los argumentos contenidos en los axiomas superiores que se han referido y que deben estar presentes en la imposición y ejecución de la pena, para que a partir de ellos se edifique una alternativa jurídica que medie entre la realidad de nuestro sistema y las exigencias que, en materia punitiva, se realizan en un Estado que se profesa social de derecho.

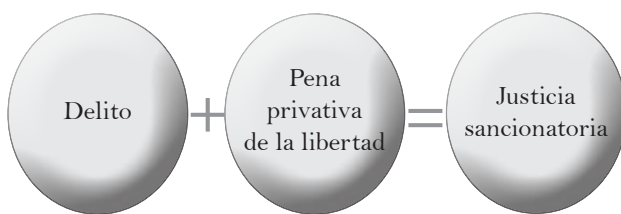
III. Propuesta de una nueva ecuación punitiva, aplicable a delitos que por su naturaleza admiten una pena que no corresponda a la privación de la libertad

Los razonamientos presentados sirven de sustento para la necesaria estructuración de una nueva ecuación punitiva, sobre la que se edifique dentro del sistema penal-penitenciario colombiano una visión de justicia que vaya más allá de la simple imposición de un castigo, sin desconocer el hecho que frente a algunas conductas penales, lamentablemente se deberá continuar con la actual visión sancionadora.

La ecuación que se propone traería dos efectos positivo básicos, a saber: actualiza nuestro sistema penal en materia punitiva y humaniza la condición de la población carcelaria, toda vez que al establecer penas distintas a la privación de la libertad para cierto tipo de delitos, el hacinamiento y demás condiciones de inhumanidad que padece actualmente la población carcelaria podrían reducirse radicalmente.

El primer paso para la mencionada reformulación de la política punitiva y penitenciaria, como bien se señaló, se relaciona con el cambio de la ecuación punitiva sobre la cual está erigido el sistema penal colombiano, y que fue expuesta con anterioridad de manera detallada. Si la ecuación punitiva inmersa en el sistema penal colombiano se correspondiera con la que se expone en la figura 3, en la práctica la pena se orientaría hacia la creación y consolidación de instituciones cuyos estándares fueran los esperados en un Estado social de derecho.

Figura 3: Ecuación penal propuesta



Ahondemos en los elementos que integran esta ecuación y, de paso, referenciamos los avances que esta traería a nuestra estructura penal-punitiva. Iniciamos indicando que la valoración del concepto *delito* se mantiene incólume en lo que respecta a la visión que sobre el particular se presentó al hacer la valoración de este elemento en el

actual sistema penal-punitivo. Por ello esta parte se centrará en el contenido de los dos elementos restantes que integran la nueva ecuación. Veamos, en primer lugar, cómo se debe entender el concepto *pena restaurativa*. Aunque estructuralmente dicho concepto comparte algunos de los elementos básicos de la denominada justicia restaurativa, por cuanto en su construcción el ideal teórico que solventa tal concepción tendrá cierta aplicación, recuérdese que esta visión de justicia se identifica con la “forma de pensar la justicia cuyo foco de atención son las necesidades de las víctimas y los autores o responsables del delito, y no el castigo a estos últimos ni el cumplimiento de principios legales abstractos” (Zehr, 2002, p. 71). Bajo esta postura orientada al resarcimiento de los efectos del acto penal no a través de la imposición de una pena restrictiva de la libertad, sino de otra serie de medidas que integran a las partes y a los estamentos judiciales, no como elementos de la estructura penal, sino como entes de concertación en su determinación y aplicación, se busca ante todo la reparación efectiva del daño infringido a la sociedad y a los individuos sobre los que se desplegó la conducta penal.

Lo anterior exige la aplicación de estrictos criterios de proporcionalidad, reparación y aceptación social de los actos que integren la pena a imponer (Cote-Barco, 2007). La proporcionalidad se relaciona con la justa proporción entre el acto penalmente relevante y la magnitud de las acciones que integran la pena que se impondrá.

La reparación busca que, en lo posible y de acuerdo con la naturaleza del bien jurídico afectado, el infractor proceda a reparar tanto el daño como los perjuicios causados con su conducta. Tal re-

paración no necesariamente se refiere a acciones dirigidas en favor exclusivamente del afectado con la conducta penal, también puede beneficiar al general de la población, como lo puede ser el trabajo comunitario o la impartición de programas pedagógicos para la reintegración.

En cuanto a la aceptación social, propendemos porque se entienda por tal dos acepciones: la primera se relaciona con fijar en el ideario del colectivo social que la imposición de una medida restaurativa es una muestra de justicia efectiva, por lo que no es posible que se argumente que con su aplicación se están promoviendo criterios de impunidad e injusticia; la segunda se relaciona con el aspecto pedagógico y de resocialización que esta medida imprime en el obligado, pues el realizar estas acciones de restauración afianza el compromiso del infractor con la sociedad e imprime en esta el deber de aceptarlo en su seno, sin que se dé pie a la estigmatización con que solía tratarse a quien estuvo en un centro de reclusión.

