



Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0)

This is a human-readable summary of (and not a substitute for) the [license](#). [Advertencia](#).

Usted es libre de:

Compartir — copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato

La licenciante no puede revocar estas libertades en tanto usted siga los términos de la licencia

Bajo los siguientes términos:



Atribución — Usted debe dar [crédito de manera adecuada](#), brindar un enlace a la licencia, e [indicar si se han realizado cambios](#). Puede hacerlo en cualquier forma razonable, pero no de forma tal que sugiera que usted o su uso tienen el apoyo de la licenciante.



NoComercial — Usted no puede hacer uso del material con [propósitos comerciales](#).



SinDerivadas — Si [remezcla, transforma o crea a partir](#) del material, no podrá distribuir el material modificado.

No hay restricciones adicionales — No puede aplicar términos legales ni [medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otras a hacer cualquier uso permitido por la licencia](#).

RECONOCIMIENTO DEL ENFOQUE DIFERENCIAL EN EL TRATAMIENTO PENITENCIARIO EN COLOMBIA

RECOGNITION OF THE DIFFERENTIAL APPROACH IN PRISON TREATMENT IN COLOMBIA

CRISTIAN JULIÁN SUÁREZ PARRA¹

Sumario

Introducción. 1. Funciones de la pena que operan al momento de la ejecución de sanciones penales en Colombia. 1.1. Configuración de la pena y alternativas de redención. 1.2. Reinserción social. 2. Garantías constitucionales en la ejecución de sanciones penales. 2.1. El reconocimiento del enfoque diferencial en el tratamiento penitenciario. Conclusiones. Referencias

RESUMEN

Las pena de prisión derivada del artículo 4 de la Ley 599 de 2000, responde a cuatro funciones principales: prevención general; prevención especial; reinserción social y, retribución justa, y la protección del condenado. En este artículo, se hace un estudio estricto de la funcionalidad de la ejecución de la pena de prisión al momento de la resocialización del condenado, verificando si el tratamiento penitenciario de privación de la libertad implica un riesgo para el ejercicio de la dignidad humana y los derechos que no limita la sanción penal. Además, se pretende identificar si, el objeto de satisfacción de la prevención especial del delito y, la persuasión a repudiar el delito una vez finalizada esta y sucedida su reinserción social, sucede en el marco de unas garantías mínimas, las cuales, desde la descripción de derechos constitucionales, se hace efectiva a través del sistema judicial, por medio de la inclusión de

¹ Estudiante de derecho Universidad Católica de Colombia, terminación de materias 2018. falta el nombre del director y su correo electrónico institucional.

un juez de ejecución de penas que avale cada etapa del procedimiento en la ejecución, cada beneficio administrativo y/o judicial que contemple la ley, así como cada actuación de tipo administrativo que implique una decisión por parte del ejecutor penitenciario.

Palabras claves: sanción, prisión, juez de control de garantías, penitenciaria, criminología, dignidad.

ABSTRACT

The prison sentences derived from article 4 of Law 599 of 2000, respond to four main functions: general prevention; special prevention; social reintegration and fair compensation, and protection of the convicted person. In this article, a strict study is made of the functionality of the execution of the prison sentence at the time of the resocialization of the convicted person, verifying if the prison treatment of deprivation of liberty implies a risk for the exercise of human dignity and the rights that do not limit the criminal sanction. In addition, it is intended to identify whether the object of satisfaction of the special prevention of the crime and the persuasion to repudiate the crime once it has ended and its social reintegration has occurred, occurs within the framework of minimum guarantees, which, from the description of constitutional rights, is made effective through the judicial system, through the inclusion of a sentence execution judge who endorses each stage of the procedure in the execution, each administrative and/or judicial benefit that the law contemplates, as well as each administrative action that implies a decision by the penitentiary executor.

Keywords: sanction, prison, guarantee control judge, penitentiary, criminology, dignity.

METODOLOGIA

A través del presente artículo se desarrolla un análisis jurídico con base en la jurisprudencia y doctrina desarrollada en materia de garantía de derechos, las funciones de la pena de prisión y, derivada de ellas, la ejecución de las sanciones penales. En este sentido, siguiendo al Óscar Agudelo (2018) a través de un ejercicio de investigación socio-jurídica, se analizan los

conceptos que hacen parte del sistema de ejecución de sanciones penales, las funciones de la pena de prisión, las garantías constitucionales y el enfoque diferencial.

En tanto, bajo una revisión documental de fuentes primarias y secundarias sobre el tema referido, se realiza una matriz de análisis donde se relacionan los aportes más relevantes de estos documentos en relación con el problema de investigación planteado. Luego, generando un dialogo entre fuentes, se sintetizan los aportes más relevantes, los cuales son plasmados en el desarrollo del documento. En consecuencia, durante el desarrollo del documento el lector encontrará la extracción de fuentes jurídicas y académicas que, a criterio del autor, transitan hacia dar la mejor solución al problema jurídico propuesto.

