

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO PENAL SUSTANCIAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Dr. Pedro Alfonso Pabón Parra

TEMA I. FINES Y NATURALEZA DE LA PENA

Referencia. *Sentencia C-144/97. Expediente L.A.T.-084, Revisión constitucional del "Segundo Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de Diciembre de 1989 y de la Ley 297 del 17 de julio de 1996 por medio de la cual se aprueba dicho Protocolo. Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, 19-03-97*

ERRADICACIÓN DE LA PENA DE MUERTE

"El protocolo es así una continuación de un movimiento internacional, doctrinario y jurídico, que durante muchos años ha propugnado por la abolición de las ejecuciones, por cuanto se considera que es contradictorio que un mundo que hace de la dignidad humana y los derechos de la persona la base de la paz mundial y la convivencia pacífica entre los pueblos, admita que los Estados sigan aplicando la pena capital. Igualmente esos movimientos abolicionistas, han también señalado que es incoherente que la Declaración Universal prohíba la tortura y las penas crueles e inhumanas, y sin embargo algunos Estados que han suscrito esa declaración admitan las ejecuciones. Es el primer tratado cuyo objetivo único y específico es abolir la pena capital. De esa manera, el presente protocolo puede ser considerado la culminación humanista de un proceso progresivo e irreversible, en virtud del cual se pretende crear el mayor consenso político y jurídico a fin de impedir la continuación o el restablecimiento de esta cruel sanción incompatible con la dignidad humana. El tratado que se incorpora a nuestra legislación, tiene la particular importancia de actualizar y vigorizar el compromiso de la comunidad internacional en la abolición definitiva de la pena de muerte. En efecto, debe notarse que el presente tratado no admite denuncia, por lo cual debe entenderse que los Estados parte del presente Protocolo se comprometen de manera definitiva e irrevocable a erradicar la pena capital."

**FINES DE LA PENA. ABOLICIÓN DE LA PENA DE MUERTE.
Proscripción del retribucionismo clásico**

"El retribucionismo rígido, con base en el cual se defiende a veces la pena de muerte, no sólo mina sus propios fundamentos sino que olvida que la modernidad democrática precisamente se construye con la idea de abandonar la ley del talión, pues la justicia penal, si quiere ser digna de ese nombre, no debe ser una venganza encubierta. De allí la importancia de humanizar las penas para humanizar la sociedad en su conjunto, por lo cual se considera que la pena no puede constituirse en una represalia estatal, sino que debe responder a los principios de racionalidad y humanidad, en donde el tipo penal y la sanción son entes heterogéneos que se ubican en escenarios diferentes, y por ende no son susceptibles de igualación. En ese orden de ideas, si bien se conserva la idea retributiva, como criterio orientador de la imposición judicial de sanciones, pues debe haber una cierta proporcionalidad entre la pena, el delito y el grado de culpabilidad, lo cierto es que el derecho humanista abandona el retribucionismo como fundamento esencial de la pena."

FINES DE LA PENA EN EL ESTADO DE DERECHO. La prevención general

"La función del derecho penal en una sociedad secularizada y en el Estado de derecho pretende proteger, con un control social coactivo, ciertos bienes jurídicos fundamentales y determinadas condiciones básicas de funcionamiento de lo social. Por ello se concluye que, tal y como esta Corte lo ha señalado en diversas ocasiones, la definición legislativa de las penas en un Estado de derecho no está orientada por fines retributivos rígidos sino por objetivos de prevención general, esto es, debe tener efectos disuasivos, ya que la ley penal pretende "que los asociados se abstengan de realizar el comportamiento delictivo so pena de incurrir en la imposición de sanciones".

FINES DE LA PENA. Función de su ejecución Resocialización.

"Se olvida que el delincuente también tiene derecho a la vida, por lo cual, en un Estado social de derecho fundado en la dignidad humana, la ejecución de las penas debe tener una función de prevención especial positiva, esto es, en esta fase se debe buscar ante todo la resocialización del condenado, obviamente dentro del respeto de su autonomía y dignidad. El objeto del derecho penal en un Estado de este tipo no es excluir al delincuente del pacto social sino buscar su reinserción en el mismo. Sólo son compatibles con los derechos humanos penas que tiendan a la resocialización del condenado, esto es a su incorporación a la sociedad como un sujeto que la engrandece, con lo cual además se contribuye a la prevención general y la seguridad de la coexistencia, todo lo cual excluye la posibilidad de imponer la pena capital."

PENA DE MUERTE Y CONSTITUCIÓN POLÍTICA

"La pena de muerte es incompatible con un Estado que reconoce la dignidad y los derechos de la persona, como el colombiano, pues en ese tipo de ordenamiento jurídico el derecho penal no sólo debe defender a las personas contra los delitos

sino que tiene también que garantizar los derechos individuales, que son entonces límites al poder punitivo. La pena debe ser el resultado de la aplicación del derecho penal como ultima ratio y como tal debe ser necesaria, razonable, eficiente y proporcionada. En cambio, la muerte es una pena que desconoce la condición de persona del sancionado y destruye la propia credibilidad del Estado, pues la condena sólo se reconoce como ejercicio legítimo de la coacción estatal cuando se ejerce con el máximo grado de garantías individuales y no se desconoce la dignidad del delincuente. En ese orden de ideas, el objetivo del presente Protocolo coincide plenamente con los principios y valores que sustentan nuestro ordenamiento constitucional, a tal punto que la ratificación del presente tratado que prohíbe la pena de muerte extiende la especial protección de que goza el derecho a la vida en la Constitución, ya que todo el sistema jurídico se centra alrededor de este presupuesto."

....

"6- Este consenso internacional en torno a la abolición de la pena de muerte está ligado no sólo a la crueldad de esta sanción estatal sino también a la crisis general de los fundamentos con los cuales se la justificaba en el pasado.

"Así, en primer término, se ha solido invocar un argumento retribucionista, según el cual el derecho penal debe imponer al infractor un castigo equivalente al mal que causa. Por consiguiente, la pena de muerte es justa, pues quien mate debe aceptar la muerte, tal y como lo señala Rousseau, quien argumenta que una cláusula implícita del Contrato Social es que "para no ser víctimas de un asesino, aceptamos morir si nos convertimos en uno de ellos"(12). Sin embargo esa concepción retributiva, admitida en su versión pura y simple, equivale a la negación de la idea misma de los derechos humanos y del constitucionalismo, pues elimina todo límite al poder punitivo estatal. Así, si una persona tortura entonces ¿debe el Estado torturarla?, si mutila a sus conciudadanos ¿debe el Estado mutilarlo?. Conviene pues recordar que los derechos de las personas nacieron precisamente como limitaciones al Estado, por lo cual su consagración prohíbe la utilización de determinados medios para alcanzar objetivos de interés general. Por eso Rousseau, para defender la pena capital, excluye al delincuente del Pacto Social, ya que, según su criterio, quien infringe la ley se convierte en un traidor que pone en peligro al Estado, el cual tiene entonces el pleno derecho de eliminarlo como enemigo. El juicio no es entonces la carta de derechos del ciudadano -como lo establece la

filosofía de los derechos humanos- sino "la prueba y la declaración de que (el delincuente) ha roto el pacto social, y por consiguiente ya no es miembro del Estado". En cambio, conforme a los derechos humanos, no sólo hay medios inaceptables sino que aun el delincuente hace parte del pacto social, y por ende tiene garantías inalienables.

"De otro lado, la justificación retribucionista es autocontradictoria pues desconoce la rigidez de la pena de muerte -toda vez que no puede ser gravada, ni condicionada, ni dividida- con lo cual difícilmente se puede lograr una proporcionalidad entre pena y delito, que es precisamente el fundamento del retribucionismo. Además, la posibilidad del error judicial irreparable afecta esta perspectiva retribucionista, y en general constituye una de las razones más poderosas para abolir la pena capital pues, contrariamente a toda idea de justicia, se pueden imponer sanciones irreversibles y crueles a inocentes. Así, en 1987 un estudio concluyó que en lo que va corrido en este siglo, y sólo en Estados Unidos, habían sido ejecutadas al menos 23 personas inocentes (13). Igualmente, a comienzos de los años sesenta, el Ministerio Federal de Justicia alemán señaló que en ese país, entre 1893 y 1953, se habían pronunciado 27 condenas capitales en las cuales se había establecido o se presumía un error judicial. Tres de ellas fueron ejecutadas (14).

"Como vemos, el retribucionismo rígido, con base en el cual se defiende a veces la pena de muerte, no sólo mina sus propios fundamentos sino que olvida que la modernidad democrática precisamente se construye con la idea de abandonar la ley del talión, pues la justicia penal, si quiere ser digna de ese nombre, no debe ser una venganza encubierta. De allí la importancia de humanizar las penas para humanizar la sociedad en su conjunto, por lo cual se considera que la pena no puede constituirse en una represalia estatal, sino que debe responder a los principios de racionalidad y humanidad, en donde el tipo penal y la sanción son entes heterogéneos que se ubican en escenarios diferentes, y por ende no son susceptibles de igualación.

"En ese orden de ideas, si bien se conserva la idea retributiva, como criterio orientador de la imposición judicial de sanciones, pues debe haber una cierta proporcionalidad entre la pena, el delito y el grado de culpabilidad, lo cierto es que el derecho humanista abandona el retribucionismo como fundamento esencial de la pena, pues no es tarea

del orden jurídico impartir una justicia absoluta, más propia de dioses que de seres humanos.

"La función del derecho penal en una sociedad secularizada y en el Estado de derecho es más modesta, pues únicamente pretende proteger, con un control social coactivo, ciertos bienes jurídicos fundamentales y determinadas condiciones básicas de funcionamiento de lo social. Por ello se concluye que, tal y como esta Corte lo ha señalado en diversas ocasiones (15), la definición legislativa de las penas en un Estado de derecho no está orientada por fines retributivos rígidos sino por objetivos de prevención general, esto es, debe tener efectos disuasivos, ya que la ley penal pretende "que los asociados se abstengan de realizar el comportamiento delictivo so pena de incurrir en la imposición de sanciones" (16). En ese orden de ideas, también se han invocado argumentos de prevención general para justificar la pena de muerte por el supuesto efecto ejemplarizante que una sanción tan drástica tendría sobre toda la sociedad. Sin embargo, no existe ningún estudio concluyente que demuestre la eficacia de esta sanción, ya que no se ha podido establecer una relación significativa entre la pena de muerte y los índices de delincuencia. Su aplicación no ha disminuido los delitos sancionados con ella; su abolición no se ha traducido por aumentos de esos delitos.

"Es más, en algunos casos, la relación parece ser la inversa a la prevista. Por ejemplo en países como Canadá, Alemania o Italia, el índice de homicidios disminuyó cuando se abolió la pena de muerte para ese delito (17). No deja de ser pues sorprendente que esta sanción drástica se haya justificado o se justifique con base en unos presuntos efectos disuasivos que nunca han logrado demostrarse.

"Finalmente se ha recurrido a consideraciones de prevención especial negativa para defender la pena capital, con el argumento de que existen delincuentes irrecuperables que deben ser eliminados de la sociedad para evitar futuros males a otros ciudadanos. Sin embargo ese razonamiento es lógicamente discutible, pues no sólo presupone que es posible determinar al momento de imponer la sanción quienes van a reincidir y quienes no, lo cual se ha revelado falso, sino que además desconoce que existen medidas alternativas de rehabilitación.

"Además, y más grave aún, se olvida que el delincuente también tiene derecho a la vida, por lo cual, en un Estado social de derecho fundado en la dignidad humana (CP art. 1º), la ejecución de las penas debe tener una función de prevención especial positiva, esto es, en esta fase se debe buscar ante todo la resocialización del condenado, obviamente dentro del respeto de su autonomía y dignidad.

"El objeto del derecho penal en un Estado de este tipo no es excluir al delincuente del pacto social sino buscar su reinserción en el mismo. Por ello, es lógico que los instrumentos internacionales de derechos humanos establezcan esa función resocializadora del tratamiento penitenciario. Así, de manera expresa, el artículo 10 numeral 3º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, aprobado por Colombia por la Ley 74 de 1968, consagra que "el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados (subrayas no originales). En ese orden de ideas sólo son compatibles con los derechos humanos penas que tiendan a la esocialización del condenado, esto es a su incorporación a la sociedad como un sujeto que la engrandece, con lo cual además se contribuye a la prevención general y la seguridad de la coexistencia, todo lo cual excluye la posibilidad de imponer la pena capital. Sobre la función de la ejecución de la pena en el Estado Social de Derecho, esta Corte Constitucional ha dicho:

"La función resocializadora del sistema penal adquiere relevancia constitucional, no sólo desde el punto de vista fundamental de la dignidad (CP art. 1º), sino también como expresión del libre desarrollo de la personalidad humana (CP art. 16). La función de reeducación y reinserción social del condenado, debe entenderse como obligación institucional de ofrecerle todos 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, la humanidad en el cumplimiento de la pena y la autonomía de la persona, en elación todas con la función resocializadora como fin del sistema penal (18).

