UNIVERSIDAD DE SAN BUENAVENTURA
Calidad Humana y Profesional

Revista Cultura Investigativa

No 1
ISSN: 2027 - 8993

"la condición de prisionero determina una drástica limitación de los derechos fundamentales, dicha limitación debe ser la mínima necesaria para lograr el fin propuesto. Toda limitación adicional debe ser entendida como un exceso

Revista Cultura Investigativa No 1

REVISTA CULTURA INVESTIGATIVA
No1, NOVIEMBRE 2010
REVISTA VIRTUAL DE SEMILLEROS DERECHO
ISSN: 2027 - 8993

Rector: Fray Miguel Ángel Builes Uribe, o.f.m

Secretario General: Fray José Norberto Agudelo Loaiza, o.f.m

Decana: Julia Victoria Montaño Bedoya

Editor: César Alejandro Osorio Moreno

Pares Evaluadores: Juan David Posada Segura
Carolina Mejía Osorno
Adriana Maria Estrada Mejía
César Alejandro Osorio Moreno

Periodicidad: Semestral
Modalidad: Virtual

Titulo: Cultura Investigativa

Formato: 21,0 cm x 27,0cm

Diseño y Diagramación: Andrés Espinosa

Portada: Andrés Espinosa

Índice

Un Proceso Doctoral Desde El Pregrado
Juan David Posada Segura — 6

Efectos Del Lenguaje En El Comportamiento Violento De Los Hinchas De Fútbol En Medellin
Clara Patricia Cano Castrillón
Raúl Enrique Parias Sampayo
María Adelaida Londoño Ramírez
José Fernando Lujan Betancur — 10

Aprueba De Oficio En El Proceso Civil Como Deber Como Facultad Deber Del Juez
Lilian Amparo Patiño
Miriam Lucía Atehortua Prisco
Luz Dary Bonilla Pérez
Dielmer Camilo Rueda Herrera — 21

Donde Está El Juez Natural De La Etapa De Ejecución Penal? *
Douglas Stevenson Sosa Vanegas — 33

Acto Sexual Violento V.S Injuria Por Vía De Hecho
Ana María Giraldo Osorio
Andrés Felipe Sierra Arango — 43

¿Hacen Falta Penas Más Duras En Colombia?
Yesenia Echavarria Zapata
Luis Eduardo Pelaez Jaramillo
50

Derechos De Autor En Los Contratos De Trabajo
Liyer Andrea Jaramillo Herrera
58

El Derecho A La Educación, Las Artes Y La Cultura En La Privación De la Libertad
Cindy Vanessa Barrientos Rozo
64

Impacto Social Del Delito De Inasistencia Alimentaria
Lina Veronica Acevedo Herrera
Susan Torres Mejia
72

La Privación De La Libertad Dentro De La Privación De La Libertad
Natilia Giraldo Cano
79

~eDITORIAL

"Todos han venido de muy lejos y saben mucho. Han leído todas las bibliotecas, han contemplado todos los cuadros de todos los museos, han oído toda la música existente. Tienen en el bolsillo de la chaqueta o en su cartera de mano las treinta y seis maneras radicales de transformar el universo próximo o remoto –pero ninguno de ellos ha transformado su pequeña vida personal y, en algunos casos, ésta ha sido desgraciadamente transmitida"[1]

El camino del conocimiento tiene un principio que se asume y una falta de fin que se soporta, con estas palabras damos la bienvenida a quienes en esta primera edición se han arriesgado a dar a conocer públicamente sus reflexiones de investigación, con la condición que este camino inicia aquí pero no tiene final.

Someterse a la mirada de otros es un riesgo grande frente al propio ego y en esta revista queremos que los estudiantes en su proceso de formación tengan un espacio de interactuación con la comunidad académica y científica, que las propuestas, avances o resultados de sus pesquisas investigativas tengan un espacio de divulgación propio para ellos, en los que la competencia sea con respecto a otros en sus mismas condiciones (proceso de formación) pero que a la vez tengan una independencia tal en la manifestación de sus ideas, que no dependan de la buena voluntad o no de un docente investigador que los quiera relacionar como auxiliares en una determinada publicación.

En esta revista el estudiante en proceso de formación tiene su propia voz, será la primera voz del derecho, antes que los académicos acartonados o un poco ensimismados en su mar de conocimientos, le damos un espacio propicio y necesario a los estudiantes, quienes tienen legítimas inquietudes investigativas y a su vez, tienen la capacidad para desarrollar y entregar importantes y novedosos resultados, que muchas veces por no estar procedidos de un "nombre" dentro del campo de los investigadores mueren generalmente en las aulas de clase, en una exposición pero terminan sin ningún impacto en el medio académico externo.

La revista cultura investigativa reconoce que la investigación está generando verdaderos ambientes de investigación al interior de los programas de derecho de las diferentes universidades del país, al punto que los estudiantes en su proceso de formación, están permanentemente permeados de labores investigativas bien sea en los trabajos que adelantan en sus diferentes asignaturas, o su pertenencia a semilleros de investigación liderados por docentes en las diferentes áreas del conocimiento , o sus labores como auxiliares de investigación en proyectos liderados por docentes o hasta de carácter institucional, en este sentido, la investigación dejó de ser precisamente un privilegio de profesores con alto nivel de formación o de gran ascendencia y experiencia dentro de las instituciones de educación superior, para convertirse en un proceso público, compartido y abierto.

La revista como política editorial, publicará en cada uno de sus números la sección "logré el doctorado" allí publicarán diferentes Docentes investigadores que hayan logrado culminar su proceso doctoral y ostenten dicho título, para que nos cuenten como fue su proceso personal de calificación que no es sólo una experiencia académico formativa, sino personal, familiar y que en muchos casos nace desde que eran estudiantes del pregrado, en este primer número hemos dado el privilegio a nuestro docente Doctor Juan David Posada Segura, coordinador del Semillero en Derecho Penitenciario, docente investigador de tiempo completo de nuestra facultad, para que ilustre y anime a otros a emprender tan valiosa meta.

1. Extracto de "El Grupo" en el equipaje del viajero, Jose Saramago, ed. Alfaguara, México 1998, p. 111

En este número previa calificación de pares se publican artículos de semilleros de las facultades de Derecho de la Universidad Santo Tomás Medellín, Universidad Autónoma Latinoamericana, el semillero conjunto de derecho penitenciario entre la Universidad de Antioquia y la Universidad San Buenaventura Seccional Medellín y el semillero de Derecho penal moderno de nuestra universidad.

Es un placer advertir que hubo proceso de selección y de pares académicos, de retroalimentación de las evaluaciones, que no todas las participaciones recibidas salen en esta publicación, que ya tenemos otras preseleccionadas para el segundo número y que para un estudiante en su proceso de formación investigativa verse publicado en la revista Cultura Investigativa, debe representar un verdadero orgullo y honor.

El lector encontrará un material serio y trabajado por parte los articulistas seleccionados, el que invitamos a visitar, conocer y discutir con los autores para que la comunidad académica crezca y el propósito de dar una novedosa oportunidad de publicar a quienes no contaban con un medio real para hacerlo se pueda prolongar en el tiempo , prestando especial cuidado a no realizar una crítica dura y destructiva que pueda desalentar el noble propósito de ver a otros crecer, pues todos, hasta el más connotado científico en algún momento fue "pequeño"en conocimiento y saber.

Concluimos este primer editorial invitando a la reflexión sobre el extracto citado del Nobel de literatura José Saramago, para advertir que mucho camino han recorrido quienes se han arriesgado a publicar aquí, porque además de seres humanos "soñadores"se requiere sobre todo seres humanos "realizadores"aquellos que logran transformar a veces el universo, pero que basta con que puedan transformar al menos su propio mundo.

Saludamos pues con orgullo a la revista virtual Cultura Investigativa y su aparición en el mundo académico porque ha despertado del sueño y se ha convertido en realidad.

César Alejandro Osorio Moreno
EDITOR

Sección

logré el doctorado

Un Proceso Doctoral Desde El Pregrado

por
Juan David
Posada Segura

Para narrar la historia de un proceso doctoral resulta indispensable iniciar el relato en la formación de pregrado, ya que es en estos espacios donde inicia un interés que lleve a cualquier persona a querer desarrollar estudios de nivel doctoral. De acuerdo con lo anterior me tomaré el atrevimiento de narrar este proceso en primera persona, citando los elementos que más influyeron en su realización.

Al realizar estudios de derecho en la Universidad de Antioquia y verificar que en esa y en todas las universidades de la región el tema penitenciario, penológico, o de ejecución de las penas, era inexistente; nació en mi la curiosidad propia del estudiante por este tema, fue en el Curso de Derecho Procesal Penal, con el profesor John Jaime Posada donde me aventuré a escribir un pequeño trabajo de clase sobre la necesidad de entender la fase de ejecución penal como parte integrante e inseparable del proceso penal, este trabajo fue objeto de múltiples modificaciones en mi proceso de maduración académica, y pasados varios meses llegó a ser mi primera publicación, como artículo en la desaparecida revista Ipso Iure, que era una maravillosa propuesta avalada por las Facultades de Derecho de la Universidad EAFIT, Universidad de Antioquia, Universidad de Medellín y Universidad de San Buenaventura; en la que los estudiantes de pregrado de derecho de estas facultades contaban por primera vez en la ciudad con un espacio para la difusión de sus primeros ejercicios de producción académica. Por desgracia al lanzamiento de esta revista se invitó al respetado Profesor y Magistrado Carlos Gaviria Díaz, quien con unas palabras de desaliento a la producción académica temprana se encargó de dar muerte a la revista desde su primer y único número. Afortunadamente no todos pensamos así y por el contrario sabemos que son estos espacios los que permiten hacer públicos los trabajos de los estudiantes y acercarlos al necesario debate académico de confrontación pública de sus ideas, tal como hace la revista en la que ahora se publica esta historia.

Retomando, continué con esa inquietud por la privación de la libertad acompañado del profesor William Fredy Pérez y tras encontrarme en la encrucijada de realizar un trabajo de grado sobre dogmática penal o sobre temas penitenciarios, decidí que aunque todo indicara que era más seguro caminar por senderos de la dogmatica en los que tendría brazos amigos que me soportarían, realizaría un pequeño acto de placer profesional dedicándome a temas tan poco estudiados como los relativos a la ejecución de la pena, entonces realicé una monografía sobre la ejecución de la pena privativa de la libertad y proceso penal; que gracias a la evaluación que de ella hicieron los profesores Julio Gonzales Zapata y Lina Adarve Calle, fue publicada en la Revista Nuevo Foro Penal 64, bajo la dirección del Prof. Dr. Juan Oberto Sotomayor, quien se había puesto la tarea de publicar un trabajo de grado destacado en materia penal en cada ejemplar de la revista. La idea entonces era que me disfrutaría al estudio de estos temas que tanto me apasionan pero que regresaría a la senda de la dogmática, aunque ya no me la estuviera disfrutando tanto.

En las búsquedas que había iniciado desde mitad de la carrera fui descubriendo un nombre constante en todo lo que tenía que ver con la privación de la libertad y los derechos fundamentales implicados en ella; el del Prof. Dr. Iñaki Rivera Beiras que es probablemente uno de los académicos que más ha aportado en la construcción de los temas relativos a la privación de la libertad y de los derechos que allí se encuentran implicados; tal como lo demuestra su gran producción académica, representada en multitud de artículos y no menos de 25 libros sobre el tema. Y así con la mezcla de osadía y timidez propias de un abogado con un par de semanas de graduado, decidí enviarle mi trabajo al profesor Rivera a la Universidad de Barcelona; recuerdo como si fuera hoy la enorme emoción que sentí al recibir una respuesta, y que ésta contuviera los elogios y las críticas que en una cultura como la española se hacen sin tantos adornos como las hacemos en estas latitudes. Pero lo más importante es que esta carta del profesor Rivera contenía una invitación especial a desarrollar estudios doctorales bajo su dirección, en el doctorado en Derecho Sociología Jurídico Penal que dirigía entonces el Prof. Dr. Roberto Bergalli.

ISSN: 2027 - 8993

Inicié el proceso para poder hacer este viaje, me presente a varias becas, presenté documentos a la embajada de España, realicé los innumerables trámites para la homologación de título de abogado a efectos académicos en España, en fin tras haberme graduado de abogado en septiembre 2002, dediqué una año entero a este proceso que me llevó a viajar a Barcelona el 3 de octubre de 2003, sin beca ni ningún apoyo por parte de la Universidad, pero con el apoyo oportuno e invaluable de muchos amigos.

Viajé entonces a Barcelona donde además de iniciar de inmediato la preparación de un proyecto de tesis doctoral me vinculé a las actividades del Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans de la Universidad de Barcelona; para el primer año de doctorado decidí complementar mi formación con la realización de una especialización universitaria en "derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad" y para el segundo año de doctorado tras descubrir que resultaría indispensable una formación específica en materia de derechos humanos viajé al sur de España donde realicé una maestría en Derechos Humanos en la Universidad Internacional de Andalucía, con un trabajo de grado sobre los Derechos Humanos implicados en la privación de la libertad.

Obviamente estos procesos no son fáciles todo el tiempo, siempre aparejarán dificultades y éxitos, la dificultad fundamental se encuentra en la distancia frente a la familia, aunque gracias a los avances exponenciales de la tecnología en comunicaciones siempre se harán más llevaderos estos problemas; son muchos los momentos en los que la meta de la tesis doctoral se ve lejana a veces inconmensurablemente lejana, pero sólo tras haberlo terminado es que se descubre en realidad no se trata de nada que el trabajo disciplinado no logre alcanzar fácilmente.