INTRODUCCIÓN

Desde la promulgación en el año 1991 de la Constitución Política, el Estado Colombiano ha propendido a desarrollar políticas públicas en función del cumplimiento de los fines constitucionales descritos en lo extenso del texto, así como la garantía de los derechos que se sustraen de su parte dogmática (Quinche, 2009). Con ocasión de esto, se encuentra que, las leyes emitidas desde entonces han tendido a buscar la armonía con lo dispuesto en la Norma Superior por disposición de su artículo 4², tal y como sucede con el cuerpo normativo del sistema penal colombiano (Velasco y Llano, 2016).

La anterior resulta siendo una tarea frente a la cual, no solamente se ha exigido la evaluación sustancial de la normatividad al momento de su expedición, sino también, la evaluación constitucional de armonía frente a este orden jurídico de Estado social y

² La Constitución Política de Colombia señala en su artículo 4 que: “[I]a Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales (...).” (Constitución Política de Colombia [Const.], 1991, art., 4).

democrático de derecho (Aponte, 2003). En el marco del cumplimiento de este orden constitucional se ha generado la expedición de un Código Nacional Penitenciario y Carcelario a través de la Ley 65 de 1993, a la cual se han realizado reformas tratando de moldear el sistema para cumplir efectivamente con su propósito legal y constitucional, siendo la más relevante la Ley 1709 de 2014 (Umaña, 2020).

Esta tarea de verificación del orden constitucional no solo le ha correspondido al Congreso de la República, quien tramita la norma. Esta labor es, además, una función de control en cabeza de la Corte Constitucional, quien ha llevado a que el ordenamiento jurídico se vaya moldeando y tome forma constitucional, en labor que no solo desarrolla en el marco de su responsabilidad de control de constitucionalidad, sino también a través de lo que la literatura ha denominado rol de legislador positivo, excluyendo la aplicación de normas sea por inexecutable o, también, en su labor diaria de interpretación constitucional al resolver demandas de inconstitucionalidad y acciones de tutela³ (Suárez, 2016)

Así mismo, en materia penal, se reconoce la expedición de un Código Penal y de Procedimiento Penal mediante las Leyes 599 de 2000 y 600 de 2000 respectivamente, haciendo transito al sistema penal acusatorio, modificado a su vez a través de la Ley 906 de 2004, leyes en las cuales se regula parte de los procedimientos a seguir en la ejecución de las sanciones penales, los cuales siguen siendo moldeados no solamente por el legislador al momento de realizar reformas, sino que, además, por las Altas Cortes a través del precedente judicial, siempre tendiendo a ajustar el sistema al ámbito constitucional (Oteiza, 2017).

Bajo este marco normativo, la ejecución de sanciones penales se establece como procedimiento en el cual se limitan derechos fundamentales, por lo cual, requiere de un control especial por parte del Estado y de la jurisdicción penal dado el riesgo permanente sobre la dignidad humana en las condiciones de cumplimiento de la sanción y la limitación

³ Para efectos del actual documento, esto se hace más evidente al reconocer su labor en la orientación de políticas públicas al declarar el estado de cosas inconstitucional en los establecimientos penitenciarios con ocasión de la Sentencia T-153 de 1998, por medio de la cual evidencia las condiciones indignas de confinamiento y hacinamiento en los establecimientos penitenciarios del país, dando en consecuencia ciertas pautas al Gobierno Nacional para definir políticas que procuraran la solución de este problema (Huertas, 2015).

del ejercicio de derechos fundamentales en la persona, requiriendo por tanto de un acertado control que debe estar en cabeza de la jurisdicción.

Reconociendo por tanto que el tratamiento penitenciario obedece a la interacción de diversas instituciones del orden ejecutivo y judicial con las cuales se busca cumplir con las funciones previstas de la pena de prisión⁴, se esperaría que el tratamiento punitivo respondiera de manera adecuada a este orden constitucional, respetando entre otros asuntos premisas constitucionales como lo es el enfoque diferencial poblacional, de manera que, en condición de privación de la libertad, una persona no vea vulnerados sus derechos en la materia.

Conforme a lo anterior, por medio del actual documento se pretende revisar la seguridad constitucional que tiene la ejecución de sanciones penales en el sistema penal colombiano, observando si en su cumplimiento se respeta el enfoque diferencial de personas específicas como lo son indígenas, afrodescendientes, extranjeros, personas de la tercera edad, madres lactantes y gestantes, personas en situación de discapacitados, entre otras, cuyo marco de protección jurídica, en algunos casos, desprende de su enunciación expresa en la Constitución.