Esta nueva visión de la pena dentro de la ecuación punitiva podría ser aplicada a delitos cuya naturaleza lo permita, es decir, aquellos cuyo bien jurídico protegido no se relacione con afectaciones a la existencia física y moral de los seres humanos, con la seguridad nacional, y las conductas que por política de Estado no pueden ser sancionadas a través de un medio distinto a la reclusión en centro carcelario, tal como ocurre con el narcotráfico y el terrorismo.

Una vez se tenga claro el catálogo de delitos cuya pena no debe corresponder a la privación de la libertad, se puede proceder a establecer las

medidas restaurativas que se aplicarían, según los componentes del verbo rector de la conducta penal que debe repararse. Los límites para la imposición de este tipo de medidas son los ya mencionados: proporcionalidad, reparación y aceptación social. El concepto de pena restaurativa es flexible, por cuanto no está integrada por una conducta determinada, si no que permite que el legislador, el juez e incluso el Ejecutivo, participen en la construcción de fórmulas de reparación de diversa naturaleza, que conjuren los efectos de conductas penales.

Cuando se tienen elementos en la ecuación punitiva como los que hemos enunciado, su resultante no será la tradicional justicia sancionatoria, sino la que denominamos justicia efectiva, entendiendo por tal la consecuencia que da la aplicación de una pena que brinde los criterios de reparación efectiva del daño, que a su vez constituyen una sanción socialmente reconocida y aceptada, que se orienta a la resocialización del infractor superando la anulación social que en nuestro actual sistema constituye una pena más gravosas que la misma privación de la libertad (Rivera Beira, 2015, p. 155).

Somos conscientes de que la implementación de esta fórmula generará dudas en razón a la determinación de los delitos que serían susceptibles de esa adecuación en la ecuación penal, así como las modificaciones legislativas que tendrían que implementarse y el necesario cambio en la cultura jurídica del operador judicial. Pero qué bueno sería que nuestros retos académicos fuesen estos, y no la búsqueda infructuosa de medios que permitan conjurar la crisis carcelaria bajo la primacía de la actual ecuación penal.

IV. Conclusión

La actual estructura penal-penitenciaria, junto con los criterios que integran la política pública carcelaria, debe reorientarse hacia el respeto, promoción y garantía de la dignidad humana y de los derechos que de ella emanan, en lo que respecta a las personas que integran la población carcelaria. Por ello es pertinente que se conciben y apliquen fórmulas que permitan mejorar a corto y mediano plazo las condiciones de vida de tales personas, más cuando el número de infractores de la normatividad penal aumenta en porcentajes que no se corresponden con los del crecimiento de la infraestructura carcelaria.

La carencia tanto de recursos presupuestales como de tiempo, que permitan materializar las distintas soluciones que la jurisprudencia constitucional ha establecido para conjurar la crisis carcelaria, nos lleva a idear soluciones alternas con las que se garanticen los criterios de justicia efectiva, así como los efectos resocializadores de las penas, sin olvidar la reparación que también se busca al momento de imponer una pena. Dentro de las posibles alternativas que frente a este particular pueden generarse, se encuentra el reestructurar la actual ecuación punitiva en el sentido propuesto, el cual propende por el cambio en la imposición de penas constitutivas de la privación de la libertad, por medidas alternas en las que se represente el deber de reparar social e integralmente las consecuencias del delito cometido.

Será pues la naturaleza del delito cometido la que dicte la pertinencia o no de la imposición de una pena privativa de la libertad, y no la descrip-

ción fría de una conducta la que oriente el accionar del operador judicial a la hora de determinar la forma en que se reparará la ocurrencia de una determinada infracción. Esta nueva visión de la función penal no solamente propende por materializar las garantías del Estado social de derecho, sino que a su vez constituye una solución a una parte de la grave crisis de nuestro sistema penitenciario.

Referencias

- Abelardo, M. (2016). *Código penal básico*. 37ª Edición. Bogotá D.C.: Leyer Editores Ltda. ISBN: 978-958-769-360-7.
- Antúnez Cid, J. (2006). *La intersubjetividad en Xavier Zubiri*. Roma, Italia: Gregorian Biblical BookShop. ISBN: 9788878390768. 700 p.
- Cabanellas, G. (2012). *Diccionario de ciencias jurídicas*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta. ISBN: 9789508850874. 1016 p.
- Constituyente. (1991). *Constitución política de Colombia*.
- Cote-Barco, G. E. (2007). La necesidad de la pena – reflexiones a partir de los artículos 3º y 4º del Código Penal colombiano. [PDF en línea]. Recuperado en diciembre 14 de <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/viewFile/14594/11774>
- Corte Constitucional. (1998). Sentencia T-153 Referencia: expedientes acumulados T-137.001 y 143.950. Tema: Estado de cosas inconstitucional en los centros de reclusión del país. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. [En línea]. Recuperado en diciembre 14 de 2016 de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>