"La prohibición de la pena de muerte en la Constitución.

"7- La pena de muerte es entonces incompatible con un Estado que reconoce la dignidad y los derechos de la persona (CP arts 1º y 5º), como el colombiano, pues en ese tipo de ordenamiento jurídico el derecho penal no sólo debe defender a las personas contra los delitos sino que tiene también que garantizar los derechos individuales, que son entonces límites al poder punitivo.

"La pena debe ser el resultado de la aplicación del derecho penal como ultima ratio y como tal debe ser necesaria, razonable, eficiente y proporcionada. En cambio, la muerte es una pena que desconoce la condición de persona del sancionado y destruye la propia credibilidad del Estado, pues la condena sólo se reconoce como ejercicio legítimo de la coacción estatal cuando se ejerce con el máximo grado de garantías individuales y no se desconoce la dignidad del delincuente. En efecto, los derechos humanos implican que existen medios -como la tortura o la pena de muerte- que nunca pueden ser utilizados para defender el ordenamiento jurídico, por cuanto su utilización viola precisamente aquellos valores que hacen digno de defensa el ordenamiento.

"En ese orden de ideas, el objetivo del presente Protocolo coincide plenamente con los principios y valores que sustentan nuestro ordenamiento constitucional, a tal punto que la ratificación del presente tratado que prohíbe la pena de muerte extiende la especial protección de que goza el derecho a la vida en la Constitución, ya que todo el sistema jurídico se centra alrededor de este presupuesto.

"El Preámbulo establece la necesidad de asegurar la vida del pueblo de Colombia, el artículo 2º determina como fin esencial del Estado la defensa de la vida, el artículo 11 consagra el derecho a la vida como inviolable, y como consecuencia de ello, proscribiera expresamente la pena de muerte. En estas circunstancias, la defensa de la vida que consagran el presente protocolo y la Constitución predeterminan la acción legislativa. En otras palabras, pese a que la Constitución otorga al Legislador la facultad de regular, con amplio margen, las conductas socialmente reprochables, la propia Carta señala una serie de instrumentos referidos a ámbitos concretos que delimitan la acción estatal, como es el caso de la prohibición de la pena de muerte, la cual se constituye en un límite para la acción legislativa.

"Conforme a lo anterior, la Corte concluye que armoniza totalmente con la Carta el artículo 1º, que establece la obligación central del convenio, pues prohíbe las ejecuciones y señala que los Estados tomarán las medidas necesarias para abolir la pena de muerte. En ese mismo orden de ideas, es exequible el artículo 6º que señala que la prohibición de la pena de muerte no podrá ser suspendida durante los estados de excepción, ya que se trata de una natural consecuencia de la absoluta prohibición constitucional de este tipo de sanción (CP art. 12).

"8- El artículo 2º del Protocolo admite la reserva en caso de existir una condena por un delito grave de carácter militar cometido en tiempo de guerra, norma que es inaplicable en el caso colombiano, debido a que la Constitución prohíbe la pena de muerte en forma absoluta (CP art. 12). Sin embargo, no por ello el artículo es inconstitucional, ya que simplemente consagra una facultad pero no una obligación para los Estados, pues esa posibilidad de formular reserva fue establecida para aquellas naciones que aún admiten en su ordenamiento la pena capital. La Corte declarará entonces constitucional esa disposición, en el entendido de que es una facultad que no podrá ser ejercida por el jefe de Estado colombiano debido a la perentoria prohibición constitucional.

"Es más, en el caso colombiano, no es posible formular esa reserva pues nuestro país vulneraría compromisos internacionales vigentes. En efecto, la abolición de la pena capital es ya una tradición casi centenaria de nuestro constitucionalismo, ya que la prohibición proviene de la reforma constitucional de 1910. Ese compromiso con la vida del ordenamiento jurídico colombiano ha sido reiterado durante todas estas décadas, no sólo porque la prohibición constitucional se ha mantenido sino, además, por cuanto Colombia ha ratificado convenios internacionales en la materia, en especial, la Convención Interamericana, en virtud de la cual el país se obligó a no restaurar la pena de muerte en ningún caso. En ese orden de ideas, el presente tratado no hace sino reafirmar ese compromiso con la inviolabilidad de la vida y la dignidad de las personas de parte del ordenamiento jurídico colombiano. Por lo tanto la Corte considera que, conforme lo señala uno de los intervinientes, en Colombia no podrá volver a instaurarse la pena de muerte.

"Nuestro país puede entonces tener el orgullo de haber sido una de las primeras naciones en abolir integralmente la pena capital, ya que no sólo en 1910 esa sanción estaba prevista en casi todos los países del mundo sino que incluso hoy en día sólo unos 35 países han excluido la pena de muerte para todo tipo de delitos (19).

"La Corte resalta ese temprano compromiso jurídico de Colombia con el respeto a la vida, aun cuando no puede sino deplorar que la consagración constitucional y la adquisición de compromisos internacionales en este campo no hayan tenido la incidencia práctica que debieran, como lo demuestra la alarmante extensión de los atentados contra la vida en el país, en los cuáles se han visto involucrados incluso agentes oficiales. Por ello esta Corporación considera que un mayor compromiso real con la vida es una de las tareas esenciales de las autoridades y de la sociedad para una realización efectiva de los valores constitucionales en la vida cotidiana de los colombianos."

NOTAS

(12) Cf *Jean Jacques Rousseau. Du Contrat Social. Libro 2, capítulo V.*

(13) Citado por *Amnistía Internacional. Loc- cit, p 13.*

(14) Citado por *Marino Barbero Santos. Pena de muerte. Buenos Aires: Depalma, 1985, p 43.*

(15) Ver, entre otras, las sentencias C-565/93 y C-262/96.

(16) Corte Constitucional. Sentencia C-565/93. MP Hernando Herrera Vergara.

(17) *Amnistía Internacional. Loc-cit, p 28. Marino Barbero Santos. Loc-cit, pp25 y ss.*

(18) Sentencia C-261 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

(19) Cf *Amnistía Internacional. Loc- cit, p 4.20 Ver sentencia C-408/96. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamentos Jurídicos 21 a 24.*

TEMA II. DERECHO PENAL Y SOCIEDAD. IUS PUNIENDE. TIPICIDAD

Referencia: Sentencia C-157/97. Expediente D-1434. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1º y 2º de la Ley 308 de 1996. Magistrado ponente: Dr. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, 1º9-03-97.

LOS FENOMENOS SOCIALES Y EL DERECHO PENAL

"En el plano de la aplicación concreta de la disposición acusada, es imperativo que en los procesos penales tampoco se desconozcan los fenómenos sociales existentes ni las circunstancias que en cada caso rodeen al inculpado del delito en cuestión. Será tarea del juez competente la de definir si, respecto de cada sindicado, se configuran causales de justificación o exculpación, en los términos de ley. No es lo mismo ni puede ser tratada igual la situación de la persona que se encuentra en estado de necesidad impostergable, en especial cuando debedar abrigo y protección a niños o a personas de la tercera edad, que la de quien establece como negocio, para sí o para otros, la invasión de tierras, utilizando muchas veces la misma necesidad de personas y familias."

IUS PUNIENDI. Titularidad estatal

"El Ius puniendi corresponde al Estado en defensa de la sociedad, en cuanto ésta requiere que sean perseguidas y sancionadas aquellas conductas que la afectan colectivamente, bien por atentar contra bienes jurídicos estimados valiosos, ya por causar daño a los derechos de los asociados."

PRINCIPIO DE TIPICIDAD. Principio de tipicidad

"En el sistema jurídico colombiano, es el Congreso el llamado a definir, mediante la consagración de tipos delictivos, cuáles son los comportamientos que ameritan sanción penal, describiendo sus elementos esenciales y previendo en abstracto la clase y medida de la sanción aplicable a quien incurra en ellos. El legislador, mientras no quebrante principios o preceptos constitucionales y en cuanto cumpla su función en términos de razonabilidad y proporcionalidad, goza de plenas atribuciones para crear nuevos delitos y que, por ese sólo hecho, no viola norma constitucional alguna."

.....

"No ignora la Corte que en muchos casos las invasiones y ocupaciones de hecho sobre tierras urbanas o rurales tienen por causa las circunstancias de extrema necesidad y aun de indigencia de los invasores, elemento de naturaleza social que el Estado colombiano debe atender, evaluar y ponderar, con miras a dar soluciones globales que garanticen la realización de postulados constitucionales que tienen por objeto el respeto a la dignidad humana y a los derechos elementales de personas pobres.

"En el plano de la aplicación concreta de la disposición acusada, es imperativo que en los procesos penales tampoco se desconozcan los fenómenos sociales existentes ni las circunstancias que en cada caso

rodeen al inculpado del delito en cuestión. Será tarea del juez competente la de definir si, respecto de cada sindicado, se configuran causales de justificación o exculpación, en los términos de ley.

"No es lo mismo ni puede ser tratada igual la situación de la persona que se encuentra en estado de necesidad impostergable, en especial cuando debe dar abrigo y protección a niños o a personas de la tercera edad, que la de quien establece como negocio, para sí o para otros, la invasión de tierras, utilizando muchas veces la misma necesidad de personas y familias.

.....

"3. La tipificación de conductas delictivas, atribución del Congreso

"Una vez más debe señalarse que el *ius puniendi* corresponde al Estado en defensa de la sociedad, en cuanto ésta requiere que sean perseguidas y sancionadas aquellas conductas que la afectan colectivamente, bien por atentar contra bienes jurídicos estimados valiosos, ya por causar daño a los derechos de los asociados.

"En el sistema jurídico colombiano, es el Congreso el llamado a definir, mediante la consagración de tipos delictivos, cuáles son los comportamientos que ameritan sanción penal, describiendo sus elementos esenciales y previendo en abstracto la clase y medida de la sanción aplicable a quien incurra en ellos.

"Al respecto ha manifestado la Corte:

"Cuando el legislador establece los tipos penales, señala, en abstracto, conductas que, dentro de la política criminal del Estado y previa evaluación en torno a las necesidades de justicia imperantes en el seno de la sociedad, merecen castigo, según el criterio de aquél". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-626 del 21 de noviembre de 1996).

"En reciente sentencia se dijo:

"...mientras en el cumplimiento de la función legislativa no resulten contrariados los preceptos fundamentales, (...), bien puede el legislador

crear o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de agravación o atenuación de los comportamientos penalizados, todo de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe acerca de los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos puedan estar causando o llegar a causar en el conglomerado". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-013 del 23 de enero de 1993).

"La Corte Constitucional reitera lo así afirmado, y lo aplica al caso en estudio, resaltando que el legislador, mientras no quebrante principios o preceptos constitucionales y en cuanto cumpla su función en términos de razonabilidad y proporcionalidad, goza de plenas atribuciones para crear nuevos delitos y que, por ese sólo hecho, no viola norma constitucional alguna.

TEMA III. DIGNIDAD DE LA PERSONA. PRINCIPIO DE IGUALDAD. DERECHOS DEL DETENIDO. ATENCIÓN ESTATAL. TRATAMIENTO ESPECIAL DEL INIMPUTABLE. IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA PENA. PENA Y MEDIDA DE SEGURIDAD. Finalidades y naturaleza. Diferenciación

Referencia. Sentencia C-176/93. Demanda N° D-202. Norma Acusada: Artículos 94, 95 y 96 del Decreto No. 100 de 1980 (parcialmente). Magistrado Sustanciador: ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO 06-04-93.

.....

"3. Dignidad de la persona en el Estado social de derecho

"Colombia ha sido definida por la nueva Constitución de 1991 como un Estado social de derecho en el que el fin último del poder público es la realización de la dignidad humana. El hombre para gozar de una vida digna debe rodearse de ciertos elementos de orden cualitativo: debe gozar de igualdad, de libre desarrollo de su personalidad, de libertad y de salud, entre otros atributos todos ellos esenciales.

"Ahora bien, por fenómenos naturales o accidentales no todos los hombres se encuentran ubicados en situaciones semejantes para poder aspirar y disfrutar de tan altos bienes materiales y espirituales. Aquellas personas que el derecho penal ha denominado "inimputables", en efecto, se encuentran en inferioridad de condiciones síquicas para poder autodeterminarse y gozar a plenitud de la calidad de dignidad. Ello sin embargo no implica que tales personas carezcan de ella. Los inimputables poseen ciertamente dignidad, pero sus especiales condiciones síquicas requieren precisamente que el Estado y la sociedad los rodee de ciertas condiciones para que se rehabiliten y puedan así equilibrarse con los demás. Tal es la implicación concreta que tiene el vocablo Estado social de derecho respecto de los disminuídos síquicos.