Así tras cuatro años en tierras españolas que me dejaron maravillosas experiencias en el plano personal y profesional, experiencia investigativa como investigador y como coordinador de investigaciones en materia penitenciaria, la publicación de un libro en España, otro en Argentina y la colaboración académica en otros dos en México y Argentina respectivamente; llegó la hora de sustentar el fruto del trabajo de intensos cuatro años, la tesis Doctoral "Derecho penitenciario penitenciario y derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad en Colombia"aquel 9 de mayo de 2007, afortunadamente en compañía de mi esposa Gloria Giraldo Gaviria y de mi gran amiga la Profesora Dra. Carme Ferre Pavía sustenté mi trabajo ante un tribunal compuesto por los Profesores Doctores: Pedro Fraile Pérez de Mendiguren (Presidente del tribunal, dedicado al estudio de los espacios para el castigo); Josep María García-Borés Espi (Doctor en Psicología Social, dedicado al estudio de las consecuencias psicológicas del castigo); Encarna Bodelón González (Doctora en Filosofía del Derecho, dedicada al estudio de la privación de la libertad desde la perspectiva de género); Julio Zino Torrazza (Doctor en Antropología, responsable de tratamiento penitenciario en la Comunidad Autónoma de Cataluña); María Victoria Berzosa Francos (Doctora en Derecho, trabaja en los temas de privación de la libertad desde la perspectiva procesal). Dicho tribunal le otorgó al trabajo doctoral la máxima calificación: "Sobresaliente Cum Laude por Unanimidad".

Ese trabajo doctoral fue publicado luego en Colombia por comlibros bajo el título "El Sistema Penitenciario. Estudio sobre normas y derechos relacionados con la privación de la libertad", con prólogo del Prof. Dr. Iñaki Rivera Beiras. Así que lo que inició como un pequeño tema de clases en el que encontré especial interés y en el que trabajaría sólo hasta terminar el pregrado de derecho, (para regresar al estudio de la dogmática penal) terminó convirtiéndose en mi mayor -o mejor único- interés profesional; en el espacio que me ha ofrecido las respuestas que la dogmática penal no me podía dar; en el espacio desde el que he motivado a una importante cantidad de estudiantes, una cantidad más grande de la que pensé que encontraría, cuando planeaba esto en Barcelona; terminó convirtiéndose también en el espacio que ha permitido crear un curso de derecho penitenciario en las Universidades de Antioquia y de San Buenaventura, que es el único en las facultades de derecho del país; un semillero de investigación de derecho penitenciario en el que se forman futuros investigadores, docentes y operarios del sistema penitenciario de las Universidades de Antioquia y de San Buenaventura, provenientes de facultades de derecho, comunicación social y psicología; un grupo de investigación inscrito en la UdeA y la USB; y una corporación creada para la investigación de los asuntos penitenciarios y carcelarios, la Corporación Atención Jurídica Penitenciaria.

No debe hablarse simplemente del proceso sin mencionarse brevemente el contenido de la tesis doctoral. Cuatro son las grandes partes que contiene este trabajo, a su vez subdivididas en capítulos. La primera de esas partes se dedica al "reconocimiento internacional de los derechos humanos y de un derecho internacional penitenciario"; para ello, un primer capítulo se dedica a los grandes instrumentos internacionales de derechos humanos, extrayendo de ellos detalladamente los aspectos en los que guardan relación con la privación de la libertad. Un segundo capítulo realiza un recorrido por la historia de los Congresos internacionales penitenciarios desde 1872, hasta el que se celebró en Bangkok en 2005; para llegar a las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, que no son otra cosa que la concreción más importante de estos Congresos, a la vez que la más representativa expresión de lo que se conoce como el proceso de especificación de los derechos humanos, en este caso de las personas privadas de la libertad.

La segunda parte del trabajo acerca geográficamente el tema, al desarrollar esa unión entre los derechos humanos y los derechos relacionados con la privación de la libertad en las Américas, para establecer que aunque en lo primero hemos tenido en América una gran participación en la construcción normativa, el protagonismo americano a la hora de regular específicamente lo relativo a la privación de la libertad y los reclusos ha sido inexistente; un segundo capítulo de esta parte está constituido por una descripción del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

La tercera parte del trabajo aterriza la discusión en Colombia, presentando una historia de las penas que ha contenido nuestra normatividad; una historia del derecho penitenciario nacional, así como una historia de las instituciones penitenciarias colombianas, en la que se señalan los tipos de centros de reclusión y unas breves historias sobre algunos de los más famosos centros de reclusión que han existido en Colombia. Este recorrido pasa también por la historia de los organismos encargados de administrar los centros de reclusión, hasta llegar al por supuesto al INPEC. En este capítulo resultó inevitable, al abordar este tema de la privación de la libertad en Colombia, mencionar la influencia que ha tenido –en la normatividad y en la vida en reclusión- la existencia de un conflicto social y armado, transversalmente atravesado por el tráfico ilícito de drogas y su inherente capacidad para generar violencia.

La cuarta y última Parte de este trabajo está dedicada al tratamiento exhaustivo de los "ámbitos de producción, interpretación y aplicación de la norma de derechos relacionados con la privación de la libertad en Colombia". Como no podía ser de otro modo, tras el largo y complejo proceso desarrollado en las tres partes anteriores, la obra se centra en la cuestión nodal: los derechos y garantías de las personas privadas de libertad en Colombia. Para ello se realiza una clasificación entre Derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, así como garantías procesales con el objetivo de situar a los lectores en el ámbito del mayor (o menor) grado de reconocimiento y respeto efectivo de los mismos. Allí podrá entonces constatarse, de modo definitivo, la mayor o menor distancia que pueda haber entre lo que llamamos la "cárcel legal"con la "cárcel real", ya que ello atañe a la calidad misma de un sistema democrático.

En general la Tesis desarrollada termina estableciendo un cuestionamiento importante a una zona hacia la que pocas miradas se han dirigido para encontrar las causas de violaciones de derechos: son las mismas normas en sus ámbitos de creación, interpretación y aplicación, un factor influyente en la generación de violación de derechos humanos.

Resulta muy importante tener en cuenta que estos procesos no son nunca el resultado de esfuerzos individuales, sino la suma de actitud, disciplina y suerte para contar con el apoyo de una enorme cantidad de personas, que desde el plano afectivo o profesional terminan siendo indispensables para abordar adecuadamente estos temas, en mi caso aquellas personas que con su soporte afectivo facilitaron el que me dedicara durante bastantes años a estas labores han sido: Rubiela Segura, mi madre; Gloria Giraldo, mi esposa; Juan Carlos Posada, mi hermano; Mauricio Velásquez, mi primo; Rafael Loaisa, mi "abuelo"; Armando Calle, mi profesor y amigo; Willington Gil, Adriana castaño y Diana Zapata, mis compañeros en el pregardo y grandes amigos, así como aquellos que en Colombia o en España, desde sus distintas especialidades, me ofrecieron información oportuna o elementos para abordar diversos temas: William Fredy Pérez, Juan Oberto Sotomayor, Julio González Zapata, Lina Adarve Calle, Alejandro Decastro, Oscar Castaño, Patricia Ramos, John Jairo González, Jorge Eliécer Cevallos,

Gustavo Betancur, Claudia Vallejo, Diana Vanegas, Enrique Largo y Jaime Flórez. También a las diversas personas que por su condición de privación de la libertad o por ser funcionarios del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria siempre prefirieron que sus nombres permanecieran ocultos, y en general fueron muchas las personas que aportaron en este proceso doctoral desde la Universidad de Barcelona; la Universidad de Antioquia; el INPEC; el Consejo Superior de la Judicatura; los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad; la Defensoría del Pueblo; la Procuraduría General de la Nación; la Personería de Medellín, y la Unidad de Asistencia Técnica Legislativa del Congreso de la República de Colombia.

Un relato como estos no puede terminar sin que me venga a la mente el profundo agradecimiento a Gloria, mi esposa y compañera de vida, por sus valiosísimas correcciones a los textos escritos durante esos años y especialmente por su cariñosa espera, que aun desde la distancia física le permitió asumir este largo proceso como propio y ser una constante compañía en mis pensamientos y afectos. Sin ella y su constante presencia emocional no habría sido fácil obtener la concentración necesaria para desarrollar el trabajo que aparejó ese voluntario exilio, necesario para doctorarse.

De acuerdo con lo antes anotado, los procesos de formación doctoral no son algo que deba o pueda dejarse para iniciar en el momento en el que uno se matricula en un doctorado; son un proceso que inicia en el pregrado, que requiere fundamentalmente de disciplina para enfocar esfuerzos profesionales a un objetivo claro, de allí que sea tan importante la pertenencia a un semillero de investigación, la participación en eventos académicos y la pública exposición de nuestro pensamiento en revistas académicas como la que ahora con este primer volumen sale a luz.

Artículos

Efectos Del Lenguaje En El Comportamiento Violento De Los Hinchas De Fútbol En Medellín

Por

Clara Patricia Cano Castrillón

Raúl Enrique Parias Sampayo

María Adelaida Londoño Ramírez

José Fernando Lujan Betancur[1]

RESUMEN

La violencia en el fútbol en Colombia ha sido tema de estudio de muchas universidades. Hasta la fecha, el problema aun pervive y con tanta continuidad que el gobierno preocupado por esta situación, ha intentado dentro de sus políticas públicas menguar este fenómeno y aun implementar a través del derecho penal mayor coacción a fin de combatir este flagelo. Pero, ¿ésta, resulta un problema que se debe solucionar desde lo penal? El objetivo primordial fue determinar la influencia del lenguaje como causa fundamental para la violencia en el futbol de la ciudad de Medellín. Tres teorías explican y contribuyen a entender cómo el lenguaje puede inducir a la violencia en el futbol, en aras de lo anterior, el SEMILLERO DE CIENCIAS PENALES Y SOCIEDAD, de la Universidad Santo Tomás de Medellín, adherido y comprometido con el desarrollo constitucional tendiente a comprender la problemática social desde un todo integral, con una visión holística unida a un pensamiento sistémico, comprendido este último como un paradigma diferente para leer la realidad de una problemática social no como la descomposición en partes sino que hace parte de un todo genérico que hay que tener en cuenta para llegar a conclusiones y resultados comprensibles obtenidos de esa misma realidad y de esta forma proponer o contribuir a evidenciarla siendo posible una respuesta acorde y ajustada a tales interpretaciones, se apoyó, en la entrevista, la encuesta, la observación y el contacto directo con el hincha deportivo; cada tarea avanzada, se socializó, analizó trayendo como conclusión final que la violencia en el futbol de la ciudad de Medellín, si está influida por el mal uso del lenguaje y éste manifestado también por símbolos y refuerzos audiovisuales contribuyendo a su fuerza y continuidad. Además, el hincha utiliza la violencia como lenguaje pidiendo, como un grito, que le ayuden.

PALABRAS CLAVES

Lenguaje, no verbal, violencia, comunicación, hincha, Estado.

ABSTRACT

The football violence in Colombia has been the subject of study in many universities. To date, the problem still persists, and with such continuity that the government concerned about this situation, tried in public politics and even reduce this phenomenon by implementing greater enforcement of criminal law to combat this scourge. But this, it is a problem to be solved from the crime? The firt objective was to determine the influence of language as a root cause for violence in football in the city of Medellin. Three theories explain and help understand how language can lead to violence in football, In the interest of the above, the hotbed of Criminal Science and Society, University of Santo Tomas Medellin, joined and committed to with constitutional development aimed at understanding the social problems from an integrated whole, with a holistic vision with systematic thinking understood as a different paradigm to read the reality of a social problem rather than the decomposition into parts, but everything is part of a generic all be taken into account in reaching conclusions and understandable results obtained from the same reality and thus help reveal propose or can be adjusted accordingly and respond to such interpretations, is supported in the interview, the survey, observation and direct contact with the sports fanatics, each advanced task, was socialized, as discussed bringing a final conclusion that violence in football Medellin, if influenced by misuse of language and he too expressed by symbols and visual reinforcements contribute to its strength and continuity. Also, the fanatics use violence as language, as shouting of help.

1. Integrantes del Semillero Ciencias Penales y Sociedad de la Universidad Santo Tomás Medellín, Facultad de Derecho, con la presente ponencia han participado en el encuentro de la Red Socio jurídica Nodo Antioquia 2010 , Encuentro de Semilleros de las Universidades Santo Tomás Colombia en Bucaramanga y en el X Encuentro Nacional de la Red Socio jurídica año 2010 en Bogotá.

KEYWORDS
Nonverbal language, violence, communication, fanatics, State

Introducción

El artículo 95, de la actual Constitución Colombiana y sus incisos 5 y 6 disponen:
"La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.
5. Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país;

6. Propender al logro y mantenimiento de la paz;(...)"

Esta es una de las disposiciones, donde está consignado el manual de vida del colombiano respecto a su país, propendiendo por un sentido de pertenencia y compromiso del cual todos y cada uno de los habitantes de este territorio deben aportar lo mejor de sí para lograr equilibrio social y la paz. Dentro de toda esta situación, el Semillero ha procurado estudiar fenómenos sociales que afecten directamente no sólo las instituciones sino la familia, personas, grupos de personas y su relaciones con el entorno donde se desenvuelven, a su vez, establecer vínculos con el área penal para determinar de manera objetiva, su incidencia e influencia en ese ámbito jurídico.

Por lo anterior, se ha tomado como problemática evidente y de actualidad la Violencia en el fútbol en la ciudad de Medellín. Es el fútbol un deporte que ha despertado las más increíbles pasiones y que a muchos y aun a los indiferentes de una u otra manera les ha afectado como deporte y porque al igual que la música es un lenguaje que une al mundo cualquiera sea su estrato socio-económico, su cultura y su religión.

Este es un artículo donde se consigna los resultados finales del proyecto realizado sobre El lenguaje de violencia en el futbol en la ciudad de Medellín, surge a fin de consignar, en parte, el avance documental respecto al lenguaje, sus teorías e influencia en el comportamiento humano, a su vez para dar a conocer a la comunidad socio jurídica un resultado que puede servir como fundamento para acciones encaminadas a sensibilizar al público en general de que no todo se resuelve con creación de normas. Los resultados son producto de realizar una investigación, práctica y sin acartonamiento haciendo uso de la entrevista, la encuesta, la observación y el contacto directo con el hincha deportivo; en la medida en que se avanzó en las diferentes tareas, a la par, los integrantes del equipo fueron socializando y analizando los hallazgos para extraer conclusiones y aun dejando de lado planteamientos que ya podrían ser temas de otra investigación.

Efectos del lenguaje en el comportamiento violento de los hinchas del fútbol en Medellín.

Como se explicará a continuación el lenguaje no es simplemente construir oraciones y expresarlas verbalmente. El lenguaje implica comunicación, interacción, interrelación y un manifestarse íntegramente al otro ya sea a través de la oralidad, la escritura, los signos y cualquier otro medio que implique darse a entender o que manifieste al otro que se está diciendo algo. En ese transcurrir diario, el ser humano va creando hábitos dentro de su propio entorno, cultura o ámbito en el que se desenvuelve y esa tradición o costumbre representa un símbolo que permite evidenciar la realidad en la que vive el individuo.