- Corte Constitucional. (1998). Sentencia T-583. Referencia: expedientes T-167793 y 170396. Acciones de tutela incoadas por Edgar Asdrúbal Guanare Parales contra la Penitenciaría Nacional de Cúcuta y por Pedro Enrique Osma contra la Cárcel Nacional Modelo. M. P.: José Gregorio Hernández Galindo. [En línea]. Recuperado en diciembre 14 de 2016 de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-583-98.htm>
- Corte Constitucional. (1998). Sentencia T-606. Referencia: expediente 174024. Acción de tutela instaurada por Luis Alberto Carreño contra el Inpec. M. P.: José Gregorio Hernández Galindo. [En línea]. Recuperado en diciembre 14 de 2016 de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-606-98.htm>
- Corte Constitucional. (1998). Sentencia SU-039. Referencia: expediente T-140.006. M. P.: Hernando Herrera Vergara. [En línea]. Recuperado en diciembre 14 de 2016 de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU039-98.htm>
- Corte Constitucional. (2002). Sentencia C-806. Referencia: expediente D-3936. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 64 (parcial) de la Ley 599 de 2000 “Por la cual se expide el Código Penal”. M. P.: Clara Inés Vargas Hernández. [En línea]. Recuperado en diciembre 14 de 2016 de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-806-02.htm>
- Corte Constitucional. (2002). Sentencia T-881. Referencia: expedientes T-542060 y T-602073. Acciones de tutela instauradas por Austreberto de Ávila Ríos y otros, y Edwin Campo Vega (personero de El Arenal (Bolívar)) contra Electrocosta S.A. E.S.P. M. P.: Eduardo Montealegre Lynett. [En línea]. Recuperado en diciembre 14 de 2016 de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-881-02.htm>
- Corte Constitucional. (2004). Sentencia T-852. Referencia: expediente T-883162. Acción de tutela instaurada por Esteban Julio Rodríguez Córdoba y Dilsey Zoraya Casas Duque contra la Gobernación del Caquetá y la Secretaría de Educación Departamental. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa. [En línea]. Recuperado en diciembre 14 de 2016 de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-852-04.htm>
- Corte Constitucional. (2013). Sentencia T-861. Referencia: expediente T-3.975.403. Acción de tutela instaurada por Edwin Arango Restrepo en contra del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –Inpec– y el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Jericó, Antioquia. M. P.: Alberto Rojas Ríos. [En línea]. Recuperado en diciembre 14 de 2016 de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-861-13.htm>
- Durán García, D. A. (2006). *Personas privadas de libertad. Jurisprudencia y doctrina*. Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. [PDF en línea]. Recuperado en diciembre 14 de 2016 de <http://www.hchr.org.co/publicaciones/libros/compilacion%20doctrina%20carceles/JurisprudenciaCarceles.pdf>
- Ferrajoli, L. (2011a). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid. España: Trotta Editorial. ISBN 9788498790467. 1024 p.

- Ferrajoli, L. (2011b). *Principia Iuris* (Vol. 1): *Teoría del derecho: teoría del derecho y de la democracia*. Madrid, España: Trotta Editorial. ISBN 9788498791761. 968 p.
- Larrauri, E. (1991). *La herencia de la criminología crítica*. México: Siglo XXI Editores. ISBN: 9788432307294. 266 p.
- Melden, A. (1980). *Los derechos y las personas*. México: Fondo de Cultura Económica. ISBN: 9789681606336, 467 p.
- Mir, S. (1994). *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona, España: Editorial Ariel. ISBN 9788434415898. 256 p.
- Organización de los Estados Americanos [OEA]. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). [PDF en línea]. Recuperado en diciembre 14 de http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
- Rivera, I. (2004). *Mitologías y discursos sobre el castigo: historia del presente y posibles escenarios*. Barcelona, España: Anthropos Editorial. ISBN 9788476586990. 334 p.
- Rivera, I. (2005). *Recorridos y posibles formas de la penalidad*. Barcelona, España: España: Anthropos Editorial. ISBN 9788476587263. 174 p.
- Rivera, I. (Septiembre 2015). Actuarialismo penitenciario. Su recepción en España. *Crítica Penal y Poder*, 9, 102-144. [PDF en línea]. Recuperado en diciembre 14 de 2016 de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/10/doctrina42198.pdf>
- Silva, J. (2001). *La expansión del derecho penal*. Madrid, España: Editorial Civitas S.A. Colección: Monografías. ISBN: 9788447016617. 168 p.
- Sotelo, I. (2010). *El Estado social: antecedentes, origen, desarrollo y declive*. Madrid, España: Trotta Editorial. ISBN: 9788498791433. 432 p.
- Zehr, H. (2002). *The Little Book of Restorative Justice*. Pennsylvania. United States of America: Good Books. ISBN: 978-1561483761. 74 p.