"Las anteriores notas constitucionales encuentran su respaldo en el derecho internacional sobre derechos humanos ratificados por Colombia, el cual hace parte del ordenamiento interno, según el artículo 93 de la Carta. Entre tales instrumentos internacionales se destacan los siguientes:

"a) Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la Asamblea General de la Naciones Unidas de 1.966. Aprobado mediante la Ley 74 de 1.968, en el Preámbulo establece:

"Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad la justicia y la paz del mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y sus derechos iguales e inalienables.

"Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana...

"b) Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1.969. Aprobada mediante la Ley 16 de 1.972, en el Preámbulo establece:

"Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tiene como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional

coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos...

"c) El artículo 10º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece:

"1. Toda persona privada de la libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano ...

"d) En las Recomendaciones para el tratamiento de los reclusos de las Naciones Unidas se encuentra en capítulo especial el tratamiento de las personas que han cometido el hecho punible en estado de inimputabilidad.

Dichas Recomendaciones son las siguientes:

"B. Reclusos alienados y enfermos mentales.

"1) Los alienados no deberán ser reclusos en prisiones. Se tomarán disposiciones para trasladarlos lo antes posible a establecimientos para enfermos mentales.

"2) Los reclusos que sufran otras enfermedades o anomalías mentales deberán ser observados y tratados en instituciones especializadas dirigidas por médicos.

"3) Durante su permanencia en la prisión, dichos reclusos estarán bajo la vigilancia especial de un médico.

"4) El servicio médico o psiquiátrico de los establecimientos penitenciarios deberá asegurar el tratamiento psiquiátrico de todos los demás reclusos que necesiten dicho tratamiento.

"Convendrá que se tomen disposiciones, de acuerdo con los organismos competentes, para que, en caso necesario, se continúe el tratamiento psiquiátrico después de la liberación y se asegure una asistencia social postpenitenciaria de carácter psiquiátrico (negrillas de la Corte).

.....

"4. Rehabilitación y libertad

"Dos conceptos de extrema importancia se encuentran en juego en el negocio de la referencia: la rehabilitación y la libertad. El primero encuentra su fundamento constitucional en los artículos 13 y 47 de la Carta Política. El segundo en el preámbulo y en los artículos 16, 28, 29 y 34 idem.

"4.1. La rehabilitación de los disminuídos

"1) Dice así el artículo 13 de la constitución:

"Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

"El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

"El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ella se cometan."

"La Sala Plena de la Corporación ha esclarecido los alcances de este artículo en los siguientes términos:

"Ese principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente formación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática.

"Hay pues que mirar la naturaleza misma de las cosas; ella puede en sí misma hacer imposible la aplicación del principio de la igualdad formal, en virtud de obstáculos del orden natural, biológico, moral o material, según la conciencia social dominante en el pueblo colombiano.

"Por ello, para corregir desigualdades de hecho, se encarga al Estado de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva. En este sentido se debe adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados, y proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de inferioridad manifiesta, como afirma el artículo 13 en sus incisos 2º y 3º.

"La igualdad material es la situación objetiva concreta que prohíbe la arbitrariedad".

"El principio de igualdad entonces implica que frente a los inimputables se deba adoptar una legislación particular y especial, distinta de la aplicable a los imputables, justamente por su condición de distintos por motivos síquicos.

"2) El artículo 47 de la Constitución prescribe lo siguiente:

"El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.

"La norma citada es concordante con la anterior, así como con el derecho a la seguridad social en general (artículo 48 CP), como quiera que la contrapartida de la constatación de una persona desigual es el correlativo deber especial del Estado para prestarle una atención especializada y doblemente eficiente, pues aparte de los derechos generales de los disminuidos, éstos tienen derechos específicos no extensibles al resto de la sociedad.

"Se trata de unos derechos de aplicación inmediata, como quiera que la especial protección que requieren los disminuidos es un mandato imperativo para todos los operadores jurídicos, al tenor del artículo 13 de la Carta.

"Es por ello entonces que respecto de los inimputables el Estado deberá prestarles la atención integral "que requieran", sin importar el tiempo o la intensidad de los respectivos tratamientos científicos, los cuales deben estar inscritos en un marco de dignidad propia del ser humano.

"Así, de conformidad con los principios constitucionales de igualdad y de rehabilitación, un disminuído psíquico no sólo es tan persona como cualquier otra, con su misma dignidad, sino que además posee derechos específicos y adicionales, derivados de su condición.

"3) En los artículos 350 y 366 se hace en idénticos términos la siguiente afirmación:

"...el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación...

"Se observa entonces que si dentro de los fines esenciales del Estado se consagra la efectividad de los derechos (art. 2º CP), y los derechos de los disminuídos -en este caso psíquicos- poseen un plus respecto de los demás (arts. 13 y 47), el deber estatal de garantizarles una seguridad social integral es prioritario sobre cualquier otra asignación del gasto público.

"4.2. La libertad

"1) El preámbulo de la Carta de 1991 dispone que la libertad es uno de los valores fundantes del Estado colombiano.

"2) El artículo 16 de la Constitución de Colombia establece lo siguiente:

"Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

"Se observa que la axiología del preámbulo se traduce en un derecho concreto, de orden fundamental, consistente en el derecho a la autodeterminación de la persona.

"El libre desarrollo de la personalidad se traduce en la libertad de opción y de toma de decisiones de la persona, siempre que no se alteren, como la misma norma lo establece, los derechos de los demás y el orden jurídico.

"Ahora bien, el ejercicio concreto de este derecho exige un presupuesto básico: que la persona tenga la capacidad síquica para autodeterminarse. De lo contrario el derecho debe ser asegurado en su núcleo esencial mediante un debido tratamiento y curación, que le permita a la persona finalmente gozar a plenitud del mismo.

"Es por ello que los inimputables que cometan un hecho punible y cuya condición haya sido establecida debidamente por dictamen pericial debe ser sometido por parte del juez a una medida de seguridad. Así, la causa última de la limitación de la libertad en estos casos no es otra que la especial condición personal de una persona que ha atentado contra un bien jurídico tutelado. El dictamen pericial que constata la condición del inimputable -permanente o transitorio-, así como la decisión del juez competente son mecanismos accesorios que constatan médica y judicialmente una situación previa y esencial. La persona no es inimputable porque un juez, apoyado en un dictamen médico, así lo diga, sino que el juez, basado en un experticio, constata una condición que la persona ya tenía: inimputable.

"3) Dice así el artículo 28 de la Carta Política de 1991:

"Toda persona es libre... En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles."

"La claridad de esta disposición despeja toda duda acerca de la imposibilidad de establecer medidas de seguridad imprescriptibles. En otras palabras, tanto las penas como las medidas de seguridad tienen constitucionalmente un tiempo límite más allá del cual prescribe la acción penal.

"4) El artículo 29 de la Constitución Política es del siguiente tenor en su inciso primero:

"El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

"La garantía del debido proceso es una conquista secular de la humanidad, enderezada a asegurar la libertad de las personas frente el ius puniendi a cargo del Estado.

"El debido proceso entonces, aplicado a los inimputables, implica que éstos deben recibir el tratamiento jurídico-penal previsto en la Constitución y en la ley, de suerte que si se viola alguno de sus derechos se menoscaba, al mismo tiempo, el derecho constitucional fundamental al debido proceso.

"Y de conformidad con los acápites anteriores, el debido proceso para los inimputables debe ser especialmente generoso y respetado, ya que, se reitera, goza por tal calidad de un plus en su contenido y eficacia.

"5) El artículo 34 de la Constitución reza así en su inciso primero:

"Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación.

"Esta norma es concordante con la anterior, como quiera que repite que no habrá pena perpetua en Colombia.

"De la mano del silogismo, si se acepta que las medidas de seguridad son una consecuencia de un hecho punible realizado por un inimputable, se concluye con una lógica elemental que las medidas de seguridad no podrán ser perpetuas.

"5. Relación entre las penas y las medidas de seguridad

"La consecuencia de un hecho punible puede ser una pena o una medida de seguridad. Tales resultados tienen semejanzas y diferencias, como se analiza a continuación.

"5.1. Identidades

"Tanto la pena como la medida de seguridad son consecuencias de la comisión de un hecho punible tipificado en las normas penales. Ambas medidas acarrear en principio la privación de la libertad en virtud de

una providencia judicial de un juez de la República. En ambas se debe respetar el debido proceso. En los dos casos además se debe probar de manera plena los elementos que determinan tales medidas.

"Tanto la pena como la medida de seguridad tienen finalidades similares, porque con ellas se pretende aislar a quien con su conducta ha demostrado ser un peligro para el medio social y ambas cumplen fines de readaptación, buscando la inocuización de quien mostró ser peligroso.

"Como acertadamente lo afirma Welzel, tanto la pena como la medida de seguridad suponen una restricción de la libertad del individuo y ambas a su vez deben tender a la resocialización, razón por la cual no hay entre ellas diferencias de estructura³.

"Por otra parte, la imposición de la medida de seguridad por parte del Poder Judicial del Estado, es otra característica común con las penas que las identifican en cuanto a su estructura tanto interna como externa. Ambas se imponen como consecuencia de la realización de un hecho punible y por tanto ambas son "postdelictuales". De las dos se exige el principio de legalidad, en el sentido de que no pueden imponerse, una ni otra, si no está previamente definida en la ley, de la misma manera que exige el principio de legalidad del proceso, en el sentido de que no pueden ser aplicadas sino como consecuencia de un proceso previamente determinado por ley anterior, y sólo puede ser impuesta como consecuencia de una decisión judicial.

"La responsabilidad penal es el compromiso que le cabe al sujeto por la realización de un hecho punible y conforme a la legislación vigente no existe duda alguna de qué esta se predica tanto de los sujetos imputables como de los inimputables.

"Tal conclusión es consecuencia de la existencia de dos clases de hechos punibles, en términos estructurales, en el Código Penal Colombiano, esto es, el hecho punible realizable por el sujeto inimputable que surge como conducta típica antijurídica y culpable, y el hecho punible realizable por sujeto inimputable que surge como conducta típica y antijurídica pero no culpable (delito en sentido amplio).

"Por tanto ambas estructuras jurídicas implican responsabilidad penal, siendo la de los imputables responsabilidad subjetiva, al tiempo que para los inimputables la responsabilidad penal es objetiva.

"5.2. Diferencias

"No obstante las anteriores semejanzas, entre las penas y las medidas de seguridad median, entre otras, las siguientes diferencias.

"5.2.1. Las penas

"5.2.1.1. Noción general

"La pena es la consecuencia de la responsabilidad penal de los imputables, cuando judicialmente se ha establecido que se ha cometido un hecho punible en forma típica, antijurídica y culpable. Precisamente este último elemento, la culpabilidad, es el que diferencia, desde el punto de vista conceptual, la pena de la medida de seguridad.

"5.2.1.2. Fines de la pena

"Según el artículo 12 del código penal, "la pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora". Se advierte que, siendo imputable la persona condenada, no se le trata como a un disminuído síquico sino como a una persona normal pero que ha cometido un hecho punible.

"5.2.1.3. Deber del Estado

"En los casos de los imputables, el Estado tiene el deber, al privarlo de la libertad, de otorgarle ciertas condiciones mínimas de dignidad, comunes para todas las personas que se encuentren en semejante situación, sin necesidad de realizar un tratamiento penitenciario especial en cada caso.

"5.2.1.4. Obligaciones del imputable condenado

El imputable condenado, por su parte, tiene el deber jurídico de soportar la privación de la libertad y demás medidas accesorias de la pena principal.

"5.2.1.5. Determinación del tiempo de la pena en la sentencia

"En el caso de los imputables, el juez en la sentencia determina un tiempo cierto y preciso de reclusión, sin perjuicio de la eventual y futura existencia de las diferentes modalidades de subrogados penales. En todo caso, y esto es lo importante para el negocio que nos ocupa, el tiempo de la pena es un tiempo determinado, fijado definitivamente en la propia sentencia de manera exacta en términos de años, meses y días.

"5.2.2. Las medidas de seguridad

"5.2.2.1. Noción general

"La medida de seguridad es la privación o restricción del derecho constitucional fundamental a la libertad, impuesta judicialmente por el Estado, con fines de curación, tutela y rehabilitación, a persona declarada previamente como inimputable, con base en el dictamen de un perito siquiatra, con ocasión de la comisión de un hecho punible. Es imposible desconocer que al igual que la pena, la medida de seguridad es, cuando menos, limitativa de la libertad personal, así se establezca que la medida de seguridad tiene un fin "curativo" no está sometida a la libre voluntad de quien se le impone. Ella es una medida coercitiva de la que no puede evadirse el inimputable por lo menos en relación con la internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada de carácter oficial (art. 94 del Código Penal). Así mismo no escapa a la Corte Constitucional que sobre esta materia se ha desarrollado un amplio debate jurídico. La Corte sin embargo no entra a tomar partido sobre las varias teorías existentes entorno a la naturaleza jurídica de las medidas de seguridad. Por otra parte, respecto de la ejecución de la medida de seguridad, el nuevo Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1.991) creó los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

"El artículo 75 del Código de Procedimiento Penal determina la competencia de dichos jueces, especialmente para verificar que los lugares destinados al cumplimiento de la sentencia se encuentren en aceptables condiciones para el cumplimiento de la pena -y también debe entenderse, con mayor razón todavía, que igualmente se aplica

para las medidas de seguridad-. Para la vigilancia de la ejecución de las medidas de seguridad el nuevo Código de Procedimiento Penal creó un grupo interdisciplinario asesor del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad. El grupo interdisciplinario podrá integrarse un médico, un sociólogo, un psicólogo, un antropólogo, un trabajador social, un criminólogo y el director del establecimiento, de acuerdo con las capacidades de cada centro de reclusión.