1. Planteamiento del problema

Uno de los fenómenos sociales que actualmente centra la atención y preocupación de los estados, la sociedad y la familia, consiste en la generalizada violencia en el Fútbol, posiblemente originada por aquello de la globalización de las culturas o porque si bien es un deporte que representa un lenguaje que une al mundo sin importar su cultura, religión y condición social, despierta las mas increíbles pero también absurdas pasiones.
En razón de lo anterior y dado que la ciudad de Medellín no ha sido ajena a esa realidad social, se ha tomado como problemática de investigación la violencia en el fútbol en esta ciudad, por ser una comunidad que vive y

apoya ese deporte a través de los hinchas, barras y espectadores en general, pero que también ha sido escenario de hechos violentos incitados y materializados por sus seguidores.

En razón de lo anterior y dado que la ciudad de Medellín no ha sido ajena a esa realidad social, se ha tomado como problemática de investigación la violencia en el fútbol en esta ciudad, por ser una comunidad que vive y apoya ese deporte a través de los hinchas, barras y espectadores en general, pero que también ha sido escenario de hechos violentos incitados y materializados por sus seguidores. Hoy cuando la violencia en el futbol ha llegado a estadísticas alarmantes, el gobierno ha puesto sus ojos en este deporte incorporando medidas coercitivas, represivas y otras de tipo sociológico a fin de apaciguar la problemática. Surge el interrogante entonces: **¿La violencia en el fútbol es un problema jurídico que se resuelve desde lo penal?** Interrogante que conllevó inicialmente a plantear la formulación del problema así:

¿Compete al derecho tomar acciones específicas en lo penal sobre los efectos del lenguaje en el comportamiento de violencia de los hinchas en los equipos de futbol de Medellín?

"las medidas tienen un carácter simbólico porque hay una necesidad de saciar una inquietud que se tiene sobre la inseguridad en los Estadios. Pero son medidas que ni siquiera tienen la intención de indagar sobre los motivos reales que llevan a que se presenten este tipo de enfrentamientos."(…) Además jurídicamente, la Resolución 032 de la Dimayor en la que se publicitan las medidas en comento, tiene reproches constitucionales porque viola el derecho de libre locomoción y el libre desarrollo de la personalidad.

En Colombia -expone el profesor González - existe tan poco respeto por la libertad que nos acostumbramos a hablar de estas medidas sin siquiera ruborizarnos. Se insinúa la libertad de locomoción, la libre expresión de sentimientos y afectos. Eso debe cuestionarse desde el punto de vista constitucional porque lo que hacen las medidas es limitar derechos de una manera generalizada porque no todos los que van con sus camisetas a los Estadios van con ánimo pendenciero y así se termina afectando una cantidad de personas por un grupo que es muy reducido.[2]

2. Justificación

A raíz del acrecentamiento de la violencia tanto al interior como fuera del estadio, se estima conveniente la realización de un estudio serio y concienzudo de las causas que han venido originando el comportamiento violento de los hinchas en torno al fútbol en la ciudad de Medellín, para de esa manera poder brindar a las autoridades municipales un panorama actual y real sobre esa realidad social y así implementar medidas eficaces tendientes a erradicar el problema de manera que no se limiten a la acción represiva por parte de las autoridades policiales, sino también la implementación de planes y programas educativos y sociales dirigidos tanto a los actores del conflicto como a la comunidad en general. Se justifica la búsqueda de tales causas desde la perspectiva de comprender cómo el lenguaje siendo motor de comunicación e integración cultural influye para la violencia en el futbol así como eliminación de ella. Materia de otra investigación sería cómo encontrar espacios deportivos de esparcimiento de la comunidad libres de conflicto, entre por quienes son seguidores del futbol y respecto a quienes son ajenos al espectáculo no se vean afectados en su integridad física y patrimonial, como consecuencia de los desmanes que se vienen presentando.

3. Objetivos

General.

Determinar la influencia del lenguaje como factor generador de violencia en el entorno del fútbol en la ciudad de Medellín.

2. Gonzalez Zapata Julio, Docente en el área penal de la facultad de Derecho de la U. de Antioquia
http://www.futbolred.com/mustang/noticias/fecha5finalizacin09/segun-experto-las-medidas-de-la-dimayor-en-contra-de-la-violencia-son-ineficaces/5815888

Específico.
Diseñar un instrumento que permita medir la percepción de los hinchas del fútbol en la ciudad de Medellín, respecto al uso del lenguaje como generador de violencia.

Propender por una propuesta ante los resultados encontrados.

4. Bases teóricas
Un proyecto es la búsqueda de una solución inteligente al planteamiento de un problema tendiente a resolver, entre otros, una necesidad humana.[3]

Por mandato del artículo 95 de la Constitución Política, todos los ciudadanos están en el deber de engrandecer y dignificar la comunidad nacional; el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos implican responsabilidades y entre los deberes de la persona y el ciudadano se consagran, entre otros, respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, participar en la vida política, cívica y comunitaria y propender al logro y mantenimiento de la paz.

El lenguaje implica comunicación, interacción, interrelación y un manifestarse íntegramente al otro ya sea a través de la oralidad, la escritura, los signos y cualquier otro medio que implique darse a entender o que manifieste al otro que se está diciendo algo. En ese acontecer diario, dentro de su propio entorno, cultura o ámbito en el que se desenvuelve el ser humano va creando hábitos y esa tradición o costumbre representa un símbolo que permite evidenciar la realidad en la que vive . La teoría de LEV VYGOTSKY [4] basada en la psicología del arte, considera que el desarrollo del niño en su proceso de aprendizaje depende de la cultura y del contexto donde se desenvuelve,;el niño siente la necesidad de poder actuar con independencia y eficazmente y su desarrollo mental es superior cuando puede interaccionar con la cultura. La teoría de JEAN PIAGET[5] se fundamenta en que el lenguaje está directamente relacionado con el pensamiento, es decir, el lenguaje es producto del desarrollo del pensamiento, es egocéntrico por ser anterior al lenguaje socializado. La teoría innatatista de NOAM CHOMSKY[6] plantea que las personas poseen un dispositivo de adquisición del lenguaje (DAL) que programa al cerebro para analizar el lenguaje escuchado y descifrar sus reglas que el ser humano es creativo con el lenguaje, él mismo es capaz de crear nuevas formas de expresarse por su propio ingenio y se fundamenta en que el ser humano es el único que puede aprender el lenguaje, el lenguaje no se aprende por imitación, el desarrollo del lenguaje no se da por las correcciones que haga el adulto a los niños y que los niños crean sus propias respuestas y no son aprendidas de otras personas.

5. Proceso metodológico

La corriente epistemológica empirista prevé un método cualitativo, donde el sujeto es quien describe la realidad sin la intervención del objeto.[7]

Para dar cumplimiento a los objetivos propuestos, se diseño y aplicó una encuesta, a integrantes de barras, hinchas y espectadores que disfrutan del espectáculo que ofrece el fútbol, como instrumento de recolección de información de fuentes primarias. Encuesta que pretendió determinar principalmente, si el manejo y uso del lenguaje, influye en el desarrollo de la violencia en el fútbol.

En tal sentido, se desarrolló el siguiente procedimiento metodológico:

1. En equipo se diseñaron las preguntas del cuestionario de la encuesta que aparece como anexo, por considerar que este instrumento es fuente primaria de información que está constituida por el propio usuario, de manera que para obtener información de él es necesario entrar en contacto directo.

2. Se aplicó la encuesta a la población objeto de estudio, esto es, a 100 hinchas de los equipos de fútbol de la ciudad de Medellín (tamaño de la muestra), de distintas edades, sexo y formación académica.

ISSN: 2027 - 8993

3. Entrevista al Director del Inder Andrés Felipe García Betancur.

4. Se tabularon y analizaron los datos obtenidos a partir de las encuestas, cuyos resultados finales presentamos a continuación.

6. La violencia en el fútbol y las políticas públicas

Las políticas públicas son iniciativas decisiones y acciones realizadas mediante el ejercicio de la concertación entre el gobierno y los ciudadanos en la sociedad con el fin de solucionarlas o al menos transformarlas en situaciones manejables. El gobierno local ha elaborado veinte propuestas para convivir en paz, entre ellas, las que se están aplicando:

1. "Identificación de los asistentes". En esa medida va la Ley 1270,
2. Control en el ingreso – tecnología (solidaridad Estado-federación y Dimayor clubes profesionales).
3. Cámaras dentro y alrededor del estadio.
4. Actos simbólicos de jugadores y dirigentes.
5. Concurso de trapos alrededor de la paz. Los trapos (pancartas)
6. Inteligencia en las barras.
7. Proyecto de acuerdo de dos comités diferentes (logístico y de convivencia).
8. Masificar lo social, individualizar la responsabilidad.

Al director del INDER , Andrés Felipe García Betancur, frente a la pregunta **¿Que esta haciendo el INDER en políticas públicas para evitar la violencia en el fútbol?**,Respondió:

"Nosotros iniciamos un proceso muy serio y muy incluyente desde el 2.004 por que le apostamos a una política pública de inclusión del deporte y la recreación pero nos encontramos con unas actuaciones desafortunadas, equivocadas y ciegas de unos pocos hinchas.

Desde el 2.004 venimos trabajando unos componentes, donde le apostamos al buen comportamiento del hincha que se quiere vincular a la formación ciudadana, teniendo como pilar la práctica del deporte y la recreación al mismo tiempo, asistir a los eventos de cultura y recreación.

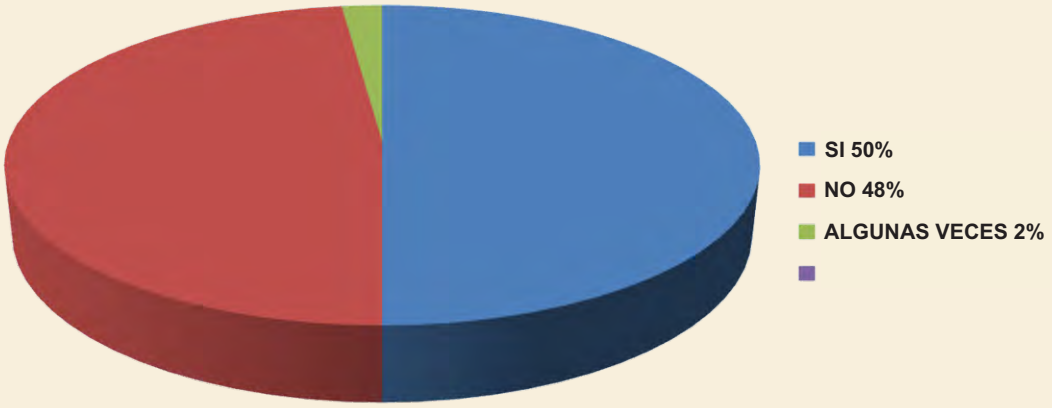
Tenemos todo lo que obedece al año 2004, al programa "Vamos al Estadio" de Hinchas por la Paz, que pretende atenuar los problemas de violencia en relación con el fenómeno de barras que la ciudad lo tiene y sobre el cual debemos trabajar. El objetivo es promover la convivencia de la ciudadanía con estrategias de concertación de los aficionados de fútbol y sus directivos.

Este programa ha logrado sensibilizar a más de 12.000 jóvenes, porque vamos a los barrios y entidades educativas para generar la socialización y ser multiplicadores con los apoyos que genera Cultura Ciudadana, Gobierno e INDER, y de esta forma lograr el respeto por la política pública del buen uso de escenarios deportivos. Se ha logrado contar con la participación de las barras Norte y Sur porque ellos presentan proyectos y nos han servido como puente para lograr la socialización en los barrios."

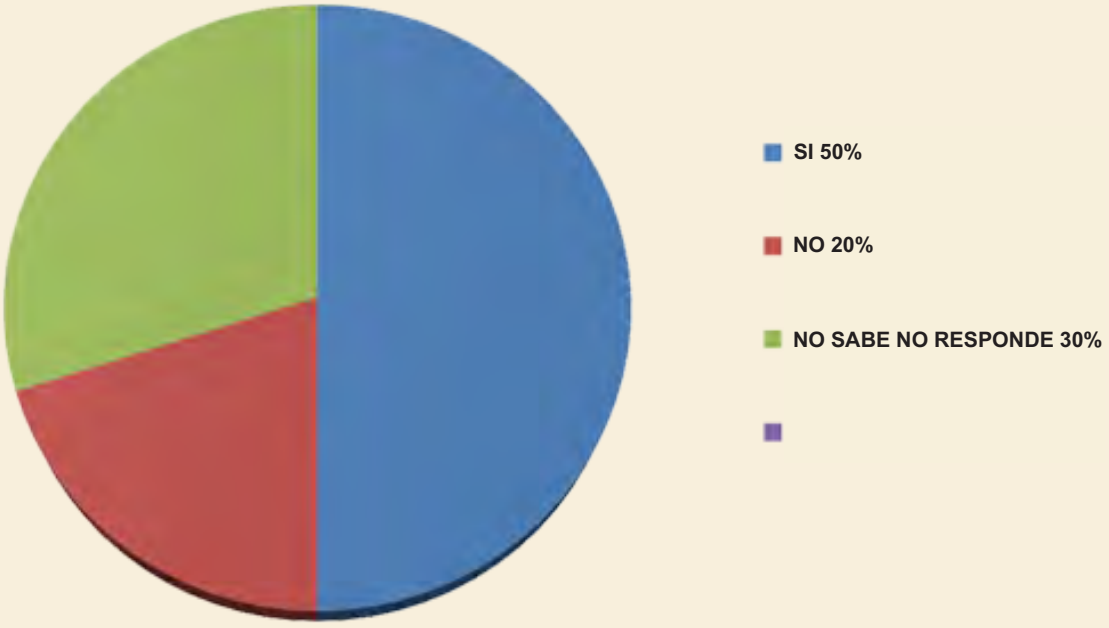
3. Baca Urbina Gabriel. Evaluación de Proyectos –Elementos conceptuales y preparación de la evaluación edición Mac GrawHill Colombia. 1996 pág.31
4. Ivic Ivan. . teoría histórico-cultural". Vygotsky Lev Semionovich. http://www.educar.org/articulos/Vygotsky.asp "Si hubiese que definir el carácter específico de la teoría de Vygotsky mediante una serie de palabras y formulas clave, habría que mencionar sin falta por lo menos las siguientes: sociabilidad del hombre, interacción social, signo e instrumento, cultura, historia y funciones mentales superiores. Y si hubiese que ensamblar esta palabras y formulas clave en una expresión única, podría decirse que la teoría de Vygotsky es una "teoría socio-histórico-cultural del desarrollo de las funciones mentales superiores", aunque esta teoría suele más bien ser conocida con el nombre de"
5.Viego Cibeles Lorenzo. Jean Piaget y su influencia en la pedagogía. http://www.psicocentro.com/cgi-bin/articulo_s.asp?texto=art53001
6. Calderón Astorga Nathalia. Desarrollo Comunicativo Lingüístico. http://www.psicopedagogia.com/desarrollo-comunicativo.
7. Notas de clase. Materia Epistemología del derecho. Universidad Santo Tomás - Medellín