1. FUNCIONES DE LA PENA QUE OPERAN AL MOMENTO DE LA EJECUCION DE SANCIONES PENALES EN COLOMBIA

Como previamente se ha señalado, la ejecución de sanciones penales en Colombia se encuentra desarrollada a partir del postulado descrito en el artículo 4 de la Ley 599 de 2000, el cual describe las funciones de la pena de prisión así:

Funciones de la pena: La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención

⁴ Contenidas en el artículo 4 de la Ley 599 de 2000.

especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión. (Ley 599, 2000, art., 4)

El cumplimiento de dichas funciones requiere de un desarrollo complejo y una relación interinstitucional, pues en ella participan las penitenciarías en representación del poder ejecutivo y administrativo del estado y los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad en representación del poder jurisdiccional. Cada una de estas instituciones juega un rol importante en el tratamiento penitenciario que en conjunto orientan el proceso de resocialización para lograr la reinserción social del condenado (Suárez, 2015).

Se esperaría por lo anterior que, la suma de estas actividades institucionales reúna requisitos objetivos y, en ocasiones, elementos de orden subjetivo para que el juez acceda a conceder determinados beneficios judiciales o administrativos que hacen parte del tratamiento, de manera que estos se encuentren orientados al cumplimiento de la prevención especial y de la reinserción social.

1.1. Configuración de la pena y alternativas de redención

La imposición de una sanción por sí sola supone la persuasión del individuo orientada a repudiar el injusto penal, por temor al suplicio que causa. El articulado de la parte especial del código penal señala la prohibición de ciertas conductas, pero lo hace indicando una sanción por cometerlas, lo cual lleva implícita la prohibición, identificando en esta el poder coercitivo de la ley (Fernández, 2011). En su función, la pena no puede diferir de los fines del derecho penal, siendo en consecuencia mecanismo protección de los bienes jurídicos tutelados con las conductas punibles; así, la pena es la prevención del delito junto a la realización de una justicia ideal (Suárez, J. 2011)

En el sistema penal doméstico, el contenido de la pena de prisión se encuentra reglado a través de la Ley 599 de 2000 en sus artículos 35 y 36, los cuales describen dos tipos de castigos como penas; “I) Principales: a) Privativa de la libertad de prisión b) la pecuniaria de multa y c) las demás privativas de otros derechos, y II) Sustitutivas: a) La prisión domiciliaria

como sustitutiva de la pena de prisión y b) el arresto como sustitutivo de la pena de multa”⁵ (Ley 599, 2000, arts., 35-36).

Respecto a la pena privativa de la libertad, esta puede tener distintas modalidades en su desarrollo, siempre de la mano de la disciplina, pues la ley prevé ciertas circunstancias de orden subjetivo que permiten dar elasticidad a esta, disminuyendo el suplicio que representa la privación de la libertad. En tanto, la prisión domiciliaria, sea como medida de aseguramiento o medida sustitutiva de la pena de prisión, se otorga bajo el reconocimiento de ciertas circunstancias previstas en la ley, en función primaria del respeto por la dignidad humana del condenado.

Sin embargo, la imposición de una pena de prisión puede llevar en determinados casos a vulnerar más derechos que aquellos que se deben restringir con la imposición de la sanción, por lo cual es posible que existen medidas de sustitución que representen al condenado un menor suplicio (Archila y Hernández, 2015). Es por esto por lo que se afirma que, si bien la sanción penal es la consecuencia impuesta a un actor delincencial, su imposición no indica para el condenado la pérdida de su humanidad, por lo que el castigo impuesto, requiere además la aplicación del principio de proporcionalidad y razonabilidad (Restrepo, 2002). Al respecto en igual sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional que, en Sentencia C-108 de 2017, señaló:

En ese orden de ideas, la determinación de la forma y cantidad de las sanciones no está exclusivamente librada a la voluntad democrática, sino que está sujeta a los límites impuestos a la libertad de configuración del legislador en materia penal, como son la necesidad, la exclusiva protección de bienes jurídicos, la estricta legalidad, la culpabilidad, razonabilidad, proporcionalidad, bloque de constitucionalidad y otras normas constitucionales. (Corte Constitucional, Sentencia C-108, 2017)

⁵ Se establece que, cada una de estas penas se encuentra impuesta como consecuencia de la comisión de los delitos descritos en la parte especial del código de acuerdo con el grado de reproche que el legislador ha considerado que debe tener cada conducta, entre mayor reproche social tenga la conducta mayor debe ser su sanción (González, 2017).

Bajo este postulado corresponde a su vez al legislador asignar penas que resulten proporcionales a la gravedad del comportamiento reprimido; de manera que la proporcionalidad de la pena exige sea una adecuación entre la conducta delictiva y el daño social causado con ella. Al respecto este Alto Tribunal, en Sentencia C-334 de 2013, establece que; “la racionalidad y proporcionalidad en materia penal implica que deben ponderarse las finalidades de prevención y represión del delito con derechos fundamentales de las personas como el derecho a la libertad y al debido proceso” (Corte Constitucional, Sentencia C-334, 2013).

Para el caso, la aplicación del principio de razonabilidad y proporcionalidad se extienden más allá de la mera imposición del castigo, pues se deben tener en cuenta a la hora de decidir la forma en la que se ha de cumplir dicho castigo, y esto es la particularidad de cada caso en concreto, la pluralidad de conductas y actores en el escenario social exige mediana elasticidad en la aplicación del derecho penal.