"La ejecución de la pena y de la medida de seguridad exige la intervención de diversos profesionales con el fin de que aporten sus conocimientos para la satisfacción de cada una de las necesidades existentes. Por lo tanto la colaboración de un grupo interdisciplinario facilita la resocialización y rehabilitación de imputables e inimputables.

"5.2.2.2. Fines de la medida de seguridad

"El artículo 12 del Código Penal establece lo siguiente:

"ART. 12.- FUNCIÓN DE LA PENA Y DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD. La pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación (negrillas no originales).

"Este artículo sólo se podría interpretar a partir de la necesidad que tiene la sociedad de protegerse de los individuos respecto de los cuales, por haber realizado una conducta prevista en la ley como delito y sin concurrir una causal de justificación, puede decirse con un juicio razonable de probabilidad que pueda volver a cometer la misma conducta. Este ha sido el argumento central para justificar los fines de "curación, tutela y rehabilitación" dentro de un Estado de social de Derecho. Tales fines se especifican así:

"1) Mediante el término "curación" se pretende sanar a la persona y restablecerle su juicio. Ello sin embargo plantea el problema de los enfermos mentales cuya curación es imposible por determinación médica y por lo tanto se encuentran abocados a la pérdida de su razón hasta la muerte.

"2) Cuando la ley habla de "tutela" se hace alusión a la protección de la sociedad frente al individuo que la daña. Así las cosas, si se llegare a establecer que un individuo ha recuperado su "normalidad psíquica" es porque no ofrece peligro para la sociedad y por tanto no debe permanecer por más tiempo sometido a una medida de seguridad.

"3) Y por "rehabilitación" debe entenderse que el individuo recobre su adaptación al medio social. La rehabilitación es la capacitación para la vida social productiva y estable, así como la adaptabilidad a las reglas ordinarias del juego social en el medio en que se desenvolverá la vida del sujeto.

"Por otra parte, las medidas de seguridad no tienen como fin la retribución por el hecho antijurídico, sino la prevención de futuras y eventuales violaciones de las reglas de grupo. La prevención que aquí se busca es la especial. De acuerdo con este objetivo se conforma su contenido. Otra cosa es que, por su carácter fuertemente aflictivo, también tenga efectos intimidatorios.

"5.2.2.3. Deber del Estado

"Frente a los inimputables el Estado tiene un doble deber: al igual que los imputables, el Estado tiene el deber de privar de la libertad al inimputable que ha cometido un hecho punible. Pero a diferencia de aquellos, el Estado tiene frente a los inimputables un deber distinto, adicional y específico, según los artículos 13 y 47 de la Constitución: debe adelantar una política de rehabilitación de las personas diferentes desde el punto de vista síquico. Por eso, mientras el inimputable que ha cometido un hecho punible se encuentre siendo objeto de una medida de seguridad, el Estado debe proveer obligatoria e ininterrumpidamente todo el tratamiento científico especializado para curar, tutelar y rehabilitar a la persona, como el fin de que ella tenga dignidad. Se establece pues un especial vínculo jurídico entre el inimputable que ha cometido un hecho punible y el Estado.

"5.2.2.4. Obligación del inimputable objeto de la medida de seguridad

"Como contrapartida de lo anterior, el inimputable que ha cometido un delito debe soportar la privación de la libertad durante el tiempo que dure el tratamiento que lo rehabilitará para la vida en sociedad.

"5.2.2.5. Indeterminación del tiempo al momento de la sentencia

"Al momento de dictarse la providencia judicial que impone la medida de seguridad para el inimputable que ha cometido un hecho punible, el juez no fija la duración precisa de tal medida. Es por ello que la norma objeto de esta demanda emplea el término "máximo indeterminado". En ningún caso sin embargo la medida debe exceder el tiempo previsto en el respectivo tipo penal para ese delito.

.....

"7. Síntesis de los fundamentos que motivaron esta sentencia

"a) El carácter indeterminado del tiempo máximo de duración de las medidas de seguridad es inconstitucional porque el artículo 34 de la Carta prohíbe las penas perpetuas.

"b) La fijación de topes mínimos de las medidas de seguridad es inconstitucional porque la recuperación de la libertad por parte de los inimputables no está condicionada a un cierto término sino al restablecimiento de la capacidad síquica.

"c) La declaratoria judicial de la calidad de inimputable es monopolio del juez, el cual sin embargo debe orientarse por el dictamen -no vinculante- del médico especialista."

TEMA IV. DERECHO PENAL DE ACTO. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD. PENA Criterios de imposición, PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. DIGNIDAD HUMANA.

***Referencia.** Sentencia c-239/97. Expediente D-1490. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 326 del decreto 100 de 1980- Código Penal-. Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ. 20-05-97*

DERECHO PENAL DEL ACTO. Alcance. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

"El artículo 29 de la Constitución, en armonía con la definición del carácter político del Estado como Social de Derecho, y del postulado de respeto a la dignidad de la persona humana, consagra el principio de que no hay delito sin

conducta, al establecer que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa". En estos términos, es evidente que el Constituyente optó por un derecho penal del acto, en oposición a un derecho penal del autor. Desde esta concepción, sólo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente. El derecho penal del acto supone la adopción del principio de culpabilidad, que se fundamenta en la voluntad del individuo que controla y domina el comportamiento externo que se le imputa, en virtud de lo cual sólo puede llamarse acto al hecho voluntario."

PRINCIPIO DE NO ACCIÓN SIN CULPA

"El principio de que no hay acción sin culpa, corresponde a la exigencia del elemento subjetivo o psicológico del delito; según dicho principio, ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción sino es el fruto de una decisión; por tanto, no puede ser castigado si no es intencional, esto es, realizado con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer. De ahí que sólo pueda imponerse pena a quien ha realizado culpablemente un injusto."

DERECHO PENAL DEL ACTO. Criterios de imposición de la pena. DERECHO PENAL DEL ACTO. Grado de culpabilidad y componentes subjetivos adicionales. ACTO PUNIBLE-Móviles de la conducta

"Para el derecho penal del acto, uno de los criterios básicos de imposición de la pena es el grado de culpabilidad, de tal manera que a su autor se le impone una sanción, mayor o menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad. No obstante, es de considerar que el aspecto subjetivo de la prohibición no se agota, en todos los casos, en las formas de culpabilidad que enumera el Código Penal (dolo, culpa y preterintención). La ilicitud de muchos hechos no depende únicamente de su materialización y realización consciente y voluntariamente, sino que debe tenerse en cuenta el sentido específico que a la acción u omisión le imprime el fin perseguido por el sujeto. Tales componentes psicológicos pueden ser tenidos en cuenta únicamente cuando es el propio tipo el que de modo expreso los acoge, ya sea para fundamentar el injusto, su agravación, atenuación o exclusión."

"Esos componentes subjetivos adicionales cumplen la función de distinguir un comportamiento punible de otro que no lo es, o de diferenciar entre sí varias figuras delictivas. Para graduar la culpabilidad deben tenerse en cuenta los móviles de la conducta, pero sólo cuando el legislador los ha considerado relevantes al describir el acto punible. Dichos móviles, que determinan en forma más concreta el tipo, en cuanto no desconozcan las garantías penales ni los demás derechos fundamentales, se ajustan a la Constitución, y su adopción hace parte de la órbita de competencia reservada al legislador. Los móviles pueden hacer parte de la descripción del tipo penal, sin que por ello, en principio, se vulnere ninguna disposición constitucional."

HOMICIDIO POR PIEDAD. Elementos objetivos. PENAS. Razonable proporcionalidad con grado de culpabilidad del acto

"Es claro que para que se configure esta forma de homicidio atenuado no basta el actuar conforme a un sentimiento de piedad, ya que es necesario que se presenten además los elementos objetivos exigidos por el tipo penal, a saber, que el sujeto pasivo tenga intensos sufrimientos derivados de lesión corporal o enfermedad grave o incurable.

"No existe homicidio piadoso cuando una persona mata a otro individuo que no padece esos sufrimientos, aún cuando invoque razones de piedad. En este caso, que constituye un homicidio simple, o incluso agravado, la muerte es el producto del sentimiento egoísta del victimario, que anula una existencia, por que a su juicio no tiene ningún valor. En esta conducta, la persona mata porque no reconoce dignidad alguna en su víctima, mientras que en el homicidio por piedad, tal como está descrito en el Código Penal, el sujeto activo no mata por desdén hacia el otro sino por sentimientos totalmente opuestos.

"El sujeto activo considera a la víctima como una persona con igual dignidad y derechos, pero que se encuentra en una situación tal de sufrimiento, que la muerte puede ser vista como un acto de compasión y misericordia. En un Estado Social de Derecho las penas tienen que guardar una razonable proporcionalidad con el grado de culpabilidad del acto, y no sólo con la gravedad material y objetiva de la lesión al bien jurídico.

PRINCIPIO DE LA DIGNIDAD HUMANA. Respeto de autonomía e identidad

"La Constitución establece que el Estado colombiano está fundado en el respeto a la dignidad de la persona humana; esto significa que, como valor supremo, la dignidad irradia el conjunto de derechos fundamentales reconocidos, los cuales encuentran en el libre desarrollo de la personalidad su máxima expresión. El principio de la dignidad humana atiende necesariamente a la superación de la persona, respetando en todo momento su autonomía e identidad.

.....

"1. En un derecho penal del acto la pena se condiciona a la realización de un hecho antijurídico, dependiendo del grado de culpabilidad.

"Dado que el homicidio por piedad es un tipo doloso, las reflexiones siguientes se limitarán a esta forma de culpabilidad.

"a. La Constitución colombiana consagra un derecho penal del acto, que supone la adopción del principio de culpabilidad.

"El artículo 29 de la Constitución, en armonía con la definición del carácter político del Estado como Social de Derecho, y del postulado de respeto a la dignidad de la persona humana, consagra el principio de que no hay delito sin conducta, al establecer que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa". En estos términos, es evidente que el Constituyente optó por un derecho penal del acto, en oposición a un derecho penal del autor.

"Dicha definición implica, por una parte, que el acontecimiento objeto de punición no puede estar constituido ni por un hecho interno de la persona, ni por su carácter, sino por una exterioridad y, por ende, el derecho represivo sólo puede castigar a los hombres por lo efectivamente realizado y no por lo pensado, propuesto o deseado, como tampoco puede sancionar a los individuos por su temperamento o por sus sentimientos. En síntesis, desde esta concepción, sólo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente.

"Pero, además, un derecho penal del acto supone la adscripción de la conducta al autor, en cuanto precisa, además de la existencia material de un resultado, la voluntad del sujeto dirigida a la observancia específica de la misma. En otros términos, el derecho penal del acto supone la adopción del principio de culpabilidad, que se fundamenta en la voluntad del individuo que controla y domina el comportamiento externo que se le imputa, en virtud de lo cual sólo puede llamarse acto al hecho voluntario.

"La reprobación penal del hecho, entonces, debe estar referida no a su materialidad en sí misma, sino al sentido subjetivo que el autor confiere a su comportamiento social, en tanto que sujeto libre; y así, sólo puede ser considerado como autor de un hecho, aquél a quien pueda imputársele una relación causal entre su decisión, la acción y el resultado, teniendo en cuenta su capacidad sicofísica para entender y querer el hecho, considerada en abstracto, y la intención, en concreto, de realizar el comportamiento que la norma penal describe.

"En otros términos, el principio de que no hay acción sin culpa, corresponde a la exigencia del elemento subjetivo o psicológico del delito; según dicho principio, ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción sino es el fruto de una decisión; por tanto, no puede ser castigado si no es intencional, esto es, realizado con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer. De ahí que sólo pueda imponerse pena a quien ha realizado culpablemente un injusto.

"Las consideraciones precedentes guardan armonía con la definición del derecho penal como mecanismo de regulación de la conducta humana, dirigido, por ende, a acciones susceptibles de ser realizadas o no por los destinatarios de la norma; requiere, entonces, del conocimiento y de la voluntad de aquéllos a quienes se dirige, con el propósito de orientarlos o condicionarlos. Lo contrario supondría una responsabilidad por el simple resultado, que es trasunto de un derecho fundado en la responsabilidad objetiva, pugnante con la dignidad de la persona humana.