7. Gráfica de los resultados más relevantes de la encuesta

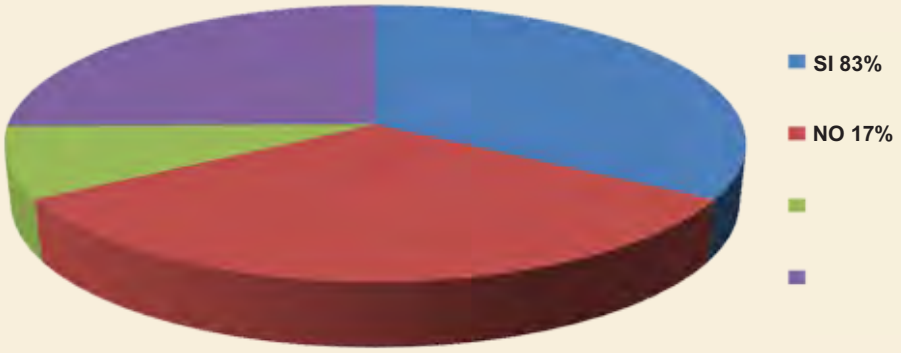
Pregunta ¿Lleva radio al estadio?



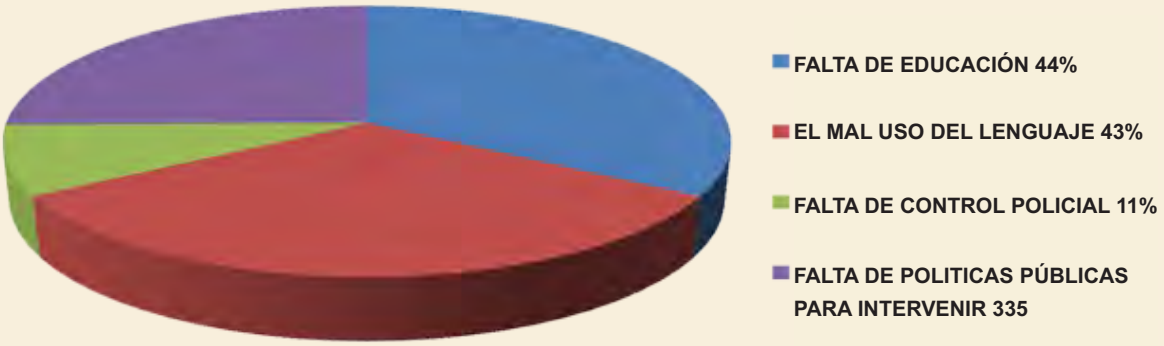
Pregunta: ¿Considera que el lenguaje empleado por los narradores deportivos durante la transmisión de un partido es generador de violencia?



Pregunta: ¿El uso del lenguaje de los hinchas del equipo contrario dentro y fuera del Estadio, considera us ted, que es generador de violencia?



Pregunta: ¿De las siguientes causas cual cree usted, que son determinantes para generar violencia en el Futbol?



Conclusiones

Lo percibido y expresado por los hinchas del fútbol que fueron encuestados muestra y confirma que el fútbol como deporte que ofrece un espectáculo de recreación y cultura para hinchas, narradores deportivos y comunidad en general de la ciudad de Medellín, es generador de violencia, expresión que encuentra respaldo en ese 55% de los encuestados que indicó haber observado directamente hechos violentos en el entorno del fútbol.

El lenguaje, como expresión verbal y no verbal, utilizado por los hinchas y narradores deportivos en la transmisión de los partidos, constituye la mayor causa que genera violencia en torno al fútbol.

El 83% de los encuestados consideran que el uso del lenguaje de los hinchas del equipo contrario dentro y fueradel Estadio, es generador de violencia. Ese lenguaje verbal y no verbal de los hinchas es la manera de expresar su inconformidad ante la situación y condiciones en que están diariamente sometidos. Si se observa estos resultados a la luz de las teorías esbozadas arriba, se podría afirmar que las tres aplican en el sentido que desde el desarrollo infantil el hincha va rodeándose de un lenguaje que lo hace suyo, con el cual poco a poco se va identificando. Unido a esto, se encuentra el sentimiento que provoca un encuentro futbolístico. Es suyo es lo único que tiene y por quien tiene que vibrar y apasionarse es una forma de escape de su propia realidad y se afianza con cánticos, gritos y defensa por quien es su ídolo. La fuerza y el poder se manifiestan unidos en ese imaginario que fue creado con constancia y "disciplina".

El resultado de la encuesta también arrojó que el 43% de los encuestados afirman que el mal uso del lenguaje contribuye a la violencia y el 44% afirmaron que la falta de educación es generador de violencia en el futbol. Es también concluyente teniendo en cuenta estos datos que la educación va unida al comportamiento. Al hablar de falta de educación se habla de modales adecuados que conlleven a una sana convivencia y a aceptar las diferencias del otro. Es pertinente recordar a Carlos Gaviria Díaz[10]como magistrado ponente en la sentencia 221 de 1994 al considerar que:

"¿Qué puede hacer el Estado, si encuentra indeseable el consumo de narcóticos y estupefacientes y juzga deseable evitarlo, sin vulnerar la libertad de las personas? Cree la Corte que la única vía adecuada y compatible con los principios que el propio Estado se ha comprometido a respetar y a promover, consiste en brindar al conglomerado que constituye su pueblo, las posibilidades de educarse. ¿Conduce dicha vía a la finalidad indicada? No necesariamente, ni es de eso de lo que se trata en primer término. Se trata de que cada persona elija su forma de vida responsablemente, y para lograr ese objetivo, es preciso remover el obstáculo mayor y definitivo: la ignorancia. No puede, pues, un Estado respetuoso de la dignidad humana, de la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad, escamotear su obligación irrenunciable de educar, y sustituir a ella la represión como forma de controlar el consumo de sustancias que se juzgan nocivas para la persona individualmente considerada y, eventualmente, para la comunidad a la que necesariamente se halla integrada."

Por ser el fútbol un deporte que se enmarca en la cultura y que el mayor escenario (Estadio Atanasio Girardot) cuya administración corresponde la alcaldía de Medellín, como suprema autoridad, ésta debe extender su mirada a este fenómeno que de alguna manera opaca el buen nombre de la ciudad, para implantar medidas eficaces que apunten a tomar el problema de frente en el sentido de comprender que el lenguaje sí genera violencia y por ende este mal uso del lenguaje de combatirse con educación en valores y principios pero sin dejar de la lado que tal manifestación del lenguaje violento está diciendo a gritos al gobierno ¡Míreme, ayúdeme aquí estoy! – Un lenguaje que dice necesitamos comer, empleo, igualdad social y vivir el Estado Social de derecho que promulga la Constitución colombiana.

El uso del lenguaje es un elemento influyente en La Violencia en el fútbol. La misma violencia es lenguaje que indica una problemática social, por lo tanto el derecho penal no puede entrar a regular sin que antes el Estado intervenga Constitucionalmente.

10. Gaviria Diaz Carlos Sentencia 221 de 1994 Despenalización del consumo de la dosis personal. http://www.elabedul.net/Documentos/Leyes/1994/C-221-94.pdf

ISSN: 2027 - 8993

Referencias Bibliográficas

CONSTITUCIÓN POLÍTICA de Colombia. 1991.

BACA URBINA, Gabriel. Evaluación de Proyectos. México. MacGRAW-HILL/Interamericana de México S.A. de C.V. 1989.

Cibergrafia

Baca Urbina Gabriel. Evaluación de Proyectos –Elementos conceptuales y preparación de la evaluación edición Mac GrawHill Colombia. 1996 pág.31

CalderónAstorgaNathalia.DesarrolloComunicativoLingüístico.
http://www.psicopedagogia.com/desarrollo-comunicativo

Gaviria Diaz Carlos Sentencia 221 de 1994 Despenalización del consumo de la dosis personal.
http://www.elabedul.net/Documentos/Leyes/1994/C-221-94.pdf

Gonzalez Zapata Julio, Docente en el área penal de la facultad de Derecho de la U. de Antioquia
http://www.futbolred.com/mustang/noticias/fecha5finalizacin09/segun-experto-las-medidas-de-ladimayor-en-contra-de-la-violencia-son-ineficaces-/5815888

IvicIvan.teoríahistórico-cultural".VygotskyLevSemionovich.
http://www.educar.org/articulos/Vygotsky.asp
Notas de clase. Materia Epistemología del derecho. Universidad Santo Tomás - Medellín.

Viego Cibeles Lorenzo. Jean Piaget y su influencia en la pedagogía. http://www.psicocentro.com/cgibin/articulo_s.asp?texto=art53001

ANEXO 1

ENCUESTA REALIZADA
EDAD: 12-18 _____Más de 18___
BARRIO_____ MUNICIPIO_____ SEXO: M ___ F___
HINCHA NACIONAL:____ MEDELLÍN:____
ESTUDIOS_____

1) Cree Usted que el fútbol es generador de violencia?
Si ( ) No ( )

2) ¿Ha observado usted, directamente algún hecho de violencia en entorno al fútbol?
Si ( ) No ( )

3) ¿Ha sido víctima de violencia en el entorno del fútbol?
Si ( ) No ( )

4) ¿Conoce usted a personas en el entorno del fútbol que tienen enfrentamientos violentos?
Si ( ) No ( )

5) ¿Lleva radio al Estadio? (si responde si pasar a la pregunta 6)
Si ( ) No ( )

6) ¿Considera que el lenguaje empleado por los narradores deportivos durante la transmisión de un partido es generador de violencia?
Si ( ) No ( )

7) ¿El uso del lenguaje de los hinchas del equipo contrario dentro y fuera del Estadio, considera usted, que es generador de violencia?
Si ( ) No ( )

8) ¿Cómo califica usted las medidas de seguridad antes y después de los partidos en el Estadio?
Excelente ( ) Bueno ( ) Deficientes ( ) Malos ( ) Inexistentes ( )

9) ¿Quien cree usted que son generadores de violencia en el entorno? (Escogencia múltiple)
Dirigente deportivo ( )
Barras ( )
Policía ( )
Locutores ( )
Técnicos ( )
Hinchas ( )

10) ¿De las siguientes causas cuál cree que usted son determinantes para generar violencia en el entorno del fútbol? :
Falta de Educación ( ) El mal uso del lenguaje ( ) Falta de control policial ( )
Falta de políticas públicas para intervenir ( )

11) ¿Considera usted que el problema de la violencia en el entorno del fútbol es?
Un problema de fútbol ( ) Un problema de la sociedad ( )

ISSN: 2027 - 8993

12) ¿Cuál de las siguientes medidas escoge para solucionar el problema de la violencia del fútbol?

La pérdida de puntos para el equipo de hinchas violentos ( )

Pérdida del derecho de admisión para el hincha violento ( )

Cierre temporal del Escenario deportivo ( )

Jugar sin hinchas ( )

Planes educativos y sociales por las autoridades ( )

Aumentar la seguridad policial ( )

Legislación penal que castigue al hincha violento ( )

Establecer pautas de control para medios de comunicación en el uso del lenguaje ( )

Artículos

LA PRUEBA DE OFICIO en el proceso civil como deber como facultad DEBER DEL JUEZ

por

Lilian Amparo Arango Patiño*

Miriam Lucía Atehortua Prisco*

Luz Dary Bonilla Pérez*

Dielmer Camilo Rueda Herrera*

RESUMEN

Este artículo estudia la prueba de oficio en el proceso civil desde el punto de vista de la relación existente entre la iniciativa probatoria del juez, el sistema procesal adoptado por el legislador, el modelo de Estado de la Constitución y las finalidades que en el mismo corresponden a la administración de justicia. El modelo de Estado y el sistema procesal existentes en un país dado han determinado históricamente la naturaleza y finalidad del proceso civil, como escenario para resolver conflictos particulares o como instrumento para construir la verdad de los hechos. En esa lógica, el artículo analiza la doble finalidad pública y privada del proceso civil y el papel del juez como director del proceso en el contexto del Estado social de derecho para presentar de forma conclusiva cómo la prueba de oficio en materia civil constituye una facultad-deber del juez orientada a hacer efectivos los postulados de justicia material propios de este modelo de Estado.

PALABRAS CLAVE

Estado social de derecho, juez, proceso civil, proceso dispositivo, proceso inquisitivo, prueba de oficio.

ABSTRACT

This article studies the court-appointed proof in the civil proceeding, from the point of view of the relationship between judge's probative initiative, the procedural system adopted by the legislative branch, the state model designed by the Constituent Assembly and the purposes that in this model relate to the administration of justice. The state model and the procedural system existing in a given country have historically determined the nature and purpose of civil proceeding, as the setting for solving individual conflicts or as a tool to build the true facts. In this logic, the article analyzes the public and private double purpose of civil proceeding and the judge's role as director of process in the context of the social state of law to present conclusively how the court-appointed proof is a power-duty of the judge oriented to give effect to the principles of substantive justice inherent to this model of state.

KEY WORDS

Social state of law, judge, civil proceeding, device proceeding, inquisitorial proceeding, court-appointed proof.