Esta elasticidad se debe encontrar orientada desde la jurisprudencia y la interpretación constitucional, pues el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, es a su vez juez constitucional, ya que realiza control jurisdiccional a las actuaciones administrativas adelantadas por los establecimientos penitenciarios y además de manera constante decide sobre la base de la limitación de derechos constitucionales, más precisamente el derecho a la libertad que es suspendido con la condena impuesta, incluso ante sanciones alternativas que no impliquen la privación de la libertad en establecimientos penitenciarios⁶.

⁶ Frente a estas formas sustitutivas de la pena de prisión Michael Foucault plantea que; “esta necesidad de un castigo sin suplicio se formula en primer lugar como un grito del corazón o de la naturaleza indignada: en el peor de los asesinos, una cosa al menos es de respetar cuando se castiga: su "humanidad". Llegará un día, en el siglo XIX, en el que este "hombre", descubierto en el criminal, se convertirá en el blanco de la intervención penal, en el objeto que pretende corregir y transformar, en el campo de toda una serie de ciencias y de prácticas extrañas - "penitenciarias", "criminológicas". Pero en esta época de las Luces no es de ningún modo como tema de un saber positivo por lo que se le niega el hombre a la barbarie de los suplicios, sino como límite de derecho: frontera legítima del poder de castigar. No aquello sobre lo que tiene que obrar si quiere modificarlo, sino lo que debe dejar intacto para poder respetarlo. Noli me tangere. Marca el límite puesto a la venganza del soberano. El "hombre" que los reformadores han opuesto al despotismo de patíbulo, es también un hombre-medida; no de las cosas, sin embargo, sino del poder” (Foucault, 2002, p 68).

La ley penal colombiana ha determinado en que eventualidades procede la aplicación de una pena sustitutiva como lo es la prisión domiciliaria descrita en el artículo 38B del Código Penal Colombiano⁷, con lo cual el legislador reconoce que existen diversas eventualidades frente a los infractores de la ley penal que ameritan poner a consideración la forma en que se debe cumplir la pena como castigo con menor suplicio⁸.

7 El Artículo 38B de la Ley 599 de 2000/ adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014. Describe los requisitos para conceder la prisión domiciliaria. Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria:

1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.
2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.
3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado.

En todo caso corresponde al juez de conocimiento, que imponga la medida, establecer con todos los elementos de prueba allegados a la actuación la existencia o inexistencia del arraigo.

4. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:

- a) No cambiar de residencia sin autorización, previa del funcionario judicial;
- b) Que dentro del término que fije el juez sean reparados los daños ocasionados con el delito. El pago de la indemnización debe asegurarse mediante garantía personal, real, bancaria o mediante acuerdo con la víctima, salvo que demuestre insolvencia;
- c) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello;
- d) Permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión. Además, deberá cumplir las condiciones de seguridad que le hayan sido impuestas en la sentencia, las contenidas en los reglamentos del INPEC para el cumplimiento de la prisión domiciliaria y las adicionales que impusiere el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

⁸ Aunque también, sea relevante destacar que, en diversas oportunidades, el Legislador colombiano ha considerado que ciertas conductas ameritan mayor suplicio, tanto así que les ha excluido de beneficios y subrogados penales, en la comisión de algunas de ellas. Comenzando con la emisión de la Ley 599 de 2000, que en su artículo 68 A, que incluyó la Exclusión de Beneficios y Subrogados Penales, la cual ha sido modificada por el artículo 32 de la Ley 1142 de 2007, artículo 28 de la Ley 1453 de 2011, artículo 13 de la Ley 1474 de 2011, artículo 32 de la Ley 1709 de 2014, artículo 32 de la Ley 1709 de 2014, artículo 4 de la Ley 1773 de 2016, artículo 6 de la Ley 1944 de 2018 y algunos que han incluido otras prohibiciones mediante la derogatoria tácita como lo fue el artículo 11 de la Ley 733 de 2002, es así como la prevención especial como función de la pena de prisión mantiene estrecha relación con la prevención general, lo que implica contar con que la prevención especial se tiene que el tratamiento penitenciario debe lograr que el condenado no vuelva a tener el ánimo de delinquir persuadiéndolo para que rechace el delito. (Cote, 2008)

Sin embargo, las condiciones impuestas por el legislador para considerar que la pena de prisión se pueda cumplir en el domicilio del condenado y no en un establecimiento penitenciario corresponden a la sumatoria de varios factores que se han considerado como pertinentes frente a la necesidad del tratamiento penitenciario⁹, teniendo en cuenta que si bien es el Estado quien a través de sus instituciones ejerce el poder punitivo en procura del orden social, este poder tiene ciertas limitaciones originadas en los derechos fundamentales, que lo limita, entre otras, a no deshumanizar la condición del condenado frente al suplicio que representa la pena de prisión como castigo.