"Para el derecho penal del acto, uno de los criterios básicos de imposición de la pena es el grado de culpabilidad, de tal manera que a su autor se le impone una sanción, mayor o menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad.

"No obstante, es de considerar que el aspecto subjetivo de la prohibición no se agota, en todos los casos, en las formas de culpabilidad que enumera el Código Penal (dolo, culpa y preterintención). La ilicitud de muchos hechos no depende únicamente de su materialización y realización consciente y voluntariamente, sino que debe tenerse en cuenta el sentido específico que a la acción u omisión le imprime el fin perseguido por el sujeto. Tales componentes psicológicos pueden ser tenidos en cuenta únicamente cuando es el propio tipo el que de modo expreso los acoge, ya sea para fundamentar el injusto, su agravación, atenuación o exclusión.

"Esos componentes subjetivos adicionales cumplen la función de distinguir un comportamiento punible de otro que no lo es, o de diferenciar entre sí varias figuras delictivas. Carrara fue explícito en este aspecto al observar que el título de la imputación puede variar en

función del aspecto subjetivo del hecho: "Y si bien el derecho no se lesiona sino con el acto físico, con todo la fórmula usada por nosotros: variedad del derecho lesionado, no es idéntica a esta otra: variedad del actor físico; porque dos actos físicos semejantes pueden estar dirigidos, por cada uno de los agentes, a violar dos derechos distintos, y por la influencia del elemento intencional sobre la esencia del delito, pueden nacer (a pesar de la identidad de actos físicos) diversos delitos, a causa de la diversidad de las intenciones del agente, que dirigió el acto físico a lesionar un derecho más bien que otro".¹

"La ubicación dogmática de este elemento ha sido discutida en la doctrina.

Hay autores que la consideran un elemento subjetivo del tipo, en tanto que para otros se trata de un elemento subjetivo de la culpabilidad. Pero, al margen de la discusión doctrinaria, lo cierto es que para graduar la culpabilidad deben tenerse en cuenta los móviles de la conducta, pero sólo cuando el legislador los ha considerado relevantes al describir el acto punible. Dichos móviles, que determinan en forma más concreta el tipo, en cuanto no desconozcan las garantías penales ni los demás derechos fundamentales, se ajustan a la Constitución, y su adopción hace parte de la órbita de competencia reservada al legislador.

.....

"1. El derecho a la vida y la autonomía a la luz de la Constitución de 1991.

"Si bien existe consenso en que la vida es el presupuesto necesario de los demás derechos, un bien inalienable, sin el cual el ejercicio de los otros sería impensable, su protección en el ámbito jurídico occidental, y la respuesta en torno al deber de vivir cuando el individuo sufre una enfermedad incurable que le causa intensos sufrimientos, es vista desde dos posiciones: 1) La que asume la vida como algo sagrado y 2) aquella que estima que es un bien valioso pero no sagrado, pues las creencias religiosas o las convicciones metafísicas que fundamentan la sacralización son apenas una entre diversas opciones. En la primera, independientemente de las condiciones en que se encuentra el individuo, la muerte debe llegar por medios naturales. En la segunda, por el contrario, se admite que, en circunstancias extremas, el

individuo pueda decidir si continúa o no viviendo, cuando las circunstancias que rodean su vida no la hacen deseable ni digna de ser vivida, v. gr., cuando los intensos sufrimientos físicos que la persona padece no tienen posibilidades reales de alivio, y sus condiciones de existencia son tan precarias, que lo pueden llevar a ver en la muerte una opción preferible a la sobrevivencia.

"En Colombia, a la luz de la Constitución de 1991, es preciso resolver esta cuestión desde una perspectiva secular y pluralista, que respete la autonomía moral del individuo y las libertades y derechos que inspiran nuestro ordenamiento superior.

"La decisión, entonces, no puede darse al margen de los postulados superiores. El artículo 1 de la Constitución, por ejemplo, establece que el Estado colombiano está fundado en el respeto a la dignidad de la persona humana; esto significa que, como valor supremo, la dignidad irradia el conjunto de derechos fundamentales reconocidos, los cuales encuentran en el libre desarrollo de la personalidad su máxima expresión.

"Como bien lo ha expresado esta Corporación, "la dignidad humana ... es en verdad principio fundante del Estado,... que más que derecho en sí mismo, es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado en la constitución."

"2. Este principio atiende necesariamente a la superación de la persona, respetando en todo momento su autonomía e identidad. En este sentido la Corte señaló:

"El principio de dignidad no sería comprensible si el necesario proceso de socialización del individuo se entendiera como una forma de masificación y homogenización integral de su conducta, reductora de toda traza de originalidad y peculiaridad. Si la persona es en sí misma un fin, la búsqueda y el logro incesantes de su destino conforman su razón de ser y a ellas por fuerza acompaña, en cada instante, una inextirpable singularidad de la que se nutre el yo social, la cual expresa un interés y una necesidad radicales del sujeto que no pueden quedar desprotegidas por el derecho a riesgo de convertirlo en cosa".

"3. Por otra parte, el mismo artículo 1 de la Constitución, en concordancia con el artículo 95, consagra la solidaridad como uno de los postulados básicos del Estado Colombiano, principio que envuelve el deber positivo de todo ciudadano de socorrer a quien se encuentra en una situación de necesidad, con medidas humanitarias. Y no es difícil descubrir el móvil altruista y solidario de quien obra movido por el impulso de suprimir el sufrimiento ajeno, venciendo, seguramente, su propia inhibición y repugnancia frente a un acto encaminado a aniquilar una existencia cuya protección es justificativa de todo el ordenamiento, cuando las circunstancias que la dignifican la constituyen en el valor fundante de todas las demás.

"En estos términos, la Constitución se inspira en la consideración de la persona como un sujeto moral, capaz de asumir en forma responsable y autónoma las decisiones sobre los asuntos que en primer término a él incumben, debiendo el Estado limitarse a imponerle deberes, en principio, en función de los otros sujetos morales con quienes está avocado a convivir, y por tanto, si la manera en que los individuos ven la muerte refleja sus propias convicciones, ellos no pueden ser forzados a continuar viviendo cuando, por las circunstancias extremas en que se encuentran, no lo estiman deseable ni compatible con su propia dignidad, con el argumento inadmisibles de que una mayoría lo juzga un imperativo religioso o moral.

"Job es un patético ejemplo de valor para sobrellevar la existencia en medio de circunstancias dolorosas y degradantes; pero la resignación del santo, justificable y dignificante sólo por su incommovible fe en Dios, no puede ser el contenido de un deber jurídico, pues de nadie puede el Estado demandar conductas heroicas, menos aún si el fundamento de ellas está adscrito a una creencia religiosa o a una actitud moral que, bajo un sistema pluralista, sólo puede revestir el carácter de una opción.

"Nada tan cruel como obligar a una persona a subsistir en medio de padecimientos oprobiosos, en nombre de creencias ajenas, así una inmensa mayoría de la población las estime intangibles. Porque, precisamente, la filosofía que informa la Carta se cifra en su propósito de erradicar la crueldad. Rorty lo ha expresado en palabras exactas: quien adhiere a esa cosmovisión humanística, es una persona que piensa "que la crueldad es la peor cosa que puede hacer".

"4. En síntesis, desde una perspectiva pluralista no puede afirmarse el deber absoluto de vivir, pues, como lo ha dicho Radbruch, bajo una Constitución que opta por ese tipo de filosofía, las relaciones entre derecho y moral no se plantean a la altura de los deberes sino de los derechos. En otras palabras: quien vive como obligatoria una conducta, en función de sus creencias religiosas o morales, no puede pretender que ella se haga coercitivamente exigible a todos; sólo que a él se le permita vivir su vida moral plena y actuar en función de ella sin interferencias.

"Además, si el respeto a la dignidad humana, irradia el ordenamiento, es claro que la vida no puede verse simplemente como algo sagrado, hasta el punto de desconocer la situación real en la que se encuentra el individuo y su posición frente al valor de la vida para sí. En palabras de esta Corte:

el derecho a la vida no puede reducirse a la mera subsistencia, sino que implica el vivir adecuadamente en condiciones de dignidad.

.....

TEMA V. FINES DE LA PENA. Resocialización. DERECHOS DE LOS CONDENADOS. DIGNIDAD HUMANA

Referencia. Sentencia c-261/96. Expediente L.A.T.-066. Revisión constitucional del "Tratado entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Venezuela sobre traslado de personas condenadas", y de la Ley 250 de 1995 por medio de la cual se aprueba dicho tratado. Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. 13-06-96

TRATADO INTERNACIONAL. Cooperación judicial. REPATRIACIÓN DE PRESOS.

"Durante la ejecución de las penas debe predominar la búsqueda de resocialización del delincuente, ya que éste es una consecuencia natural de la definición de Colombia como un Estado social de derecho fundado en la dignidad humana, puesto que el objeto del derecho penal en un Estado de este tipo no es excluir al delincuente del pacto social sino buscar su reinserción en el mismo. Por ello, es lógico que los instrumentos internacionales de derechos humanos

establezcan esa función resocializadora del tratamiento penitenciario. Es perfectamente razonable suponer que la repatriación de los presos puede favorecer su resocialización y fomenta la cooperación judicial entre los dos países, por lo cual esta Corporación concluye que el objetivo del tratado, contenido en el Preámbulo del mismo, encuentra claro sustento constitucional."

AUTONOMIA DE LOS CONDENADOS. DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA. Función resocializadora.

"Con el tratado no sólo se busca facilitar un mejor y real conocimiento de los procedimientos y condiciones bajo los cuales opera el instrumento sino que además se pretende que las personas que potencialmente se puedan beneficiar con las repatriaciones conozcan con certeza las implicaciones de su traslado y sean protegidas en sus derechos. Estas disposiciones concuerdan plenamente con la Constitución pues protegen la dignidad y autonomía de los condenados, y armonizan tales valores con la propia función resocializadora del sistema penal. En efecto, en el aspecto sustancial de la dignidad humana, se concentra gran parte del debate moderno sobre la función resocializadora de la pena y del sistema penal en general.

"La función resocializadora del sistema penal adquiere relevancia constitucional, no sólo desde el punto de vista fundamental 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 todos 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, la humanidad en el cumplimiento de la pena y la autonomía de la persona, en relación todas con la función resocializadora como fin del sistema penal."

.....

"5- El tratado bajo revisión busca permitir el traslado de colombianos o venezolanos condenados en el país en donde se cometió el ilícito a cumplir las penas o medidas de seguridad en su país de origen. De esa manera el convenio pretende fortalecer la cooperación entre los dos países y, en especial, favorecer la resocialización de los condenados dentro del marco del respeto de sus derechos humanos, como lo señala con claridad el preámbulo del tratado y lo reitera la exposición de motivos del Ejecutivo al poner a consideración del Congreso el proyecto de ley aprobatoria. Dijo entonces el Gobierno:

"Debe recordarse que la función de la justicia no es sólo castigar al delincuente. Al brindar la posibilidad a los colombianos reclusos en

centros penitenciarios de diferentes partes del mundo, de cumplir con la justicia pero en una prisión que le permita el contacto con su familia y el medio en que creció, estamos dando un paso adelante en la creación de un espacio propio para la rehabilitación de los condenados, aspecto prioritario de una sana administración de justicia".

"6- La Corte considera que esa finalidad del tratado armoniza plenamente con la Carta, no sólo por cuanto Colombia está comprometida a promover la cooperación internacional y la integración latinoamericana y del Caribe (CP Preámbulo y arts 9º, 226 y 227) sino además por cuanto en un Estado social de derecho fundado en la dignidad humana (CP art. 1º), la ejecución de las penas debe tener una función primariamente resocializadora.

"7- En la actualidad se considera que las teorías tradicionales que buscaban justificar de manera absoluta las penas y el sistema penal están en crisis.

"Así, ni la teoría kantiana de la retribución, ni las doctrinas utilitarias de la prevención frente a conductas consideradas socialmente dañosas permiten explicar, comprender y justificar plenamente la función que puede cumplir el sistema penal en una sociedad democrática fundada en los derechos humanos. Por ello la doctrina penal más avanzada considera que tal función sólo puede encontrar explicación en principios diferentes, que actúan en momentos diversos del ejercicio de la acción punitiva por el Estado⁹. Así, en el primer momento, se considera que el Legislador define los delitos orientado esencialmente por consideraciones de prevención general, y secundariamente por principios retributivos.

"Conforme a tal criterio, la tipificación legal de hechos punibles pretende desestimular conductas lesivas de bienes jurídicos dignos de ser tutelados por el derecho penal (prevención general) pero de manera tal que exista una cierta proporcionalidad entre el daño ocasionado por el delito y la pena que le es atribuida (componente retributivo en esta fase). De otro lado, en la fase de imposición judicial de la pena a un determinado sujeto, en general se considera que el sistema penal debe operar con un criterio esencialmente retributivo, a fin de que, por razones de justicia, exista una proporcionalidad entre la dañosidad de

la conducta, el grado de culpabilidad del agente y la intensidad de la pena. Finalmente, se considera como propio del Estado social de derecho que la ejecución de la sanción penal esté orientada por finalidades de prevención especial positiva, esto es, en esta fase se debe buscar ante todo la resocialización del condenado, obviamente dentro del respeto de su autonomía y dignidad puesto que, como se verá más adelante, es necesario armonizar estos valores.