** Estudiantes de quinto año de Derecho en la Universidad Autónoma Latinoamericana, adscritos al Semillero de Investigación de Pruebas de Oficio de la misma institución. Coordinador William Esteban Grisales Cardona, docente investigador.*

Introducción

La oposición tradicional entre los sistemas procesales dispositivo e inquisitivo ha definido el papel asignado en cada modelo de proceso al juez y a las partes, y las cargas de esos sujetos en la resolución del litigio en el proceso civil. Entre esos distintos roles atribuidos en cada modelo procesal, el tema de la prueba ha ocupado un lugar determinante, en tanto ella constituye el eje central de la formación de la convicción del juez sobre los hechos y las pretensiones de las partes. Y, a su vez, la definición entre uno y otro modelo ha estado ligada, inseparablemente, a la naturaleza y finalidad del proceso, de acuerdo al modelo de Estado proyectado en la Constitución.

El contexto jurídico-político del Estado liberal clásico impuso una concepción tradicional del proceso civil, en la cual predominó la noción de un proceso meramente dispositivo como un escenario de conflicto de intereses particulares, en el cual es carga exclusiva de las partes toda iniciativa orientada a resolverlo, como la única finalidad del proceso. En esas condiciones, al juez debía estarle vedada cualquier posibilidad de intervención en la actuación que correspondía con exclusividad a las partes, pues su único papel era decidir conforme los elementos de convicción allegados por ellas, sin ninguna consideración acerca de la justicia material de la decisión impartida.

Esta posición, absolutamente comprensible en un estadio histórico en el cual Occidente se reponía de los excesos inquisitivos de la Edad Media y los sistemas totalitaristas, se mantuvo durante siglos, con diversas manifestaciones, imponiendo la noción del proceso dispositivo estricto, del juez como mero espectador de la actividad probatoria de las partes y facultado únicamente para decidir sobre lo presentado por ellas.

Sin embargo, el surgimiento del Estado social de derecho supuso un cambio radical del paradigma dispositivo liberal. En la fase social del Estado de derecho las garantías negativas clásicas dejan de repeler toda intervención del Estado, para reclamar ahora su papel activo en el cumplimiento de los fines para los cuales fue creado, brindando condiciones materiales mínimas para hacerlas efectivas.

Así, el nuevo papel del juez, de sus facultades y deberes, apunta a un fortalecimiento de su participación activa dentro del proceso, ya no sólo para observar a las partes y decidir conforme a la convicción generada por la actividad de ellas, sino también para procurar los elementos que estime necesarios para llegar a la verdad del asunto que se debate. Ello, claro está, tendrá que lograrse sin menoscabo de las garantías de imparcialidad, independencia y sometimiento al principio de legalidad que definen la esencia de la función jurisdiccional.

En suma, la nueva noción del Estado y de la función de las autoridades a quienes se confía el mandato de asegurar sus fines, en el nuevo concepto del constitucionalismo contemporáneo, será no sólo la de respetar las garantías de no intervención del liberalismo clásico, sino la de intervenir tanto cuanto sea preciso para proveer soluciones efectivas a los conflictos y asegurar la vigencia del orden justo al que aspira la sociedad. En ese nuevo escenario, la facultad del juez de decretar pruebas de oficio es expresión del imperativo de justicia material que inspira su nuevo rol como garante de derechos fundamentales, a los cuales no es ni puede ser ajeno el proceso civil.

De esta forma, el artículo se propone dar cuenta del nuevo paradigma que rodea la concepción de la prueba de oficio en el proceso civil, como una facultad del juez que ha decantado su mero carácter potestativo para erigirse en un verdadero deber del juzgador en la realización los fines superiores del proceso, como escenario de interés público para la construcción de una decisión que no sólo resuelva el conflicto particular sino que lo haga en condiciones que respeten las garantías materiales del Estado social de derecho. Al efecto, se presentarán en primer lugar los sistemas procesales dispositivo e inquisitivo, su relación con la prueba, la naturaleza y finalidad del proceso civil, el rol de juez como director del proceso, el papel de la prueba de oficio en la realización de los fines del Estado social de derecho y el deber del juez de ejercer sus facultades oficiosas orientadas a esa realización.

Los sistemas procesales dispositivo e inquisitivo en relación con la prueba judicial

El tema de la prueba judicial, en lo que tiene que ver con el titular de la iniciativa para solicitarla en el proceso, está fuertemente ligado al tipo de sistema procesal en el cual se actúa. La división tradicional entre sistemas procesales inquisitivos y sistemas procesales dispositivos ha demarcado el papel asignado en cada uno de ellos al juez y a las partes, las cargas, deberes y facultades de cada uno dentro del proceso y, de forma muy especial, la relación con la prueba y la iniciativa para su decreto y práctica.[1]

El sistema procesal de tipo inquisitivo, asociado al período medieval y a regímenes totalitaristas, ha estado vinculado a la determinación de la verdad real de los hechos como interés superior del Estado, a lo cual propende toda la actuación del juez. Con ello, las partes se limitan a cooperar con el establecimiento y realización del interés público estatal al iniciar la actuación. El debate probatorio queda casi por completo en manos del juez, quien no sólo decide sobre las solicitudes probatorias que llegaren a presentar las partes, sino, ante todo, sobre los elementos de convicción que han sido arrimados a la actuación por su propia iniciativa.

Por oposición, como lo advierte Montero[2] , el modelo dispositivo del proceso civil se erige sobre la concepción del carácter privado prevalente de los intereses en juego y "pretende dejar en manos de los particulares toda la tarea de iniciación, determinación del contenido y objeto e impulsión del proceso, además de la aportación de las pruebas".[3]

En este modelo, las partes son las titulares exclusivas de la facultad de iniciar el proceso por medio de la demanda, la cual, a su vez, define el marco fáctico y probatorio y limita la decisión del juzgador a las pretensiones del actor y las excepciones del demandado. Así, el rol de las partes deviene completamente activo y protagónico, pues son ellas las que determinan la existencia misma del proceso y las responsables del desarrollo de las distintas etapas del mismo, para llevar a la sentencia.[4]

Por su parte, el juez circunscribe su actuación a vigilar el cumplimiento de los requisitos de forma en el inicio de la actuación, así como el respeto de las normas de procedimiento en el desarrollo de las distintas etapas del proceso, incluido el decreto y práctica de las pruebas solicitadas y aportadas por las partes. Al juez le está vedada cualquier iniciativa en materia probatoria, como quiera que el derecho en juego sólo representa, desde la visión tradicional del sistema dispositivo, un interés privado de las partes. Al efecto, Blanco sostiene que la actividad del juzgador en el modelo puro de esta sistema se contrae a Dictar sentencia, elegir con absoluta libertad el derecho sustancial aplicable (iura novit curia) y en ciertas ocasiones vigilar la observancia por la partes de la reglas de juego del debate. Es a última hora o en el último acto cuando aparece en escena el juez. Pero acordar pruebas de oficio no le es posible, ya que es labor privativa de las partes y tiene que conformarse con la buena o mala información que le suministran éstas.[5]

No obstante todo ello, debe anotarse que en el mundo jurídico actual no puede hablarse de sistemas procesales puros. No hay sistemas puramente dispositivos ni puramente inquisitivos. Hay sistemas con elementos dispositivos e inquisitivos a la vez, predominancia de uno u otro carácter en algunos casos, pero, finalmente, sistemas procesales de tipo mixto.[6]

En el caso colombiano, la Corte Constitucional ha reconocido expresamente ese carácter mixto del proceso civil y en Sentencia C-874 de 2003, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, expresó:
"En efecto, es dispositivo por cuanto las partes inician el proceso por demanda y lo terminan por transacción o desistimiento, lo impulsan y piden pruebas, y el juez debe decidir sobre las pretensiones de la demanda y las

1. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de la prueba judicial, Tomo I. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000, 49.
2. MONTERO AROCA, Juan. La prueba en el proceso civil. Madrid, Civitas, 2002.
3. DEVIS ECHANDÍA, op. cit., p 49.
4. Ibíd., p. 50.
5. BLANCO GÓMEZ, José Luis. La prueba de oficio. Bogotá, Gustavo Ibáñez Ltda., 1992, pp. 51-52.
6. RAMÍREZ CARVAJAL, Diana María. La prueba de oficio. Una perspectiva para el proceso dialógico civil. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 48.

ISSN: 2027 - 8993

excepciones formuladas por el demandado (principio de congruencia). Sin embargo, es inquisitivo en cuanto a que el juez impulsa el proceso y decreta pruebas de oficio en primera o en segunda instancia, puede oficiosamente declarar probadas las excepciones de mérito cuando se encuentren probados los hechos que las constituyan, y emplear los poderes que la ley le otorga para evitar fallos inhibitorios, nulidades y castigar el fraude procesal."

Naturaleza y finalidad del proceso civil

La caracterización de los sistemas procesales dispositivo e inquisitivo que acaba de presentarse, incide directamente en la determinación de la naturaleza y finalidad que se atribuya al proceso civil, según la mayor o menor presencia de elementos de uno u otro sistema. Así, Londoño advierte cómo "históricamente, se ha establecido la relación del sistema dispositivo, con el fin del proceso de resolver conflictos jurídicos, y del sistema inquisitivo, con la búsqueda de la verdad como fin del proceso".[7]

A su vez, esta caracterización del proceso se vincula con el modelo de Estado proyectado en la Constitución y las ideologías políticas y jurídicas que lo soportan. Así el esquema dispositivo tradicional llega a su máxima expresión en el contexto de la ideología liberal individualista, que atribuyó carácter absoluto a los derechos subjetivos y enmarcó toda la actividad estatal en la célebre máxima laisser faire, laisser passer.[8]
De acuerdo a esta visión del orden social, al Estado, representado en el proceso por el juez, tan sólo le estaba dado arbitrar el debate fáctico y probatorio de las partes, conforme la regulación jurídica del caso proyectada por el legislador, a fin de proveer una decisión que acordara la razón a la parte que logró llevarle a la convicción de su pretensión y hacer efectivo su cumplimiento.

Más adelante, las nuevas corrientes ideológicas que acompañaron la formulación del Estado social de derecho indujeron la noción de un nuevo papel del juez en el proceso, como director de la actividad que en él se desarrolla. Esa concepción superó el esquema individualista clásico que erigió al proceso como un mero escenario de resolución de conflictos particulares, e impuso un nuevo paradigma según el cual, además de resolver un conflicto particular, el juez en el proceso civil debe procurar el establecimiento de la verdad de los hechos, en condiciones de igualdad de las partes y la construcción de una decisión que realice los fines de justicia proyectados por el Constituyente.

En una aproximación más específica al tema, Blanco expone cómo la constante conforme a la cual al proceso privatista corresponde un juez espectador y la prueba del mismo es estrictamente de parte, ha debido ceder ante los nuevos paradigmas derivados del creciente intervencionismo estatal, que supuso el rompimiento del ideal individualista ilustrado y la imposición del concepto social[9]. Ese carácter social acordado al Estado de Derecho impone a los jueces un nuevo papel en la conducción del proceso, como expresión de un nuevo concepto de interés público que subyace en la resolución de los conflictos intersubjetivos de intereses y que en materia probatoria se condensa en la concepción del interés público que está inmerso en el proceso civil, como ejercicio de soberanía [10] para resolver con fuerza de cosa juzgada conflictos entre particulares.

Aquí vale mencionar entonces que el proceso civil cumple dos tipos de funciones. Una privada, cual es resolver el conflicto intersubjetivo de intereses que no ha logrado terminar autocompositivamente; y una pública, consistente en la garantía que le otorga el Estado a sus administrados del mantenimiento del orden luego de imponerles la prohibición del uso de la fuerza privada[11]. Ellas, sin embargo, no están en oposición, pues

[...] en rigor, no es verdad que haya una incompatibilidad entre el proceso como solución de conflictos y la

7. LONDOÑO JARAMILLO, Mabel. Las pruebas de oficio en el proceso civil en Colombia. En: Controversia procesal. Medellín: Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, [en línea], disponible en: www.udem.edu.co/.../LASPRUEBASDEOFICIOENELPROCESOCIVIL.doc, consulta: 28 septiembre de 2009.
8. BLANCO, op. cit., p. 43.
9. Ibíd.
10. Ibíd.
11. ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Debido proceso versus pruebas de oficio. Bogotá, Temis, 2004, p. 11.

búsqueda de la verdad de los hechos, ya que se podría razonablemente decir que un buen criterio para resolver los conflictos es el de fundamentar la solución sobre una determinación verdadera de los hechos que están en la base de la controversia[12].

Así mismo, Londoño afirma que

"Hoy por hoy, bajo las teorías presentadas por el constitucionalismo contemporáneo, no es insensato pensar que los fines del proceso, solución de los conflictos jurídicos y búsqueda de la verdad, deben fundirse en uno solo, pues no tiene sentido sostener que la función del proceso es ofrecer a las partes la solución del conflicto propuesto, sin que importe el sentido de tal decisión, es decir, sin atender a uno de los valores fundantes del orden jurídico, la justicia, que en todo caso reclama la búsqueda de la verdad de los hechos [...]. En este sentido, la función del proceso, sería la justa solución de los conflictos jurídicos"[13].

Con ello, se puede advertir la necesaria convergencia de elementos propios del esquema dispositivo con los del inquisitivo, para hacer del proceso civil un escenario de resolución de conflictos mediante decisiones congruentes con la verdad de los hechos. Ello se reafirma con la imposibilidad actual de identificar sistemas procesales puros y en la necesidad de acordar tanto a las partes como al juez la responsabilidad de impulsar el proceso, a fin de realizar la finalidad que con él se propone el Estado.

La misma postura ha sido sostenida por la Corte Constitucional colombiana, que en relación con el carácter mixto del proceso civil y la consecuente atribución de la facultad de iniciativa probatoria en cabeza del juez, señaló que ello obedece a un nuevo modelo de este proceso, en el cual su objeto supera la noción clásica de debate de intereses particulares contrapuestos, para convertirse en un escenario de establecimiento de la verdad real y la provisión de una decisión justa, conforme con los hechos reales que determinaron el proceso. Así, en la sentencia C-874 de 2003, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte expresó que

"El proceso civil moderno se considera de interés público y se orienta en el sentido de otorgar facultades al juez para decretar pruebas de oficio y para impulsar el proceso, tiende hacia la verdad real y a la igualdad de las partes y establece la libre valoración de la prueba. No obstante, exige demanda del interesado, prohíbe al juez resolver sobre puntos no planteados en la demanda o excepciones y acepta que las partes pueden disponer del proceso por desistimiento, transacción o arbitramento"(cursiva fuera de texto).