Así también es claro para el legislador que existen ciertas conductas que representan en el infractor de la Ley penal una peligrosidad mayor frente a las demás y es por ello que excluye ciertas condiciones en la concesión de beneficios judiciales y administrativos, el legislador también debe pensar en la prevención especial del delito y por ello conserva la pena privativa de la libertad en establecimiento penitenciario como purga de su condena en cumplimiento de la prevención general de que trata el mismo artículo 4 del Código Penal colombiano, pues la imposición de la pena no solo debe procurar que el infractor penal repudie la actuación delictiva, sino que además sea reconocido su suplicio por el conglomerado social para que este la desprecie.

1.2. Reinserción social

Se afirma que, el tratamiento penitenciario debe persuadir al individuo durante la ejecución de la sanción de tal manera que, al recobrar su libertad, la persona se pueda incorporar a la vida en sociedad sin reincidir en la conducta punible reprochando incluso el

⁹ “El compromiso institucional para resolver los problemas de la resocialización por medio del Tratamiento Penitenciario ha sido limitado al interno, al individuo, como si se tratara de restablecer la pieza perdida, olvidándose de que este interno es el producto de un sistema socioeconómico, familiar, cultural y político al cual debe volver y el cual de una y otra manera lo llevó allá. Por ello no se puede resocializar cuando los procesos de la misma socialización son parciales por la crisis cultural y socioeconómica que presenta el país cuando se han dejado en manos de una institución que lo que debe es cumplir las expectativas de una política criminal” (Sáenz, 2015, p. 92).

delito, no solo el cometido, sino cualquier otro que implique la imposición de una sanción penal (Moya, 2015). Sobre el particular, la Corte Constitucional en Sentencia C-565 de 1993 establece que:

La función resocializadora del sistema penal adquiere relevancia constitucional, no solo desde el punto de vista de la dignidad, sino también como expresión del libre desarrollo de la personalidad humana, La función de reeducación y reinserción social del condenado debe entenderse como obligación institucional de ofrecerle otros los medios razonables para el desarrollo de su personalidad, y como prohibición de entorpecer este desarrollo adquiere así pleno sentido la imbricación existente entre la dignidad humana en el cumplimiento de la pena y la autonomía de la persona, en relación todas con la función resocializadora como fin del sistema penal. (Corte Constitucional, Sentencia C-565, 1993)

En este sentido, la reinserción social no solo es una función de la pena de prisión por disposición legal, sino que además tiene reconocimiento en el derecho internacional derivado de tratados internacionales, incluso el Primer Congreso de las Naciones Unidas Sobre Prevención y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, quien emite unas Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos, que en su número 65 señala:

El tratamiento de los condenados a una pena o medida privativa de libertad debe tener por objeto, en tanto que la duración de la condena lo permita, inculcarles la voluntad de vivir conforme a la Ley, mantenerse con el propósito de su trabajo, y crear en ellos la aptitud para hacerlo. Dicho tratamiento estará encaminado a fomentar en ellos el respeto de sí mismos y desarrollar el sentido de responsabilidad” (Saavedra, y Gordillo, 1995, p. 713).

Dentro del procedimiento sancionatorio penal colombiano, se tiene que el sistema incluye algunos beneficios judiciales y administrativos que permiten al condenado recobrar su libertad de manera gradual tales como el permiso de salida de hasta 72 horas, la libertad condicional, la libertad asistida, la libertad preparatoria, la franquicia preparatoria y la prisión domiciliaria; esta última que, aunque representa la privación de la libertad, la misma

comporta el reconocimiento de una condición favorable con menor suplicio que el sufrido al interior del establecimiento penitenciario¹⁰.

2. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN LA EJECUCIÓN DE SANCIONES PENALES

La pena de prisión implica en sí misma la limitación de algunos derechos, más precisamente el derecho a la libertad y en esa libertad la libre locomoción, así mismo el ejercicio limitado de otros derechos derivados de esa misma libertad, como resultado del reproche social originado en la conducta cometida por el condenado considerada como delito por el legislador, pero la privación de la libertad también representa un riesgo respecto de los demás derechos de los cuales es titular el condenado y que no son restringidos.

Sin embargo, la Constitución Política de 1991, en su título segundo incluyó una amplia descripción de derechos como resultado garantista para que pudiese ser exigida su protección al Estado, incluso crea mecanismos y acciones constitucionales mediante las cuales se puede activar el aparato jurisdiccional para exigir su cumplimiento, como lo es la acción de tutela pues así se describe en el artículo 86 al respecto de los derechos titulados como fundamentales en el capítulo 1 de ese título.

Se tiene entonces el reconocimiento de derechos por parte del Estado ya no es discusión al respecto de los ciudadanos titulares; no obstante, el desconocimiento de esos derechos por parte de agentes del Estado y en ocasiones de particulares, continúa siendo el problema al momento de ejercerlos, vulnerando los mismos, y llevando a que la discusión haya pasado de reconocer los derechos a su efectiva garantía (Sotomayor, 1999)

¹⁰ El título 13 de la Ley 65 de 1993, regula el tratamiento penitenciario y al respecto cada una de las condiciones aquí descritas y su respectivo procedimiento.