"Como es natural, no siempre es fácil hacer compatibles estos distintos principios de fundamentación del sistema penal, pues en ocasiones los fines de prevención general aconsejan penas muy severas, mientras que las políticas de resocialización sugieren penas bajas. Así, dice al respecto Herbert Hart, que "las penas que estimamos necesarias como amenaza para maximizar la obediencia al Derecho, pueden convertir al transgresor a quien se imponen, en un enemigo inflexible de la sociedad; mientras que el recurso a medidas rehabilitadoras puede disminuir la eficacia y ejemplaridad del castigo en los demás"¹⁰. Sin embargo, a pesar de esas inevitables tensiones y discusiones, lo cierto es que durante la ejecución de las penas debe predominar la búsqueda de resocialización del delincuente, ya que éste es una consecuencia natural de la definición de Colombia como un Estado social de derecho fundado en la dignidad humana (CP art. 1º), puesto que el objeto del derecho penal en un Estado de este tipo no es excluir al delincuente del pacto social sino buscar su reinserción en el mismo. Por ello, es lógico que los instrumentos internacionales de derechos humanos establezcan esa función resocializadora del tratamiento penitenciario. Así, de manera expresa, el artículo 10 numeral 3º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, aprobado por Colombia por la Ley 74 de 1968, consagra que "el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados (subrayas no originales)".

"8- Ahora bien, la Corte considera que es perfectamente razonable suponer que la repatriación de los presos puede favorecer su resocialización y fomenta la cooperación judicial entre los dos países, por lo cual esta Corporación concluye que el objetivo del tratado, contenido en el Preámbulo del mismo, encuentra claro sustento constitucional.

"Ámbito de aplicación y principios orientadores del tratado. Respeto de la soberanía y gradualidad.

.....

"12- El último principio básico del tratado es la protección de la autonomía, la dignidad y los derechos de las personas condenadas. No hay entonces traslados forzosos sino que toda repatriación debe contar con el consentimiento informado de la persona (art. 4º ords 7º y 8º), por lo cual se ordena a los Estados informar del contenido de la presente convención a los condenados a quienes ésta pueda aplicarse, así como de las consecuencias jurídicas del traslado (art. 6º). E, igualmente, se prohíbe que la persona trasladada pueda ser detenida, procesada o condenada en el Estado Receptor por el mismo delito que motivó la sentencia a ser ejecutada, o que la condena sea aumentada en el Estado Receptor (art. 3º).

De esa manera el tratado no sólo se busca facilitar un mejor y real conocimiento de los procedimientos y condiciones bajo los cuales opera el instrumento sino que además se pretende que las personas que potencialmente se puedan beneficiar con las repatriaciones conozcan con certeza las implicaciones de su traslado y sean protegidas en sus derechos.

"13- La Corte considera que estas disposiciones concuerdan plenamente con la Constitución pues protegen la dignidad y autonomía de los condenados, y armonizan tales valores con la propia función resocializadora del sistema penal. En efecto, en el aspecto sustancial de la dignidad humana, se concentra gran parte del debate moderno sobre la función resocializadora de la pena y del sistema penal en general.

"A partir de la noción de dignidad, y con ella de la autonomía de la persona- que no se pierde por supuesto por el hecho de estar ella cumpliendo una condena judicial - se ha producido una variación en la forma cómo es concebida la función resocializadora del sistema penal. Hoy se concibe como superada la concepción de la resocialización como fundamento básico o absoluto de la intervención penal: su sentido e importancia se retoma en el horizonte de las garantías materiales. Es decir, la resocialización se entiende más como una

garantía material en cabeza del condenado, consustancial a la función del sistema penal en el Estado social de derecho.

"La dignidad y la autonomía se colocan así en el centro de la tensión dialéctica que soporta el derecho penal y que constituye su propia dinámica, que es la función de eliminar la violencia social extrapenal, al mismo tiempo que se busca disminuir los efectos potencialmente violentos que puede tener el propio derecho penal. Es un dilema del cual los autores clásicos fueron siempre conscientes: "el derecho penal es una espada de doble filo -señalaba Lutz-; supone la protección de bienes jurídicos mediante la violación de bienes jurídicos".

"La resocialización, concebida como garantía y centrada en la órbita de la autonomía del individuo, no consiste en la imposición estatal de un esquema prefijado de valores, sino en la creación de las bases de un autodesarrollo libre y, en todo caso, como disposición de los medios y de las condiciones que impidan que la persona vea empeorado, a consecuencia de la intervención penal, su estado general y sus opciones reales de socialización.

"Como se ha dicho, el sistema penal moderno no abandona la idea de resocialización, al contrario, para operar como sistema legítimo debe, dentro de su complejo universo de fines, promoverla y, más allá aún, buscar la no desocialización de la persona. De esta manera, como garantía material del individuo, la función resocializadora promovida por el Estado, encuentra su límite en la autonomía de la persona. Esta función no puede operar a costa de ella. El aspecto negativo de la misma, se convierte entonces en el aspecto decisivo: la idea de resocialización se opone, ante todo, a penas y condiciones de cumplimiento que sean en esencia, por su duración o por sus consecuencias, desocializadoras. El Estado debe brindar los medios y las condiciones para no acentuar la desocialización del penado y posibilitar sus opciones de socialización. El aspecto positivo encuentra así un límite concreto en la autonomía de la persona: el fin de la socialización, el sentido que a ella se le dé, debe conservarse dentro de la órbita de la autonomía individual, no le corresponde al Estado hacerlo; la socialización no posee contenidos prefijados, fijarlos, hace parte del libre desarrollo de la personalidad humana (CP art. 16).

"En razón a lo anterior, la función resocializadora del sistema penal adquiere relevancia constitucional, no sólo desde el punto de vista fundamental de la dignidad (CP art. 1º), sino también como expresión del libre desarrollo de la personalidad humana (CP art. 16). La función de reeducación y reinserción social del condenado, debe entenderse como obligación institucional de ofrecerle todos 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, la humanidad en el cumplimiento de la pena y la autonomía de la persona, en relación todas con la función resocializadora como fin del sistema penal.

"La dignidad humana, la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad humana son entonces los marcos para la interpretación de todas las medidas con vocación resocializadora. Es el caso concreto que nos ocupa en esta ocasión. El convenio que se estudia, como un esfuerzo bilateral para ofrecer condiciones más favorables para la resocialización de personas condenadas, se encuentra justamente situado en esta nueva concepción de la función resocializadora: la intención expresamente humanitaria como la base del convenio, y la exigencia del consentimiento por parte del condenado para adelantar su repatriación, de tal manera que la autonomía de la persona constituye un elemento central en el convenio, afianzan este sentido renovado de la resocialización."

.....

TEMA VII. IMPOSICIÓN Y EJECUCIÓN DE LA PENA. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PUNITIVA

Referencia. Sentencia c-285/97. Expediente D-1499. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 22 y 25 de la ley 294 de 1996. Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ. 5-06-97

TRATAMIENTO PUNITIVO. Iguales circunstancias igual protección

"Si bien el derecho penal constituye el mecanismo de control más gravoso para la libertad de las personas, es también la forma de tutela más eficaz de los bienes y derechos fundamentales de los individuos. Por ello cuando el legislador, por razones de política criminal, opta por recurrir a ese medio de control, para garantizar un bien jurídico determinado, todas las personas que se encuentren en

las mismas circunstancias, tienen el derecho a recibir igual protección. En otros términos, aunque es cierto que al legislador le corresponde ponderar la necesidad de utilización del derecho penal para resolver los conflictos que se presenten entre las personas, cuando hace uso de ese mecanismo para proteger un bien en particular, no está autorizado para hacer distinciones que no estén fundadas en razones legítimas."

**PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN PODER PUNITIVO.
Gravedad del injusto y grado de culpabilidad**

"En un Estado de Derecho el poder punitivo tiene unos límites dados por el principio de proporcionalidad, en virtud del cual la graduación, en abstracto y en concreto, de la sanción, debe hacerse de acuerdo con la gravedad del injusto, y el grado de culpabilidad. Según el primer criterio, la intervención del derecho penal se dirige a sancionar las conductas lesivas de los bienes jurídicos que se estiman más valiosos, teniendo en cuenta que el hecho punible, además de lesionar bienes jurídicos particulares, atenta contra los valores ético-sociales predominantes en una sociedad determinada. El grado de culpabilidad, por su parte, involucra consideraciones acerca de la intencionalidad del hecho, esto es, de la conciencia y voluntad presentes en su realización, en virtud de los cuales se considera que la persona habría podido actuar de otra manera."

....

"En otros términos, la protección que el Estado debe brindar a las personas no puede quedar reducida al ámbito de lo público, se extiende también al espacio privado, como lo ordena el artículo 42 de la Carta, según el cual "Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley".

"Dicha protección tiene por objeto, además de garantizar los derechos de los miembros más débiles de la población (menores, ancianos, mujeres), erradicar la violencia de la familia; objetivo en el cual está comprometido el interés general, por ser la familia la institución básica y el núcleo fundamental de la sociedad, y un espacio básico para la consolidación de la paz."

.....

"Si bien el derecho penal constituye el mecanismo de control más gravoso para la libertad de las personas, es también la forma de tutela más eficaz de los bienes y derechos fundamentales de los individuos. Por ello cuando el legislador, por razones de política criminal, opta por recurrir a ese medio de control, para garantizar un bien jurídico determinado, todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias, tienen el derecho a recibir igual protección³. En otros

términos, aunque es cierto que al legislador le corresponde ponderar la necesidad de utilización del derecho penal para resolver los conflictos que se presenten entre las personas, cuando hace uso de ese mecanismo para proteger un bien en particular, no está autorizado para hacer distinciones que no estén fundadas en razones legítimas.

"Ahora bien: aunque la determinación en abstracto de la medida de la pena no puede ser evaluada con fundamento en razones cuantitativas exactas, lo cierto es que en un Estado de Derecho el poder punitivo tiene unos límites dados por el principio de proporcionalidad, en virtud del cual la graduación, en abstracto y en concreto, de la sanción, debe hacerse de acuerdo con la gravedad del injusto, y el grado de culpabilidad.

"Según el primer criterio, la intervención del derecho penal se dirige a sancionar las conductas lesivas de los bienes jurídicos que se estiman más valiosos, teniendo en cuenta que el hecho punible, además de lesionar bienes jurídicos particulares, atenta contra los valores ético-sociales predominantes en una sociedad determinada. El grado de culpabilidad, por suparte, involucra consideraciones acerca de la intencionalidad del hecho, esto es, de la conciencia y voluntad presentes en su realización, en virtud de los cuales se considera que la persona habría podido actuar de otra manera.

"En consecuencia, asignar a unos mismos hechos sanciones diferentes implica que el legislador considera que las conductas o no son igualmente lesivas o no merecen el mismo reproche. La benignidad del trato comporta una consideración sobre la menor lesividad del hecho, menor trascendencia del bien jurídico protegido o menor reprochabilidad del acto."

.....

TEMA VII. DERECHO PENAL Y DERECHO A LA LIBERTAD. LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA

Referencia. *Sentencia c-327/97. Expediente D-1527. Acción pública de inconstitucionalidad en contra de los artículos 388 (parcial) y 397 (parcial) del Decreto 2700 de 1991, "por el cual se expiden las normas*

de procedimiento penal". Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ. 10-07-97

DERECHO A LA LIBERTAD INDIVIDUAL. Limitaciones legales. LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA. Límites constitucionales.

"En la fijación de las condiciones en las que resulte posible la privación de la libertad, el legislador goza de un margen de apreciación inscrito dentro de la denominada libertad de configuración que le permite, en cuanto representante del pueblo, traducir en normas legales sus decisiones, adoptadas como respuesta a problemas latentes de la sociedad y que son el resultado de un proceso en el que normalmente se involucran consideraciones y valoraciones de naturaleza política. Sin embargo, esa libertad del legislador, perceptible al momento de crear el derecho legislado, tiene su límite en la propia Constitución que, tratándose de la libertad individual, delimita el campo de su privación."

DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL. Limitaciones razonables y proporcionales

"Aún cuando el derecho a la libertad no es absoluto es claro que su limitación tampoco ha de tener ese carácter y, por lo tanto, el legislador, al regular los supuestos en los que opere la restricción del derecho, debe observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad que fuera de servir al propósito de justificar adecuadamente una medida tan drástica, contribuyan a mantener inalterado el necesario equilibrio entre las prerrogativas en que consiste el derecho y los límites del mismo."

PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD-Observancia de garantías

"La privación que es, sin lugar a dudas, el límite más severo al derecho a la libertad es un concepto genérico y, en los casos en que se funda en la comisión de un hecho punible, abarca tanto las situaciones en que dicha privación se produce antes de la condena penal, como aquellas en las que es el resultado de una decisión adoptada mediante una sentencia en firme producida al término del respectivo proceso. En uno y otro evento se imponen la cabal observancia de las garantías previstas en las normas superiores cuyo sentido protector, por ende, cobija la detención preventiva que, como medida cautelar, es ordenada por el juez antes de la sentencia y así mismo la privación de la libertad que surge de ésta."

DETENCIÓN PREVENTIVA JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA-Diferencias. Alcances

"La detención preventiva es apenas una medida cautelar aplicable cuando se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 28 de la Constitución y que por lo mismo, no requiere para su adopción de un juicio previo, por cuanto su finalidad no es la de sancionar a la persona por la comisión de un delito. En consecuencia,

no es correcto atribuirle a la detención preventiva el carácter de pena, pues es sabido que esta última tiene por presupuesto la convicción que acerca de la existencia de responsabilidad penal surge luego de haberse surtido un juicio con la plenitud de las garantías que integran el debido proceso. La responsabilidad penal, a su turno, se edifica sobre la culpabilidad que al ser judicialmente establecida desvirtúa la presunción de inocencia que asiste a la persona durante todo el juicio y que, por ende, no resulta afectada por la detención preventiva."

DETENCIÓN PREVENTIVA. Carácter excepcional

"Tanto de la Constitución Política como de los tratados internacionales se desprende que la tutela de la libertad personal exige que los supuestos de su afectación se rijan por el principio de excepcionalidad, predicable también de la prisión provisional en tanto que es una de las hipótesis de privación de la libertad; por ello, sin perjuicio de que se la tenga por medida cautelar, su adopción implica la debida justificación vertida en providencia judicial motivada, previa ponderación de las circunstancias concretas. Si bien es cierto que los tratados internacionales vigentes en Colombia encuentran un incuestionable fundamento en normas constitucionales, ello no significa que todas sus normas integran el bloque de constitucionalidad y sirven de fundamento para realizar el control de constitucionalidad de las leyes que lleva a cabo esta Corporación. Una cosa es que las normas de los tratados internacionales tengan fundamento constitucional y otra, que se hallen incorporadas al bloque de constitucionalidad y que deban ser tenidas en cuenta en el momento de decidir si una ley se ajusta o no a los preceptos de la Carta.

.....

"2. La privación de la libertad, la detención preventiva, la pena, el debido proceso y la presunción de inocencia.

"Ahora bien, la privación que es, sin lugar a dudas, el límite más severo al derecho a la libertad es un concepto genérico y, en los casos en que se funda en la comisión de un hecho punible, abarca tanto las situaciones en que dicha privación se produce antes de la condena penal, como aquellas en las que es el resultado de una decisión adoptada mediante una sentencia en firme producida al término del respectivo proceso. Pese a las diferencias que más adelante se puntualizarán, en uno y otro evento se impone la cabal observancia de las garantías previstas en las normas superiores cuyo sentido protector, por ende, cobija la detención preventiva que, como medida cautelar, es ordenada por el juez antes de la sentencia y así mismo la privación de la libertad que surge de ésta.

.....

"Es indispensable distinguir esta modalidad de detención preventiva, denominada también prisión provisional -decretada en contra de una persona, por un funcionario judicial y dentro de un proceso, siempre que obren indicios de responsabilidad por la comisión de un hecho punible- de la detención preventiva administrativa plasmada en el inciso segundo del artículo 28 superior y que es una medida merced a la cual, con estrictas limitaciones temporales y sin que medie orden judicial, se autoriza la aprehensión de una persona "debido a la urgencia de los hechos y por fuera del proceso penal en sentido estricto", tal como acontece en los casos de flagrancia y cuasiflagrancia.

"La detención preventiva judicial tampoco puede ser confundida con las penas que acarrear la privación de la libertad y que son impuestas mediante sentencia. Como se apuntó, en ambos eventos existe un común denominador que es la afectación de la libertad, sin embargo, la diferencia entre las dos figuras es evidente, pues la causa que origina la privación de la libertad y los alcances de ésta son diversos en uno y otro caso. En efecto, la Corte Constitucional ha señalado que el artículo 28 de la Carta Política alude a la detención, mientras que la pena encuentra soporte en el artículo 29 superior que establece la presunción de inocencia y exige que su imposición esté precedida del juzgamiento conforme a las leyes preexistentes, ante juez o tribunal competente y con la integridad de las garantías propias del debido proceso.

"Resulta claro, entonces, que la detención preventiva es apenas una medida cautelar aplicable cuando se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 28 de la Constitución y que por lo mismo, no requiere para su adopción de un juicio previo, por cuanto su finalidad no es la de sancionar a la persona por la comisión de un delito. En consecuencia, no es correcto atribuirle a la detención preventiva el carácter de pena, pues es sabido que esta última tiene por presupuesto la convicción que acerca de la existencia de responsabilidad penal surge luego de haberse surtido un juicio con la plenitud de las garantías que integran el debido proceso.

"La responsabilidad penal, a su turno, se edifica sobre la culpabilidad que al ser judicialmente establecida desvirtúa la presunción de

inocencia que asiste a la persona durante todo el juicio y que, por ende, no resulta afectada por la detención preventiva. Sobre el particular la Corte ha dicho:

"La presunción de inocencia, en la cual descansa buena parte de las garantías mínimas que un Estado democrático puede ofrecer a sus gobernados, no riñe, sin embargo, con la previsión de normas constitucionales y legales que hagan posible la aplicación de medidas preventivas, destinadas a la protección de la sociedad frente al delito y a asegurar la comparecencia ante los jueces de aquellas personas en relación con las cuales, según las normas legales preexistentes, existan motivos válidos y fundados para dar curso a un proceso penal, según elementos probatorios iniciales que hacen imperativa la actuación de las autoridades competentes.

"La detención preventiva, que implica la privación de la libertad de una persona en forma temporal con los indicados fines, previo el cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 28, inciso 1, de la Constitución Política, no quebranta en sí misma la presunción de inocencia, dado su carácter precario que no permite confundirla con la pena, pues la adopción de tal medida por la autoridad judicial no comporta definición alguna acerca de la responsabilidad penal del sindicado y menos todavía sobre su condena o absolución.

.....

"3. El carácter excepcional de la detención preventiva, los tratados internacionales sobre derechos humanos y el bloque de constitucionalidad

"Según el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución Política, los derechos consagrados en la Carta "se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia" y, en lo que se refiere a la detención preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la ley 74 de 1968, señala, en su artículo 9º, que "no debe ser la regla general", pero que "su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso para la ejecución del fallo", al paso

que la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, aprobada mediante ley 16 de 1972, indica en su artículo 7º que "Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes y por las leyes dictadas conforme a ellas".

"Tanto de la Constitución Política como de los tratados internacionales a los que se acaba de aludir se desprende que la tutela de la libertad personal exige que los supuestos de su afectación se rijan por el principio de excepcionalidad, predicable también de la prisión provisional en tanto que es una de las hipótesis de privación de la libertad; por ello, sin perjuicio de que se la tenga por medida cautelar, su adopción implica la debida justificación vertida en providencia judicial motivada, previa ponderación de las circunstancias concretas.

"El actor expone en su libelo demandatorio que los numerales 2º y 3º del artículo 397 del Código de Procedimiento Penal desconocen el carácter excepcional que la detención preventiva ha de tener en un auténtico Estado de Derecho ya que, en su criterio, el numeral 2º "constituye una burla afrentosa a las disposiciones constitucionales y a las normas consagradas en los pactos internacionales reconocidos por el Estado Colombiano, al querer abarcar con prisión preventiva a la mayoría de las causas criminales, comprendiendo aún las de escasa gravedad", mientras que el numeral 3º se refiere "a delitos menores, que son los de mayor ocurrencia, con sanciones punitivas de poca monta". Estima, además, el demandante que la vulneración de los tratados internacionales sobre derechos humanos trae consigo el quebrantamiento del artículo 93 superior.

.....

TEMA VIII. PRINCIPIOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL. DERECHO A LA LIBERTAD.

Referencia. Sentencia c-425/97. Expediente D-1580. Acción pública de inconstitucionalidad en contra de los numerales 2º, 3º y 7º del artículo 397 del Decreto 2700 de 1991, "por el cual se expiden las normas de procedimiento penal". Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ. 4-09-97

RESPONSABILIDAD PENAL.

"La responsabilidad penal, se finca en el acto que el hombre realiza con voluntad y no en consideraciones genéricas relativas al carácter, a la manera de ser o al temperamento de un individuo. De la Constitución se desprende la adopción de un derecho penal que repara en lo que el sujeto hace y no en las cualidades del autor del hecho punible."

DETENCIÓN PREVENTIVA. Medida cautelar

"La detención preventiva es una medida cautelar que no se confunde con la pena y que tampoco comporta una definición acerca de la responsabilidad penal del sindicado; sin embargo, conviene no perder de vista que por virtud de la afectación del derecho a la libertad que ella comporta, su adopción se halla rodeada de las mayores precauciones y exige que la medida se aplique "cuando contra el sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso".

DETENCIÓN PREVENTIVA. Límites constitucionales del legislador

"El legislador se mantuvo dentro de los límites fijados por la Carta Política al disponer la detención preventiva en el caso de los tipos penales referentes a las lesiones personales culposas, así como al introducir una consideración especial relativa a la situación en que se halla el sindicado al momento de incurrir en el hecho y a su comportamiento posterior, circunstancias que constituyen causales de agravación punitiva."

RESPONSABILIDAD DELICTUAL. Comportamiento externo del individuo

"El presupuesto de la responsabilidad delictual y de la condigna imposición de una sanción, es el comportamiento externo de un individuo que pudiendo obrar de otro modo y poseyendo actitud psicofísica para comprender el hecho, voluntariamente incurre en el comportamiento merecedor de reproche punitivo."

....

"1. La responsabilidad penal, la detención preventiva y la personalidad del sindicado

"En primer lugar, corresponde a la Corporación desentrañar si de la norma superior que se dice vulnerada, o de cualquiera otra de la Carta Política, se deduce que el único criterio constitucionalmente atendible

al momento diseñar las causales de detención preventiva es el de la personalidad del sindicado.

"Al respecto, es oportuno recordar que la detención preventiva es una medida de aseguramiento que, dada su naturaleza cautelar, se endereza a asegurar a las personas acusadas de un delito para evitar su fuga y garantizar así los fines de la instrucción y el cumplimiento de la pena que, mediante sentencia, llegare a imponerse, una vez desvirtuada la presunción de inocencia y establecida la responsabilidad penal del sindicado.

"De conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política, la mencionada responsabilidad supone que luego de adelantarse una actuación, ante el juez competente y con el cumplimiento de todas las garantías propias del debido proceso, a la persona se le ha encontrado culpable de la comisión de alguna de las conductas previamente elevadas por el legislador a la categoría de delitos.

"Así las cosas, va quedando en claro que el presupuesto de la responsabilidad delictual y de la consiguiente imposición de una pena, es la conducta externa de un sujeto que pudiendo obrar de otro modo y siendo capaz de comprender el hecho, voluntariamente incurre en el comportamiento merecedor de reproche punitivo.

"La responsabilidad penal, entonces, se finca en el acto que el hombre realiza con voluntad y no en consideraciones genéricas relativas a tal carácter, a la manera de ser o al temperamento de un individuo, criterios estos que sirven de sustento a concepciones peligrosistas perfectamente superadas, de conformidad con las cuales quien presente determinadas características o ciertos rasgos de personalidad podría estar predispuesto a delinquir.

"En suma, de la Constitución se desprende la adopción de un derecho penal que repara en lo que el sujeto hace y no en las cualidades del autor del hecho punible; por ello, como lo ha destacado la Corte, el artículo 29 superior estatuye que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa".

"Es sabido que la detención preventiva es una medida cautelar que no se confunde con la pena y que tampoco comporta una definición acerca

de la responsabilidad penal del sindicado; sin embargo, conviene no perder de vista que por virtud de la afectación del derecho a la libertad que ella comporta, su adopción se halla rodeada de las mayores precauciones y, precisamente, el artículo 388 del Código de Procedimiento Penal exige que la medida se aplique "cuando contra el sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso".

"El fundamento del indicio es un dato fáctico que al ser relacionado con un hecho que se quiere conocer, merced a una operación lógica y racional, arroja como resultado una probabilidad y no la simple posibilidad, acerca del delito o de la responsabilidad del sindicado que, aún cuando sea probable, se edifica sobre el acto que se imputa, sin que resulte relevante o indispensable un juicio atinente a la personalidad del sindicado.