La noción del juez como director del proceso

El nuevo esquema finalístico del proceso civil, producto de una caracterización mixta del sistema procesal imperante en los ordenamientos modernos, ha conducido no sólo a identificar el proceso civil como un instrumento para la justa composición del litigio, sino a la atribución de un nuevo rol del juez, en tanto director del proceso[14] y responsable del cumplimiento de los fines de mantenimiento del orden y de la justicia material, que son propios del Estado constitucional. En estas condiciones,

[...] la labor del juez en la búsqueda de la verdad de los hechos, debe continuar en el proceso en las diferentes etapas que están por sucederse, pues la justa composición del conflicto, presupone una ardua actividad investigativa del juez director del debate procesal, que en ejercicio de sus facultades oficiosas, posibilita la producción de la prueba, cuando la misma no aparece en el mundo del proceso por inactividad de una de las partes (la débil por lo general). Además, bajo el esquema constitucional imperante, el juez no puede ser un espectador que logre su convicción con la prueba suministrada por la parte fuerte, pues está obligado a garantizar la consecución de los fines del Estado social de derecho, asegurando la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo[15].

12. TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Trotta, 2002, p. 39.
13. LONDOÑO, op. cit., pp. 5-6.
14. BLANCO, op. cit., p. 108.
15. LONDOÑO, op. cit., p. 23.

Esa concepción del juez director, que supera la caracterización tradicional dispositiva del juez espectador, ha sido invocada por la Corte Constitucional, en sentencia C-874 de 2003, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, en la cual expresó que

[...] no rige más entre nosotros el esquema dispositivo, en donde la responsabilidad por el adelantamiento del trámite competía a las partes, pues ahora es el juez el verdadero impulsor del proceso, para lo cual la ley le atribuye poderes suficientes y le señala deberes y responsabilidades ineludibles. A la raíz de esta renovada visión legal del procedimiento subyace sin duda una nueva concepción que estima que el proceso civil involucra siempre un interés público. Este interés consiste en dar real aplicación al derecho de acceso a la Administración de Justicia mediante la obtención de un fallo proferido oportunamente y que resuelva en el fondo el asunto sometido a la Jurisdicción, como garantía de la convivencia pacífica entre los asociados.

El juez, entonces, en el escenario del proceso como instrumento de provisión de justicia material en la resolución de los conflictos particulares, es titular del imperativo jurídico de procurar el mejor establecimiento posible de la verdad de los hechos, mediante la dirección activa de la actuación a la justa composición del litigio. Para ello, como se verá adelante, es preciso que esté revestido de potestades oficiosas que le permitan hacer efectivo ese direccionamiento.

Procedencia y finalidad de la prueba de oficio

El artículo 179 del Código de Procedimiento Civil dispone que "Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte, o de oficio cuando el magistrado o juez las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes". A su vez, el artículo 180 siguiente indica que "podrán decretarse pruebas de oficio, en los términos probatorios de las instancias y de los incidentes, y posteriormente, antes de fallar".

De ahí se tiene que el Código de Procedimiento Civil consagra expresamente en el ordenamiento colombiano la facultad del juzgador de decretar y practicar pruebas surgidas de su propia iniciativa. Sin embargo, esa facultad, lejos de ser potestativa, asume el carácter de obligación del fallador en razón de lo dispuesto en el artículo 37 del mismo estatuto procesal. En efecto, esta norma erige como uno de los deberes del juez, en su numeral 4, "emplear los poderes que este Código le concede en materia de pruebas, siempre que lo considere conveniente para verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades y providencias inhibitorias".

Destinada entonces a la verificación de las afirmaciones de las partes de cara a los predicados de justicia, resolución de conflictos y mantenimiento del orden social que inspiran el modelo del Estado social de derecho, la prueba de oficio habrá de estar sometida, igual que las pruebas de iniciativa de las partes, al debido proceso como garantía intangible de toda actuación judicial o administrativa. En relación con este aspecto, la Corte Constitucional, en Sentencia C-159 de 2007, MP. Humberto Antonio Sierra Porto, expresó que:

"El artículo 180 del Código de Procedimiento Civil de manera alguna cercena la posibilidad que tienen las partes para ejercer su derecho a controvertir las pruebas decretadas de oficio, en cualquier instancia. Todo lo contrario. Una interpretación conforme de dicha disposición con el artículo 29 Superior conduce a afirmar que [...] toda prueba de oficio es susceptible de ser controvertida por las partes en el proceso. Además, tampoco es admisible el argumento según el cual las pruebas de oficio, en cualquier instancia que sean decretadas y practicadas, son simplemente un instrumento encaminado a subsanar la negligencia de una de las partes en el proceso. Por el contrario, el recurso a ellas se explica por el deber que tiene todo juez, en un Estado social de derecho, de buscar la verdad".

Principales objeciones a la iniciativa probatoria del juez

En la Sentencia T-264 de 2009, MP. Luis Ernesto Vargas Silva, la Corte Constitucional, luego de analizar el contexto y la finalidad de la prueba de oficio en el proceso civil, se ocupa de las dos principales objeciones

que se presentan en contra de la facultad probatoria oficiosa del juez. La primera se refiere al posible entorpecimiento de la función de controversias particulares so pretexto de procurar el establecimiento de la verdad y, como lo advierte Devis Echandía, se soporta en

[...] la tesis, ya completamente rectificada, de que el proceso civil es un negocio particular y con un fin privado: la defensa de los intereses particulares. Pero hace ya más de cincuenta años que la doctrina universal archivó esa concepción privatista y la sustituyó por la publicista, que ve en el proceso civil el ejercicio de la jurisdicción del Estado, en interés público o general: obtener la adecuada aplicación de la ley material y la recta justicia en los casos particulares, para mantener la paz y la tranquilidad sociales[16].

Frente a este reparo, en la misma providencia la Corte advierte que

[...] la solución de conflictos es compatible con la búsqueda de la verdad, porque el establecimiento de la verdad puede ser un método adecuado para la solución de las controversias. Desde un punto de vista práctico podría señalarse, además, que una solución de los conflictos que no se fundamente en la indagación de los hechos puede resultar contraproducente, pues genera desconfianza en el derecho y un riesgo para la paz social, en caso de que las partes decidan acudir a la violencia en busca de lo que el derecho injustificadamente les niega.

La segunda objeción se refiere a la posible afectación de las garantías de imparcialidad e independencia del juez mediante la atribución de facultades probatorias oficiosas, y constituye el reparo más prominente en contra de la prueba de oficio. Ello, en tanto el decreto y práctica de una prueba oficiosa necesariamente terminaría favoreciendo a una de las partes, con el consecuente desequilibrio respecto de la igualdad que deben tener delante del juez. Al efecto, la misma Sentencia T-264 de 2009 de la Corte Constitucional sostiene que

[...] el juez no desplaza a las partes ni asume la defensa de sus intereses privados. Desde el punto de vista de la Constitución Política, la facultad de decretar pruebas de oficio implica un compromiso del juez con la verdad, ergo con el derecho sustancial, y no con las partes del proceso. Por ello, el decreto de pruebas no afecta la imparcialidad del juez, ya que el funcionario puede decretar pruebas que favorezcan a cualquiera de las partes siempre que le ofrezca a la otra la posibilidad de ejercer el derecho de defensa y contradicción.

El temor por la pérdida de imparcialidad del juez por el decreto oficioso de pruebas, no es diferente al temor que puede tenerse frente a cualquier actuación arbitraria del funcionario. Suponer que al decretar pruebas el juez asume los intereses de las partes, es como suponer que este prejuzga, que puede desviar la correcta aplicación de las normas para favorecer a alguna de las partes; o, en fin, que utiliza su poder correccional para intimidar a los litigantes o, específicamente, a uno de ellos. El juez debe parcializarse en favor de la verdad, manteniendo enhiesta e incólume su imparcialidad en la aplicación de la ley sustancial al caso concreto.

La prueba de oficio como medio de realización de los fines del Estado social de derecho

El artículo 2 de la Constitución colombiana erige como fin del Estado "asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo". De ahí deriva el fundamento constitucional a partir del cual se puede afirmar que el Estado, en este caso a través de su aparato jurisdiccional, tiene el imperativo de brindar un escenario mediante el cual no sólo se asegure la convivencia pacífica mediante la resolución de los conflictos entre particulares, sino también la vigencia de un orden justo a través la provisión de decisiones conformes con la realidad de los hechos y las normas que los gobiernan.

En este sentido, el juez es titular del imperativo de realización de esos fines en el escenario del proceso, mediante la utilización de las herramientas que le brinda el ordenamiento para hacer efectivos los postulados de justicia e e igualdad predicados en la Constitución. Así, "los poderes de instrucción corresponden a la idea de función

16. Ibíd., p. 51.

ISSN: 2027 - 8993

jurisdiccional en el Estado social de derecho, lo cual implica que se desarrollen como actividad probatoria del juez, quien está sujeto a sanciones disciplinarias por el incumplimiento de estos deberes"[17].

Esos fines proyectados por la Constitución se expresan en el proceso civil en tres aspectos centrales: la resolución de conflictos particulares, la garantía de los derechos materiales de las partes y la provisión de una decisión justa.

En cuanto al primero, el imperativo de "asegurar la convivencia pacífica" predicado por el artículo 2 constitucional, tiene en el proceso civil uno de los sus escenarios más importantes, habida cuenta que éste es, por excelencia, el espacio con el cual cuentan las personas para resolver los conflictos que las enfrentan entre sí, dentro de los límites que les impone el ordenamiento. En tanto el proceso civil cumple una finalidad de resolución de conflictos particulares, y la efectiva realización de ese propósito es fundamental para que el Estado logre la convivencia pacífica entre las personas sometidas a su tutela, el juez debe estar revestido de todos los poderes necesarios para que ese fin se haga realidad en el proceso.

Esta noción de resolución de conflictos particulares no sólo admite sino que exige un papel activo del juez, dentro del límite de los derechos y garantías de las partes, que permita la construcción efectiva de una solución de fondo al conflicto que enfrenta a las partes. Un proceder que limite la intervención del juez en este escenario, conduciría a que los conflictos particulares fueran resueltos de manera débil o incompleta, generando no sólo desconfianza en los jueces y en el ordenamiento, sino deslegitimando al Estado mismo por el incumplimiento de su mandato superior de asegurar una pacífica convivencia entre las personas.

De igual forma, respecto del segundo aspecto, en el mismo sentido en que el Estado debe asegurar la convivencia pacífica de las personas mediante la resolución efectiva de los conflictos que las convocan al proceso, el artículo 2 de la Carta le obliga al mantenimiento de un orden social justo. Esa noción de un orden justo, en los términos de la vocación teleológica del Estado social de derecho y en el escenario específico del proceso civil, sólo puede tomar forma de realidad mediante la garantía de los derechos materiales de las partes involucradas en el litigio y ello es posible "otorgándole al juez facultades para hacer efectiva la igualdad de las partes, con lo cual se consigue que no fracase el fin de interés general que se persigue con el ejercicio de la jurisdicción, por el descuido, la irresponsabilidad o la ignorancia de un apoderado"[18]. El juez, entonces, debe atender al fin supremo de justicia[19] que postula la Constitución mediante el ejercicio de todas las atribuciones que le acuerda la Ley para lograrlo.

Finalmente, en relación con el tercer aspecto, se ha dicho que "la decisión judicial, en un sentido amplio, se puede ver desde dos puntos: el primero asume la decisión judicial como el poner fin a una disputa privada, y su único propósito es resolverla; el segundo admite que la decisión judicial resuelve el litigio, pero mediante la aplicación del ordenamiento jurídico"[20]. De estas dos visiones de la decisión judicial, es propio del modelo de Estado social de derecho que la decisión del juez en el proceso no sólo resuelva el conflicto presentado por las partes mediante el reconocimiento de una de las pretensiones enfrentadas, sino que al hacerlo procure el mantenimiento del orden justo.

En esta vía, la decisión del juez en el Estado social de derecho no sólo es válida y legítima en tanto acceda a alguna de las pretensiones enfrentadas en el proceso civil, poniendo con ello fin al litigio, sino que debe observar una finalidad de justicia mediante una composición del litigio fundada en la verificación de los hechos presentados, que asegure una actuación efectiva del derecho sustantivo. Para ello, es clave valerse de la prueba, dada su finalidad de llevar certeza a la mente del juzgador para que pueda fallar conforme a justicia[21].

17. RAMÍREZ, op. cit., p. 25.
18. DEVIS ECHANDÍA, op. cit., pp. 51-52.
19. BLANCO, op.cit., p. 52.
20. RAMÍREZ, op. cit., p. 142.
21. COUTURE, Eduardo. Estudios de derecho procesal civil. Buenos Aires, Depalma, 1979, p. 140.

Deber del juez para el ejercicio de su facultad oficiosa en materia probatoria

La atribución al juez de iniciativa probatoria oficiosa en el proceso civil, tradicionalmente calificada como meramente potestativa, es reconocida hoy por la doctrina como un auténtica facultad-deber[22].

La estructura política del Estado social y constitucional del derecho exige unos estándares mínimos relacionados con la decisión judicial. El juez debe establecer la igualdad de las partes en la controversia probatoria, asegurar la legítima defensa, impulsar el proceso, calificar los hechos representativos, identificar la mejor manera de confirmar la veracidad de los hechos e integrar el ordenamiento jurídico.

A todo ello se agrega que en la decisión judicial el juez debe dar cuenta del respeto por los derechos fundamentales y las garantías constitucionales. En esta medida el juez está revestido de poderes discrecionales que le permiten actuar para decidir con criterio y responsabilidad.

En esta complejidad, el juez activo no es sinónimo de juez autoritario, es su antítesis. El juez autoritario manipula el proceso y la prueba, expropia las garantías de las partes y no tiene respeto por el debido proceso o por los derechos fundamentales. El juez activo personifica el modelo del principio democrático, por tanto es respetuoso de los principios de legalidad y publicidad, y, por excelencia, del debido proceso y de todos sus principios integradores[23].