Frente a este ámbito de análisis, la Corte Constitucional ha aportado a la garantía de derechos fundamentales de todos los ciudadanos, incluidos los condenados a pena de prisión, a través de la jurisprudencia que ha desarrollado la interpretación normativa por medio de la cual se ha permitido exigir a través de la jurisdicción la protección de derechos que no son restringidos a los condenados, al punto de declarar la existencia de un estado de cosas inconstitucional, mediante Sentencia T-153 de 1998, que de conformidad con las condiciones de violación de varios derechos fundamentales derivados del confinamiento y el excesivo hacinamiento.

Sea pertinente señalar que, este estado de cosas inconstitucional no es el mismo que se vive hoy en día al interior de los establecimientos penitenciarios, pues la Corte Constitucional vuelve a evidenciar el estado de cosas inconstitucionales en los establecimientos penitenciarios, en 2013, señalando en Sentencia T-388 de ese año que, el estado de cosas inconstitucional declarado en el año 1998 aún persiste, ante lo cual reconoce la necesidad de avanzar en políticas públicas para su solución de problemáticas que van más allá de la infraestructura que, entre otras permita mitigar el incremento de la criminalidad.

2.1. El reconocimiento del enfoque diferencial en el tratamiento penitenciario

Entre los condenados a pena de prisión y el Estado, se encuentran en una relación constante que comporta el cumplimiento de la pena en virtud de la dignidad humana, pues la rehabilitación o readaptación así como la disuasión especial, preparan progresivamente al condenado ante el reingreso a la sociedad y por tanto el tratamiento debe tener un enfoque que comporte factores subjetivos del condenado (Barrón, 2008), por lo que a través de la Ley 1709 de 2014, se tipificó como principio el enfoque diferencial en el tratamiento penitenciario, adicionando el artículo 3A, a la Ley 65 de 1993, quedando de la siguiente manera:

El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares debido a su edad, género, religión, identidad de género, orientación sexual,

raza, etnia, situación de discapacidad y cualquiera otra. Por tal razón, las medidas penitenciarias contenidas en la presente ley contarán con dicho enfoque.

El Gobierno Nacional establecerá especiales condiciones de reclusión para los procesados y condenados que hayan sido postulados por este para ser beneficiarios de la pena alternativa establecida por la Ley 975 de 2005 o que se hayan desmovilizado como consecuencia de un proceso de paz con el Gobierno Nacional. (Ley 1709, 2014, art. 2)

Se establece en tanto que, el tratamiento penitenciario pretende además de la resocialización, la protección del condenado como función de la pena de prisión por disposición del artículo 4 de la Ley 599 de 2000, y esto es en el ejercicio de los derechos de los cuales es titular pese a la pena de prisión que se impone. Sirva reconocer pronunciamientos sobre el particular de la Corte Constitucional, quien sobre el asunto ha señalado:

Los derechos fundamentales no incluyen sólo derechos subjetivos y garantías constitucionales a través de los cuales el individuo se defiende frente a las actuaciones de las autoridades, también incluye deberes positivos que vinculan a todas las ramas del poder público. No sólo existe la obligación negativa por parte del Estado de no lesionar la esfera individual, también existe la obligación positiva de contribuir a la realización efectiva de tales derechos. La razón jurídica que explica este compromiso positivo del Estado se encuentra en el mandato constitucional según el cual, el Estado colombiano se funda en el valor de la dignidad humana, lo cual determina, no sólo un deber negativo de no intromisión sino también un deber positivo de protección y mantenimiento de condiciones de vida digna (...) Además de ser jurídica, pública y judicial, la pena debe ser también necesaria, útil y proporcional. Toda pena, independientemente del delito del cual provenga, debe respetar unas reglas mínimas relativas al tratamiento de los reclusos, que se encuentran ligadas, de manera esencial, al concepto de dignidad humana y al principio según el cual la pena no tiene por objeto el infligir sufrimiento corporal. (Corte Constitucional, Sentencia T-596, 1992)

En desarrollo del tratamiento penitenciario se debe reconocer por lo tanto una diversidad cultural y social en los ciudadanos a quienes se impone la sanción penal,

procurando siempre la reinserción social del condenado toda vez que no existe la pena a cadena perpetua (Dávila, Moreno, Arias, Vallejo, Fajardo, Rivera y Durán, 2020). En efecto, esta es una discusión que debe llamar a la reflexión sobre la cultura de severidad del sistema penal, pues como lo plantea José Cesano:

Una de las dificultades viene dada por el comportamiento del personal y las propias autoridades penitenciarias quienes, en ocasiones, con una perspectiva distorsionada de la ejecución simplifican peligrosamente los fines de la Ley, reduciéndolos a una mera intención del orden interno en el establecimiento y un control estricto que evite posibles evasiones y fugas. Para el logro de estos cometidos se acude en muchos casos abusivamente a un endurecimiento del régimen disciplinario y a fuertes excesos de seguridad; medidas que, en tanto puedan rescindir derechos fundamentales de los internos, más allá de la afectación que permite la Ley, resultan difícilmente compaginables, cuando no simplemente contrarias a las finalidades resocializadoras que se pretende alcanzar. Esta fuerza expansiva de la discrecionalidad administrativa que, de hecho, sustrae libertades (que en principio no deberían ser afectadas por la ejecución de la pena, según el “principio de reserva”) y torna ilusorias garantías establecidas por la constitución debe ser celosamente limitada. Por ello no resulta suficiente con la vigencia de los principios de legalidad y reserva (según la interpretación que le diéramos), sino que, además, y como resguardo de estos principios, se hace necesario un adecuado control jurisdiccional de la ejecución. (Cesano, 1997. pp. 154-155)

Como se señaló en el comienzo de este documento, la pena de prisión implica en sí misma la limitación de algunos derechos, más precisamente el derecho a la libertad y en esa libertad la libre locomoción, por lo cual, en dicha privación de la libertad, se debe reconocer la dimensión social y específica del individuo como lo ha expresado la Corte Constitucional y, las condiciones del tratamiento penitenciario deben, promover condiciones que faciliten la incardinación de cada condenado en la sociedad, siendo esto parte del proceso de resocialización, conforme a la efectiva la prevención especial en su ejecución.

Por ello, además de retribuir al penado desde un nivel subjetivo, el tratamiento penitenciario debe estar orientado al enfoque diferencial en los establecimientos

penitenciarios, acercando estos lugares más a su entorno social y con fines estadísticos y de control sobre la población carcelaria como se evidencia en los informes institucionales del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario [INPEC].

En consecuencia, las diversidades entre indígenas, afrodescendientes, extranjeros, personas de la tercera edad, madres lactantes y gestantes, discapacitados, entre otras, deben tener atención enfocada en su condición diferencial, sin que esto implique una sanción penal en condiciones preferentes. Siendo la privación de la libertad una sanción objetiva para cada tipo penal, dicha diversidad únicamente debe operar para el tratamiento penitenciario garante de derechos fundamentales.

Sin embargo, en la actualidad, al ser las decisiones administrativas de las autoridades penitenciarias y carcelarias insuficientes para satisfacer el derecho a la dignidad humana incluso para dar ejecución a las sanciones penales, las personas privadas de la libertad tienen que acudir al juez de ejecución, y en otras ante el juez constitucional de tutela, para exigir la satisfacción de aquellos derechos que no se limitan con la imposición de una pena de prisión (Hernández, 2018).

En el particular de los derechos relacionados con enfoque diferencial, el planteamiento anterior lleva a concluir que, es entonces, el medio jurisdiccional, aquel que a la actualidad más facilita la garantía de la dignidad humana y los derechos de los condenados a pena de prisión, desde esta lectura de enfoque diferencial, debiendo ser entonces objeto de reflexión, la necesidad de que se avance administrativa y, legislativamente, para lograr mayor efectividad de estos derechos en el marco de la atención penitenciaria en el país.

CONCLUSIONES

La ejecución de la pena de prisión se encuentra ligada al suplicio que implica la privación de la libertad en el marco de la prevención del delito y la política criminal del Estado; sin embargo, ese suplicio tiene sus limitaciones impuestas por la Constitución, la ley y los tratados internacionales sobre derechos humanos, por medio de los cuales se protege al

condenado desde un catálogo de derechos que gozan del carácter de irrenunciabilidad, siendo por tanto obligatoria su observancia en el tratamiento penitenciario.

De manera general, estos derechos se justifican en el reconocimiento y promoción de la dignidad humana, por lo cual, se establece que estos no pueden ser limitados ni coartados en la privación de la libertad por el Estado, a través de la administración penitenciaria y carcelaria. Por lo anterior, resulta evidente que, el desarrollo legal del tratamiento y de la ejecución de la sanción penal, debe atender de manera progresiva el carácter garantista de la Constitución de 1991, incluyendo derechos de la población que ha sido identificada parte de un enfoque diferencial.

Desde una visión garantista del derecho penal, se parte por identificar que la pena de prisión no es solamente un castigo para el condenado, sino la oportunidad para que el Estado actúe frente a la orientación conductual de aquel ciudadano que se ha apartado del orden social incurriendo en aquella conducta socialmente reprochable. La ley penal en este sentido debe buscar la reeducación del condenado a través del tratamiento reconociendo con ello la titularidad de varios de sus derechos no restringidos con la imposición de la sanción penal, todos relacionados con la dignidad humana.

Así las cosas, el tratamiento del condenado a pena de prisión no se debe encontrar fijado a partir de la discrecionalidad de la autoridad carcelaria y los procedimientos que se desarrollan en la ejecución de la sanción penal, requiriendo para algunos casos control judicial, pues es el juez de ejecución de penas quien decide sobre el otorgamiento de beneficios o derechos en el desarrollo de cada etapa del tratamiento, desde los permisos de salida que acercan al individuo de manera progresiva a la libertad, la redención de pena como premio por el cumplimiento de actividades propias del tratamiento, hasta obtener la libertad.