"No sería acertado afirmar, entonces, que mientras la responsabilidad que da origen a la imposición de una pena ha de tener por soporte la conducta realizada voluntariamente por el agente, la probabilidad de que esa responsabilidad corresponda a la persona investigada, necesaria para la aplicación de las medidas de seguridad, admite como fundamento la apreciación de la personalidad del sindicado con prescindencia del acto realizado y de la culpabilidad, pues aceptarlo así resultaría contrario a la preceptiva constitucional y en particular al artículo 29 superior.

"En síntesis, ni de la norma invocada por la demandante ni de ninguna otra se desprende que la personalidad del sujeto acusado de cometer un delito sea un criterio decisivo, ineludible y exclusivo para el legislador al fijar las causales de detención preventiva; mas bien la conclusión es la contraria, pues como recientemente lo puso de presente la Corte, "el Constituyente optó por un derecho penal del acto en oposición a un derecho penal del autor".

"2. Las consecuencias que se derivarían de tener la personalidad del sindicado como criterio para decidir acerca de la detención preventiva

"Al apreciar la cuestión desde la anterior perspectiva, aparecen, con total nitidez, las lamentables consecuencias que se seguirían de erigir

la personalidad del sindicado en pauta para resolver si se opta o no por la detención preventiva.

"En efecto, la demandante, siguiendo el hilo de su razonamiento, estima que si del simple análisis de la personalidad se deduce que el procesado va a comparecer, no habría razón para decretar la detención preventiva, pese a la gravedad del delito imputado, en tanto que, si con base en idéntico análisis llega a suponerse que evadirá la acción de la justicia, entonces procedería la medida de aseguramiento, aún tratándose de "comportamientos leves".

"Lo que a primera vista se descubre en la interpretación plasmada por la actora en su libelo es la absoluta falta de proporción y de razonabilidad de la afectación de la libertad personal que se produjera conforme a los supuestos por ella defendidos, pues para que la medida que restringe un derecho tan importante resulte adecuada, por lo menos ha de tener como referente el acto que se le imputa a la persona investigada.

"Fuera de lo anterior, la aplicación del criterio de la personalidad del sindicado en los términos esbozados en el libelo demandatorio, haría de la detención preventiva la única medida aplicable para toda clase de delitos o, en el mejor de los casos, desvirtuaría las hipótesis de procedencia de las restantes medidas de seguridad, introduciendo una inconveniente incertidumbre en una materia tan delicada.

"Téngase en cuenta, además, que en un Estado Social de Derecho la detención preventiva es una medida excepcional pues recae sobre personas aún no condenadas y, ante todo, porque siendo la libertad la regla general, lo lógico sería que no se privara de ella al sindicado antes de que se decidiera en forma definitiva sobre su responsabilidad.

"Por razón del aludido carácter excepcional la definición de los casos en que resulte procedente la detención preventiva ha de ser precisa y a ello no contribuyen los planteamientos vertidos en la demanda, por cuanto la personalidad del sindicado es una fórmula insegura, aleatoria, imprecisa y, por ende, destructora de la certeza que ha de acompañar a toda persona y más a quien sea investigado, acerca de los casos en que su libertad pueda verse limitada.

"Por si lo anterior no fuera suficiente, la imposición de un criterio único limitaría la independencia del juez o propiciaría su actuación arbitraria, ya que el margen de apreciación que, en condiciones normales y en virtud de las características de cada caso, corresponde a los jueces cuando se trata de decidir si afectan o no la libertad del sindicado, podría verse desbordado con creces, si en la etapa de la investigación estuviesen abocados a estimar la personalidad del delincuente, estudio que, dicho sea de paso, requiere de conocimientos especializados, en ausencia de los cuales se correría el riesgo de que el juez, al detenerse en cada asunto, involucrara valores propios de su particular concepción de la vida, con menoscabo de preciosas garantías jurídicas.

....

"4. El numeral 7º del artículo 397 del Código de Procedimiento Penal.

"Así pues, la mención que hace el legislador en el artículo 397-7 del Código de Procedimiento Penal de los delitos contemplados en los artículos 333, 334, 335 y 336 del Código Penal para indicar que en esos eventos procede la detención preventiva, siempre que habiendo sido cometidos con culpa, el sindicado se halle en estado de embriaguez aguda o bajo el influjo de droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica, o abandone sin justacausa el lugar de la comisión del hecho, se inscribe dentro del ejercicio corriente de las facultades que competen al legislador en la regulación del derecho fundamental de la libertad.

"Para la Corte, el legislador se mantuvo dentro de los límites fijados por la Carta Política al disponer la detención preventiva en el caso de los tipos penales referentes a las lesiones personales culposas, así como al introducir una consideración especial relativa a la situación en que se halla el sindicado al momento de incurrir en el hecho y a su comportamiento posterior, circunstancias que, por lo demás, al tenor de lo dispuesto por los artículos 341 y 330 del Código Penal, en estas modalidades delictivas, constituyen causales de agravación punitiva.

"Debe aclararse que ni el incremento punitivo ni la causal de detención preventiva tienen fundamento en el propósito de formular un reproche a la persona por el hecho mismo de la ingestión de bebidas alcohólicas o de sustancias estupefacientes, sino que reparan en la falta de previsión de quienes, por las alteraciones que se producen en su

organismo, están llamados a observar una conducta más cuidadosa, cuya desatención constituye una violación al riesgo permitido, que justifica la detención preventiva, pues tales circunstancias de una parte, agravan objetivamente el hecho y, de otra parte, incrementan la punibilidad, factor este último que acrecienta las posibilidades de fuga del imputado.

"Ahora bien, el presupuesto de la responsabilidad delictual y de la condigna imposición de una sanción, es el comportamiento externo de un individuo que pudiendo obrar de otro modo y poseyendo actitud psicofísica para comprender el hecho, voluntariamente incurre en el comportamiento merecedor de reproche punitivo.

"De otro lado, estima la Corte que de acuerdo con lo señalado en la sentencia C-221 de 1994, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz, en un sistema penal liberal y democrático, como el que tiene que desprenderse de una Constitución del mismo sello, debe estar proscrito el peligrosismo, tan caro al positivismo penal, ya que a una persona no puede castigársele por lo que posiblemente hará, si no por lo que efectivamente hace.

"Por último, es de mérito anotar que la disposición acusada contiene pautas que han de guiar a los jueces en la delicada tarea de resolver sobre la aplicación de la detención preventiva, medida que no ha de adoptarse automáticamente, ya que a ello se opone la exigencia de demostración previa de las condiciones en que se hallaba el sujeto al momento de realizar el hecho punible, para lo cual se precisa del dictamen técnico o de los métodos paraclínicos y, además, en la hipótesis del abandono del lugar de los hechos, de acuerdo con la norma demandada, para que opere la detención preventiva se requiere que la huida se produzca "sin justa causa"; condicionamientos estos que contribuyen a perfilar el carácter razonable y proporcional de la causal contemplada en el artículo 397-7 del Decreto 2700 de 1991, cuya constitucionalidad se declarará."

TEMA IX. FINES DE LA PENA. PRINCIPIO DE IGUALDAD. DERECHO A LA LIBERTAD. NON BIS IN IDEM.

Referencia. Sentencia C-430/96. Expediente D-1271. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 5 parcial, 7, 8, 10 parcial, 13, 18 parcial, 31, y 36 parcial de la ley 228 de 1995. Magistrado Ponente:

Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ. 12-09-96

PENA. Fines

"La pena tiene en nuestro sistema jurídico un fin preventivo, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones; un fin retributivo, que se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena, y un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma, de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas."

**CONDENA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL EN CONTRAVENCIONES.
Prohibición vulnera igualdad**

"Quienes sean sancionados por la comisión de hechos tipificados como contravenciones especiales y las sancionadas con pena de arresto y demás normas complementarias, no pueden ser objeto de un tratamiento más severo que el que se otorga a quienes incurren en delitos, dada la menor entidad del hecho punible y la menor lesión de los bienes jurídicos tutelados; en consecuencia, la negación del subrogado de la condena de ejecución condicional para este tipo de contravenciones viola el derecho a la igualdad."

**PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD EN FLAGRANCIA-Trámite
contravencional**

"No se contraviene ninguna disposición constitucional, y por el contrario, guarda armonía con el proceso oral y breve establecido en dicha ley. El procedimiento contravencional difiere sustancialmente del previsto para el juzgamiento de delitos, por ello, no pueden realizarse analogías respecto de cada trámite procesal, y en particular sobre las medidas de aseguramiento y libertad provisional"

.....

"La pena tiene en nuestro sistema jurídico un fin preventivo, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones; un fin retributivo, que se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena, y un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma, de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas.

"En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por nuestro ordenamiento interno mediante la ley 74 de

1968, en su artículo 10.3 establece: "El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados".

"En consonancia con la disposición anterior, el artículo 10 de la ley 63 de 1995 define la finalidad del tratamiento penitenciario en los siguientes términos: "Alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad..." .

"Para lograr dicho propósito, se ha adoptado un modelo de tratamiento penitenciario progresivo (Título XIII Código Penitenciario y Carcelario), del cual hacen parte los beneficios administrativos (permisos hasta de 72 horas, libertad y franquicia preparatoria, trabajo extramuros y penitenciaría abierta), y los subrogados penales, que son: la condena de ejecución condicional (art. 68 del C.P.), que podrá ser concedida por el juez cuando la sanción sea de arresto o no exceda de 3 años de prisión, y la libertad condicional (art. 72 del C.P.), que se concede cuando la pena de arresto sea mayor de 3 años o la de prisión exceda de 2, siempre que se cumplan la condiciones de orden subjetivo exigidas por las normas.

.....

"El legislador haciendo uso de su competencia para establecer tratamientos distintos en relación con las conductas punibles, ha excluido de los beneficios y subrogados penales algunos hechos delictivos dada su mayor gravedad y la necesidad de una represión más severa. Así, en el artículo 15 de la ley 40 de 1993 se establece la prohibición de conceder la condena de ejecución condicional, la libertad condicional y los subrogados administrativos a los condenados por los delitos de que trata la ley, en consideración a la importancia del bien jurídico vulnerado y a la mayor afectación del mismo con la comisión de las conductas reprimidas.

"Al examinar la constitucionalidad de la disposición citada, la Corte consideró que "esta norma no viola el artículo 13 de la Constitución, que consagra la igualdad, porque... la privación de la libertad debe ser mayor para quienes cometen los delitos más graves".⁷ Y agregó que para la decisión debían tenerse en cuenta las mismas razones que fundamentaron la exequibilidad del artículo 14 de la misma ley, las

cuales se contraen básicamente a la consideración de los bienes jurídicos protegidos, los que, por su importancia, legitiman la imposición de sanciones más drásticas.

"Para los demás delitos, incluidos aquellos cuyo conocimiento corresponde a los jueces regionales, procede la concesión de los subrogados penales, los cuales se conceden en relación con los casos concretos, cuando los procesados reúnen los requisitos objetivos y subjetivos exigidos por las disposiciones respectivas.

.....

El procedimiento contravencional difiere sustancialmente del previsto para el juzgamiento de delitos, por ello, no pueden realizarse analogías respecto de cada trámite procesal, y en particular sobre las medidas de aseguramiento y libertad provisional, tal como lo pretende el actor. El primero se desarrolla en forma verbal y el segundo fundamentalmente por escrito, pues en este último, las partes disponen de oportunidades amplias para pedir pruebas, interponer recursos y presentar alegaciones, por fuera de las audiencias; así mismo, las decisiones que profieran los funcionarios judiciales se notifican por estados o por edicto, por ende, la presencia física del procesado en los procesos delictivos no es necesaria para el ejercicio de sus derechos. En cuanto a los plazos, en el procedimiento contravencional estos son muy breves, en tanto que en el procedimiento penal estos son muy amplios, al punto que el procesado puede permanecer detenido provisionalmente entre 120 y 360 días antes de la calificación del mérito de la instrucción (art. 415 num. 4 y parágrafo del C. de P. P.) y entre 6 y 12 meses antes de que se celebre la audiencia pública o venza el término para presentar alegatos (art. 415 num. 5 y parágrafo del C. de P. P.).

.....

Sobre el derecho fundamental a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, consagrado en el artículo 29 de la Carta, tuvo oportunidad de pronunciarse la Corte en fallo reciente¹³. En él se dijo:

"Este principio que, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina tiene como objetivo primordial evitar la duplicidad de sanciones, sólo tiene

operancia en los casos en que exista identidad de causa, identidad de objeto e identidad en la persona a la cual se le hace la imputación".

Y citando la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de noviembre 22 de 1990 se definieron los elementos citados, en los siguientes términos:

"La identidad en la persona significa que el sujeto inculcado debe ser la misma persona física en dos procesos de la misma índole.

"La identidad del objeto está construida por la del hecho respecto del cual se solicita la aplicación del correctivo penal. Se exige entonces la correspondencia en la especie fáctica de la conducta en dos procesos de igual naturaleza.

"La identidad en la causa se refiere a que el motivo de la iniciación del proceso sea el mismo en ambos casos".