En esta línea, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 8 de mayo de 2006, expediente T-00089-01, sostuvo que la prueba de oficio consagrada en el artículo 180 del Código de Procedimiento Civil no sólo constituye una función potestativa del juez, sino que tiene un verdadero carácter de facultad-deber en cabeza del juzgador como componente de su obligación de determinar la verdad de los hechos del proceso, a fin de proveer una sentencia justa. Así, en esta providencia señaló que

[...] es oportuno recalcar que la facultad-deber de decretar probanzas oficiosas, si bien no tiene como cometido suplir las deficiencias probatorias atribuibles a las partes, necesariamente requiere ser vista como la oportunidad de los jueces para orientar el debate en procura de que sus decisiones en verdad satisfagan la función constitucional que les es encomendada.

En otras palabras, aquella es una valiosísima herramienta que ha de servir al compromiso de apropiarse de la mayor cantidad de elementos de juicio posibles con el fin de hallar la verdad histórica de lo sucedido, y así resolver las controversias de la manera más acertada posible, de cara a cumplir con el mandato constitucional de dar prevalencia al derecho sustancial [...].

La misma posición fue reiterada en la sentencia de tutela del 20 de noviembre de 2008, de la misma Sala de la Corte Suprema de Justicia, expediente 2008-01772, en la cual la Corporación sostuvo que

[...] ese poder del juez, el decretar pruebas de oficio, caracterizado como se encuentra, según se ha dicho de un razonable grado de discrecionalidad se trueca en algunas hipótesis claramente definidas en el aludido estatuto, en un verdadero deber, despojado, por consiguiente, de aquel cariz potestativo, manifestándose entonces, como una exigencia que el juzgador, como director del proceso, debe satisfacer; se trata de específicos eventos en los cuales la ley impone la práctica de una determinada prueba en ciertos procesos, en cuyo caso incumbe al juzgador cerciorarse de la realización de la misma.

Esta posición también ha sido sostenida por la Corte Constitucional, la cual, en Sentencia C-1270 de 2000, MP. Antonio Barrera Carbonell, indicó que "si la justicia es un elemento fundante del nuevo orden constitucional,

22. BLANCO, op. cit., p. 124.
23. RAMÍREZ, op. cit., p. 143.

valor y principio constitucional que debe ser realizado como fin propio de la organización estatal, constituye un deber y no una mera facultad la posibilidad de que se decreten pruebas de oficio".

Al efecto, se tiene que la noción de justicia del Estado social de derecho impone dos deberes fundamentales al juzgador. El primero se expresa en la obligación de indagar la verdad de los hechos, que se vincula directamente con la prueba de oficio, en tanto ésta constituye un instrumento clave para que el juez reconstruya los elementos fácticos que le son presentados en el proceso, bien porque no exista suficiente claridad en algún tópico a partir de los elementos de convicción allegados por las partes, o porque encuentre que el debate procesal prescinde de algún supuesto de hecho necesario para una decisión ajustada a los fines del proceso y a la vocación que le asigna la Constitución. Aquí hay que decir que ese deber de verificación obedece al "interés público por la decisión justa que, por lo general, se alcanza ante el debido esclarecimiento de la relación fáctica, empresa que no sólo le compete a las partes"[24].

En este sentido, la Corte Constitucional apuntó en la ya referida Sentencia T-264 de 2009 que

[...] sobre los fines del proceso, y la relación entre la verdad y la justicia, resulta claro que el decreto oficioso de pruebas constituye una manifestación del deber de juez de indagar la verdad de los hechos antes de tomar una decisión determinada, con pleno sustento en la adopción de la forma política del Estado social de derecho, en donde el juez deja de ser un frío funcionario que aplica irreflexivamente la ley, para adoptar el papel de garante de los derechos materiales (cursiva fuera de texto).

El segundo deber que se refiere tiene que ver con la obligación de impartir una solución al conflicto intersubjetivo de intereses llevado por las partes al proceso, pero mediante una decisión fundada en la verdad de los hechos objeto del debate. Esto es, la búsqueda de la verdad de los hechos determina la base de la decisión que pone fin al conflicto. En este punto, vale anotar que los elementos presentados a lo largo del trabajo ponen de presente la superación de las

[...] posiciones doctrinales que identifican el fin del proceso con la mera solución del conflicto jurídico planteado por las partes, y, que se toman como referente las doctrinas opuestas, que entienden que la búsqueda de la verdad de los hechos sí es un fin del proceso, pues bajo la actual Carta Constitucional que demarca la política estatal y que erige como fines del Estado, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, la función jurisdiccional no debe entenderse satisfecha cuando se resuelven los conflictos jurídicos, cualquiera que sea el sentido de la decisión, sino cuando el conflicto jurídico se decide con criterios de justicia, y para ello, es necesario que el juez trascienda en la búsqueda de la verdad de los hechos que afirman y niegan las partes, como un verdadero director del debate procesal, que asume una actitud dinámica frente a la búsqueda de la verdad[25].

Para lograr esa verdad el juez ha de estar revestido y hacer uso de las facultades necesarias para acceder a los medios de convicción idóneos en la verificación de los hechos afirmados, mediante la asunción de su verdadero rol como director del proceso, sin que por ello se pueda ver afectada su imparcialidad e independencia, o la vocación de resolución de controversias particulares que inspira el proceso civil.

Esta concepción de la prueba de oficio y de sus fines constituye un fundamental cambio de paradigma en materia procesal y probatoria, que fue expresado por la Corte Suprema de Justicia incluso antes de la expedición de la Constitución de 1991, en los siguientes términos:

"En un trascendental viraje en materia de derecho probatorio, el actual estatuto procedimental se despojó del principio dispositivo y acogió el inquisitivo, fundado en la lógica y obvia razón de que a pesar de que en el común de los procesos se controvierten intereses privados, la justicia no puede volverle la espalda al establecimiento

24. BLANCO, op. cit., p. 125.
25. LONDOÑO, op. cit., p. 8.

de la verdad material enfrente de los intereses en pugna, asumiendo una posición eminentemente pasiva, si encuentra que decretando pruebas de oficio puede a la postre mediante ellas verificar los hechos alegados por las partes y lograr que en definitiva brille la verdad y, por tanto, se imponga la justicia. Fundado en este criterio, no es facultativo del juzgador decretar pruebas de oficio, sino que en toda ocasión, en la debida oportunidad legal, en que los hechos alegados por las partes requieren ser demostrados, así la parte que los alega hubiese sido desidiosa en esa labor, es un deber del juzgador utilizar los poderes oficiosos que le concede la ley en materia de pruebas, pues es este el verdadero sentido y alcance que exteriorizan los artículos 37-4, 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de febrero de 1877, citada en la Sentencia T-264 de 2009 de la Corte Constitucional)."

En conclusión, entonces, se tiene que decir que el proceso civil, tradicionalmente considerado como un espacio de debate de intereses particulares que sólo recurría al Estado para que un juez arbitrara el enfrentamiento entre las partes, diera la razón a una de ellas e hiciera efectiva al decisión emitida, debió ceder a los nuevos paradigmas que informan la naturaleza y fin del proceso en el constitucionalismo contemporáneo. Los jueces, en tanto administradores de justicia, son mandatarios del imperativo impuesto por el Constituyente de asegurar la convivencia pacífica de las personas y la vigencia de un orden justo, en cumplimiento de lo cual han debido ver ampliados sus poderes de acción en el proceso, sin perjuicio de las garantías del debido proceso y los derechos disponibles de las partes.

En estos términos, la prueba de oficio en el proceso civil comporta actualmente el doble carácter de facultad y deber del juez en el cumplimiento de su mandato constitucional de administración de justicia, y en la finalidad impuesta a esta función estatal por el modelo de Estado adoptado en la Constitución. Los jueces debe emitir decisiones que pongan fin a los conflictos intersubjetivos de intereses, pero sobre la base de la mayor convicción posible de la realidad de los hechos presentados, para lo cual no sólo pueden sino que deben hacer uso de la prueba de oficio, si ello resulta necesario para el adecuado establecimiento de los hechos debatidos y apoyados por los medios de conocimiento practicados.

Referencias bibliográficas

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Debido proceso versus pruebas de oficio. Bogotá, Temis, 2004.

_____, y MONTERO AROCA, Juan. Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2005.

AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de derecho procesal: pruebas judiciales. Bogotá, Temis, 2003.

BLANCO GÓMEZ, José Luis. La prueba de oficio. Bogotá, Gustavo Ibáñez, 1992.

_____. Sistema dispositivo y prueba de oficio en el procedimiento civil. Bogotá, Gustavo Ibáñez, 1994.

CAPELLETTI, Mauro. "Iniciativas probatorias del juez", En: Valoración judicial de las pruebas. Bogotá, Editora Jurídica de Colombia Ltda, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. La prueba civil. Buenos Aires, Arayu, 1955.

_____. Instituciones de derecho procesal civil. México, Harla, 1997.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1270 de 2000, MP. Antonio Barrera.

_____. C-807 de 2002, MP. Jaime Araújo Rentería.

_____. Sentencia C-874 de 2003, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

_____. Sentencia C-159 de 2007, MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

_____. T-264 de 2009, MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia del 8 de mayo de 2006, expediente T-00089-01.

_____. Sentencia del 20 de noviembre de 2008, expediente 2008-01772.

COUTURE, Eduardo. Estudios de derecho procesal civil. Buenos Aires, Depalma, 1979.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de la prueba judicial, Tomo I. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de derecho procesal civil colombiano. Bogotá, Dupre, 2008.

LONDOÑO JARAMILLO, Mabel. Las pruebas de oficio en el proceso civil en Colombia. En: Controversia procesal. Medellín: Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, [en línea], disponible en:
www.udem.edu.co/.../LASPRUEBASDEOFICIOENELPROCESOCIVIL.doc, consulta: 28 septiembre de 2009.

MONTERO AROCA, Juan. La prueba en el proceso civil. Madrid, Civitas, 2002.

PARRA QUIJANO, Jairo. Derecho procesal civil. Bogotá, Temis, 1992.

_____. Manual de derecho probatorio, 16ed. Bogotá, Ediciones del Profesional, 2007.

RAMÍREZ CARVAJAL, Diana María. La prueba de oficio. Una perspectiva para el proceso dialógico civil. Bogotá,

Universidad Externado de Colombia, 2009.

TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Trotta, 2002.

_____, y otros. La prueba. Madrid, Marcial Pons, 2008.

_____. Manual de derecho probatorio, 16ed. Bogotá, Ediciones del Profesional, 2007.

RAMÍREZ CARVAJAL, Diana María. La prueba de oficio. Una perspectiva para el proceso dialógico civil. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Trotta, 2002.

_____, y otros. La prueba. Madrid, Marcial Pons, 2008.

Artículos

¿Donde Está El Juez Natural De La Etapa De Ejecución Penal?*

por

Douglas Stevenson SosaVanegas**

RESUMEN

El presente artículo abordará desde una perspectiva crítica el alcance en el ordenamiento jurídico colombiano del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad como la figura jurisdiccional por excelencia en la etapa de ejecución penal, a partir del análisis de sus funciones y atribuciones, teniendo en cuenta que el marco jurídico regulador de la figura en mención no brinda los elementos necesarios para constituirlo en una autoridad judicial con la autonomía suficiente para su efectiva intervención en la ejecución de la pena privativa de la libertad, en garantía de los derechos de los reclusos de los posibles excesos de la administración, esto es, en garantía del principio de legalidad en la ejecución de la pena privativa de la libertad, lo que se traduce en la carencia de un marco normativo penitenciario especializado en el contexto jurídico colombiano.

PALABRAS CLAVES

Derecho penitenciario, ejecución penal, juez de ejecución penal, pena privativa de la libertad, personas privadas de la libertad.

ABSTRACT

This paper deals with the scope in the Colombian legal system of the inspecting judge of prisons from a critical perspective, as the jurisdictional figure par excellence in criminal enforcement, based on the analysis of its duties and powers. It is important to take into account that the framework of the law, which regulates the figure in mention, does not provide the necessary elements to constitute a judicial authority with the enough autonomy for its effective intervention in the execution of custodial sentence, for guaranteeing the rights of prisoners of the possible excesses of the government, that is, guaranteeing the principle of legality in the execution of custodial sentence, resulting from the lack of a specialized penitentiary regulatory framework in the Colombian legal system.

KEY WORDS

Penitentiary Law, criminal enforcement, inspecting judge of prisons, custodial sentence, persons deprived of liberty.

** El presente artículo hace parte de los resultados parciales del ejercicio de investigación titulado "El juez natural de la etapa de ejecución penal", actualmente en curso y desarrollado por el autor.*

*** Estudiante de IX semestre de Derecho de la Universidad San Buenaventura, Medellín. Miembro del Semillero de Derecho Penitenciario (www.derechopenitenciario.org) dirigido por el Prof. Dr. Juan David Posada Segura (www.posadasegura.org). douglastevenson@hotmail.com.*

Introducción

Con la abolición de la pena de muerte como la mayor sanción penal aplicada a través de la historia, como reproche a las conductas de los ciudadanos que atentaban contra los intereses y el mantenimiento del orden social, en garantía de la humanización del castigo ostentado por medio del poder punitivo del Estado, aparece la pena privativa de la libertad que hasta los días presentes se ha venido aplicando como la máxima expresión de sanción penal en la mayor parte del mundo, al igual que en Colombia. Esta aseveración es observable dentro de la Constitución Política de 1991, y específicamente en el Código Penal Colombiano, al igual que en la mayoría de las legislaciones extranjeras, en donde influenciados por el respeto al ser humano y su dignidad como eje central del Estado, es de recibo la aplicación de las sanciones penales, como la privación de la libertad, en un marco de garantías constitucionales para quien las padece.

La consecuencia directa de una corriente garantista a favor de la protección de las personas privadas de la libertad, que busca ante todo limitar los posibles excesos del poder punitivo, ha permitido la aparición del juez de ejecución penas y medidas de seguridad, también conocido en otras legislaciones como juez de vigilancia penitenciaria, como la figura jurisdiccional por antonomasia dentro de la etapa de ejecución penal, que alude a la privación de la libertad en el presente artículo, exponiendo como tal al "órgano judicial unipersonal con funciones de vigilancia, decisorias y consultivas, siendo el encargado del mantenimiento de la legalidad ejecutiva al convertirse en salvaguarda de los derechos de los internos frente a los posibles abusos de la Administración"[1], es decir, como la figura judicial por excelencia dentro del sistema jurídico penitenciario encargada de garantizar el cumplimiento de la sanción penal dentro de un marco de legalidad.