Acotando entonces estas reflexiones a una lectura de enfoque diferencial, se tiene entonces que, bajo un enfoque de dignidad humana en el tratamiento penitenciario, las autoridades carcelarias y penitenciarias deben obrar de manera positiva frente al reconocimiento de derechos diferenciados, para promover en el contexto de la privación de

la libertad los derechos que, de manera expresa en la Constitución o, vía jurisprudencial les han sido reconocidos.

Lamentablemente a la actualidad esta es una realidad que no tiene con suficiencia reconocimiento, siendo por esto que se insta a mencionadas autoridades administrativas o, de ser necesario al legislativo, a avanzar en estrategias que doten de eficacia la realización de estos derechos. Lo anterior, sobre la base de análisis puntuales y rigurosos que, para cada uno de los casos que se pueden presentar, identifiquen que su reconocimiento es compatible o no con la vida en prisión.

REFERENCIAS

Referencias bibliográficas

Agudelo, Ó.(editor). (2018). *La pregunta por el método: derecho y metodología de la investigación*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Aponte, A. D. (2003). Institucionalización de la función penal y garantismo: dilemas hacia el futuro de la justicia penal en Colombia. *Nuevo Foro Penal*, 64, 17-35.

Archila, A., & Hernández, N. (2015). Subrogados y hacinamiento carcelario: respuesta del legislador del año 2014 frente a la situación carcelaria en Colombia. *Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 8(9), 199-226.

Barrón, M. G. (2008). El tratamiento penitenciario: el mito del discurso. *Revista Cenipec*, (27), 11-43.

Cote, G. (2008). Constitucionalización del derecho penal y proporcionalidad de la pena. *Vniversitas*, 57(116), 119-151.

- Cesano, J. (1997). *Objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria*. Córdoba: Alveroni.
- Dávila, L., Moreno, C., Arias, C., Vallejo, J., Fajardo, L., Rivera, L., y Durán, P. (2020). Violencia simbólica: revisión de los estudios que acuñan el concepto en América Latina (2009-2019). *Novum Jus*, 14(2), 45-82.
- Fernández, J. (2011). *Derecho penal: parte general. Teoría del delito y de la pena*. Bogotá: Ibáñez.
- Foucault, M. (2002). *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- González, P. (2017). *Delitos contra la libertad individual y otras garantías*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Hernández, N. (2018). El fracaso de la resocialización en Colombia. *Revista de derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, (49), 1-41.
- Huertas, O. (2015). Sistema penal y hacimiento carcelario: análisis al estado de cosas inconstitucionales en las prisiones colombianas. *Revista Jurídica Derecho*, 2(3), 15-24.
- Moya, M. (2015). *Producción probatoria de la verdad*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Oteiza, E. (2017). El juez ante la tensión entre libertad e igualdad. En: Agudelo, D., Pabón, L., Toro, L., Bustamante, M., Vargas, O. (coords.). *Derecho procesal contemporáneo: perspectivas y desafíos*, (pp. 13-30). Medellín: Universidad de Medellín.
- Quinche, M. F. (2009). *Derecho constitucional colombiano: de la Carta de 1991 y sus reformas*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Restrepo, J. (2002). *Criminología: un enfoque humanístico*. Bogotá: Temis.

- Saavedra, R., & Gordillo, L. (1995). *Derecho penal internacional*. Tomo I. Bogotá: Ibáñez.
- Sáenz, D. (2015). Política pública penitenciaria y carcelaria en el contexto de los procesos de reinserción social en Colombia. *Revista Principia Iuris*, 12(24), 77-97.
- Sotomayor, J. O. (1999). Garantismo y derecho penal en Colombia. *Jueces para la Democracia*, (35), 92-98.
- Suárez, J. (2011). Filosofía de las funciones de la pena de prisión. *Revista Principia Iuris*, 15, 177-193.
- Suárez, J. (2015). La dignidad del condenado a pena de prisión en el derecho penal y penitenciario colombiano. *Revista Principia Iuris*, 24, 99-108.
- Suárez, J. (2016). Juez constitucional: legislador positivo constitucional. *Principia Iuris*, 26, 171-191.
- Umaña, E., Cordero, A. (2020). Análisis sobre muertes de personas privadas de la libertad: una realidad adversa para lograr un derecho penal garantista. En: Gutiérrez, M., & Olarte, Á. (dir.). *Los riesgos del punitivismo, presunción de inocencia e indignidad carcelaria en Colombia*, (pp. 295-348). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Velasco, N., & Llano, J. V. (2016). Derechos fundamentales: un debate desde la argumentación jurídica, el garantismo y el comunitarismo. *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, 10(2), 35-55.

Referencias Jurisprudenciales

- Corte Constitucional, Sentencia C-334 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional, Sentencia C-108 DE 2017, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte constitucional, Sentencia T- 388 DE 2013 M.P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional, Sentencia T-881 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.