El ejercicio de investigación actualmente en curso, que da origen al presente escrito, parte de la necesidad de ahondar desde una perspectiva jurídica, debido a la falta de estudios en la materia, en las facultades y competencias otorgadas en Colombia a esta figura para su intervención en la ejecución de la pena privativa de la libertad, a partir de la realización de un estudio comparado con el sistema jurídico Español, dadas las importantes elaboraciones y producciones que en materia penitenciaria se han desarrollado en ese contexto; lo que permitirá verificar si su estructuración en el contexto jurídico colombiano es adecuada con los postulados y creaciones doctrinales que legitiman a dicha figura en el juez natural de la etapa de ejecución penal, tendiente a dar respuesta a la siguiente cuestión penitenciaria: ¿Existe equivalencia jurídica respecto al alcance entre el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, y el juez de vigilancia penitenciaria como jueces naturales de la etapa de ejecución penal?.

En consideración a lo anterior, el presente artículo aborda los resultados parciales derivados del alcance del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad en el sistema jurídico colombiano, concretamente lo relacionado con el estudio de sus atribuciones para la intervención en la ejecución de la pena privativa de la libertad. Por lo tanto, en primera medida se realizará una aproximación a los antecedentes en la creación de la figura específica del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, para luego dar paso a la exposición de sus funciones en Colombia, lo que permitirá realizar el análisis crítico de esta institución desde la teoría general del proceso en relación con la figura jurídica del juez en sentido genérico, y posteriormente desde la doctrina extranjera en relación con sus atribuciones.

Modelo metodológico

El ejercicio de investigación que da origen al presente artículo es de tipo jurídico comparado y es realizado mediante la aplicación de la microcomparación externa, es decir, la comparación de una figura especifica del Derecho de varios Estados, teniendo en cuenta como Derecho de base el sistema jurídico Colombiano y como Derecho de llegada al sistema jurídico Español, dadas las importantes elaboraciones y producciones que en materia penitenciaria se han desarrollado en este último.

1. GARRIDO GUZMÁN, L., En torno al proyecto de LGP, en "Escritos Penales", Colección de Estudios, Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal, Universidad de Valencia, 1979, p.228. citado por ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina. El juez de vigilancia penitenciaria. Ed. Civitas, Madrid, 1985, p.21.

Por lo tanto, se hace necesario identificar el punto de partida que comparten los dos sistemas jurídicos propuestos, esto es, el juez natural de la etapa de ejecución penal en cada contexto, que por asuntos estrictamente metodológicos se asimila al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad en Colombia y al juez de vigilancia penitenciaria en España, como figuras equivalentes.

Lo anterior permite apreciar tanto las diferencias como las semejanzas entre las dos figuras jurídicas centrales, así como la valoración de los defectos y aciertos relacionados con el manejo que en cada ordenamiento se le ha dado a las mismas, en otras palabras, permite la evaluación de las soluciones o modelos adoptados dentro de cada ordenamiento jurídico en el desarrollo de dicha figura.

Por otro lado, la orientación metodológica se desarrolla desde un enfoque teórico documental y cualitativo, el primero hace necesaria la aplicación de procedimientos clásicos como el análisis documental del material bibliográfico, jurisprudencial y normativo. En este sentido toda la información recopilada mediante diversas técnicas es sistematizada, interpretada y analizada con la finalidad de elaborar un informe que contenga el desarrollo de los objetivos propuestos, los resultados y las conclusiones pertinentes. El segundo enfoque responde a la descripción detallada de las figuras jurídicas expuestas en el derecho comparado, permitiendo la elaboración de registros narrativos que contienen su respectivo análisis jurídico.

Finalmente es importante enunciar que son utilizadas como herramientas principales fichas catalogadas por materia doctrinal, jurisprudencial y normativa, que contienen los aspectos más relevantes de los documentos analizados, diferenciados respectivamente según el sistema jurídico al que se refieran.

Avance de investigación.

1. Antecedentes del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad

Debido a las diferentes situaciones problemáticas y la concurrente violación de derechos humanos al interior de los establecimientos designados para la ejecución de las penas[2], "se comenzó a hablar del problema de la intervención [del poder] judicial en la ejecución de las penas", y "en el Congreso de Derecho Penal y Penitenciario celebrado en Berlín, en 1935, JIMENEZ DE ASÚA, propugnaba la necesaria intervención del juez en la ejecución penal"[3].

En este sentido comenta FERNANDEZ GARCÍA, "que en el marco internacional, al aprobarse las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, del Comité de Ministros Europeos, de 1973, se recomendó que debiera existir un órgano en la cárceles, judicial o no, pero sí exterior y distinto de la propia administración"[4].

La necesidad de un juez para la intervención del poder judicial en la etapa de ejecución penal "se remonta históricamente a los antecedentes en España de los tribunales de Justicia, que asumían el ejercicio de la función jurisdiccional de ejecutar[5] y hacer ejecutar lo juzgado. Pero se reconoce que en materia de ejecución de penas, su actividad se limitaba a ordenar el ingreso y libertad del condenado"[6] , lo que verifica la carencia de un juez especializado con atribuciones suficientes para su intervención en la ejecución penal más allá de las funciones secretariales que venía desarrollando el poder judicial.

"Italia fue el primer país europeo que crea la institución del Juez de Vigilancia Penitenciaria, y en Latinoamérica fue Brasil, en la ley Federal de 1922, el primero que reguló la intervención y funciones de esta institución"[7].

2. SANCHEZ MONTOYA, María Magdalena. Función constitucional del juez de ejecución de penas. Monografía de grado, Facultad de Derecho - Universidad de Medellín. 2006, p.18.
3. FERNANDEZ GARCÍA, Julio. La Necesidad del Control Judicial de las Penas. Memorias de la Conferencia Centroamericana de Jueces de vigilancia y/o Ejecución de la pena y de ejecución de las medidas al menor. San Salvador, El Salvador. Marzo 27 a 29 de 2003, pág. 111. citado por SÁNCHEZ MONTOYA, María Magdalena. Op. Cit., p.18.
4. Ibíd., p.18.
5. Es pertinente aclara que la función jurisdiccional o de administración de justicia hace referencia a la actividad de "juzgar y hacer ejecutar lo juzgado".
6. FERNANDEZ GARCÍA. Julio. Op. Cit., p. 110. citado por SÁNCHEZ MONTOYA, María Magdalena. Op. Cit. p.18.
7. SÁNCHEZ MONTOYA, María Magdalena. Op. Cit., p.19.

En Colombia la aparición del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad se remonta a la Constitución Política de 1991, como la base esencial que establece una serie de garantías fundamentales extensivas a las personas privadas de la libertad, y en la cual el juez natural como manifestación del debido proceso[8] aparece como uno de los ejes centrales del Estado de Derecho; lo cual conllevo a la necesidad de un desarrollo normativo adecuado con los postulado Constitucionales y fue de esta manera "con la entrada en vigencia de la ley 2700 de 1991(Código de Procedimiento Penal Anterior [a la ley 600 de 2000]) donde se estipularon sus funciones en el Libro IV artículo 75. Más tarde en la ley 65 de 1993, actual código penitenciario y carcelario, se establece la regulación en su artículo 51 del título V"[9].

Cabe anotar que a partir de la regulación de la ley 65 de 1993, sin ninguna novedad el actual código de procedimiento penal[10] en su artículo 38 establece las funciones del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

Por lo tanto "puede afirmarse que la existencia de un modelo de vigilancia de la ejecución de la pena en Colombia, data de aproximadamente 12 o 13 años [a la fecha 16 o 17 años]. A pesar, de que en la normatividad anterior a nuestra carta política de 1991, ya en el Decreto 409 de 1971 (Código de procedimiento penal – no vigente) y el Decreto 50 de 1987 se establecía que la ejecución de la pena, estaría a cargo del mismo juez que profería la sentencia en primera o en única instancia, es decir, existía la función, pero no una figura con funciones exclusivamente de vigilancia de la pena"[11]

Es así como la creación de un juez de ejecución de penas y medidas de seguridad en el ordenamiento jurídico colombiano "como supremo conductor o guía de la etapa de ejecución, constituye una de las máximas garantías en el proyecto de asegurar el respeto de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad"[12], lo que hace necesario profundizar en el papel que ha sido asignado a dicha figura de manera que sus atribuciones permitan hacer de éste una institución con la autonomía adecuada a las necesidades de intervención del poder judicial en el ámbito penitenciario.

2. Atribuciones del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad

Para una mejor compresión del análisis propuesto, a continuación se realiza un cuadro que sintetiza las funciones principales del juez de ejecución de penas y medidas seguridad en Colombia, que como se expreso anteriormente, se encuentran reguladas en el artículo 51 de la ley 65 de 1993 y en el artículo 38 del actual código de procedimiento penal. Sin embargo, en primer lugar, en cuanto a la determinación de su competencia es importante tener en cuenta que según el artículo 41 del código de procedimiento penal el juez de ejecución de penas es "competente para los asuntos relacionados con la ejecución de sanción", lo cual se concreta con sus atribuciones específicas.

8. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA de 1991, Artículo 29.
9. SÁNCHEZ MONTOYA, María Magdalena. Op. Cit., p.19. Corchete fuera del texto original.
10. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Ley 906 de 2004.
11. SÁNCHEZ MONTOYA, María Magdalena. Op. Cit., p.20. Corchete fuera del texto original.
12. POSADA SEGURDA, Juan David. La ejecución de la pena privativa de la libertad como parte inseparable del proceso penal. Nuevo Foro Penal. Abril 2003, No. 64., p.148.

FUNCIÓN	NORMA
RELATIVAS AL CONTROL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA	
PROFERIR LAS DECISIONES NECESARIAS PARA QUE LAS SENTENCIAS EJECUTORIADAS QUE IMPONGAN SANCIONES PENALES SE CUMPLAN	ARTÍCULO 38 N°1 DE LA LEY 906 DE 2004
CONOCER DE LA EJECUCIÓN DE LA SANCIÓN PENAL	ARTÍCULO 51 N°2 DE LA LEY 65 DE 1993
GARANTIZAR LA LEGALIDAD DE LA EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES PENALES	ARTÍCULO 51 DE LA LEY 65 DE 1993
CONCEDER LA ACUMULACIÓN JURIDICA DE PENAS	ARTÍCULO 38 N°2 DE LA LEY 906 DE 2004
CONOCER SOBRE LA LIBERTAD CONDICIONAL Y SU REVOCATORIA	ARTÍCULO 38 N°3 DE LA LEY 906 DE 2004
CONOCER DE LA REBAJA DE LA PENA Y REDENCIÓN DE PENA POR TRABAJO, ESTUDIO O ENSEÑANZA	ARTÍCULO 38 N°4 DE LA LEY 906 DE 2004
CONOCER DE LA APROBACIÓN PREVIA DE LAS PROPUESTAS QUE FORMULEN LAS AUTORIDADES PENITENCIARIAS O DE LAS SOLICITUDES DE RECONOCIMIENTO DE BENEFICIOS ADMINISTRATIVOS QUE SUPONGAN UNA MODIFICACIÓN EN LAS CONDICIONES DE CUMPLIMIENTO DE LA CONDENA O UNA REDUCCIÓN DEL TIEMPO DE PRIVACIÓN EFECTIVA DE LIBERTAD	ARTÍCULO 38 N°5 DE LA LEY 906 DE 2004
CONOCER DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD CUANDO DEBIDO A UNA LEY POSTERIOR HUBIERE LUGAR A REDUCCIÓN, MODIFICACIÓN, SUSTITUCIÓN, SUSPENSIÓN O EXTINCIÓN DE LA SANCIÓN PENAL	ARTÍCULO 38 N°7 DE LA LEY 906 DE 2004

Conocer de la extinción de la sanción penal.	Artículo 38 N°8 de la ley 906 de 2004
Conocer del reconocimiento de la ineficacia de la sentencia condenatoria, cuando la norma incriminadora haya sido declarada inexequible o haya perdido su vigencia.	Artículo 38 N°9 de la ley 906 de 2004
Ordenar la sustitución de la ejecución de la pena, previa caución, en los mismos casos de la sustitución de la detención preventiva.	Artículo 461 de la ley 906 de 2004
Relativas a la protección de los Derechos de los internos	
Realizar visitas periódicas a los establecimientos de reclusión que le sean asignados.	Artículo 51 de la ley 65 de 1993
Verificar las condiciones del lugar donde se ha de cumplir la pena o medida de seguridad. Ejercer el control para exigir los correctivos o imponerlos si se desatienden (en cuanto al lugar y las condiciones).	Artículo 51 N°1 de la ley 65 de 1993 Artículo 38 N°6 de la ley 906 de 2004
Hacer seguimiento a las actividades dirigidas a la integración social del interno. Conceptuar periódicamente sobre el desarrollo de los programas de trabajo, estudio y enseñanza.	Artículo 51 N°3 de la ley 65 de 1993
Conocer de las peticiones que los internos formulen en relación con el reglamento interno y tratamiento penitenciario en cuanto se refiera a los derechos y beneficios que afecten la ejecución de la pena.	Artículo 51 N°4 de la ley 65 de 1993

CUADRO 1[13]

13. Basado en el modelo utilizado por SÁNCHEZ MONTOYA, María Magdalena. Op. Cit., p.25-29., pero con algunas modificaciones pertinentes al presente estudio.

ISSN: 2027 - 8993

3. Análisis desde la teoría general del proceso

Si bien es cierto que acorde con el anterior esquema existe en Colombia una normatividad que regula la competencia y funciones específicas del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, es pertinente cuestionar si a partir de tal regulación vigente es verificable la equivalencia jurídica de esta institución con los postulados que desde la teoría general del proceso caracterizan la figura jurídica del juez, es decir, si realmente el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad se adecua a los elementos característicos del juez en sentido genérico, o simplemente se está frente a otro tipo de institución, indistintamente que sea nombrada por la legislación de tal manera, en la medida en que no necesariamente porque a algo se le llame de una forma determinada significa que en verdad lo sea.

3.1. Aproximación a la figura jurídica del juez

Antes de ahondar en la temática propuesta se hace necesario presentar, desde la teoría general del proceso, una aproximación conceptual sobre lo que debe entenderse por juez en sentido genérico, en torno a determinar las características de esta figura jurídica que se constituye en uno de los ejes centrales del presente estudio, por cuanto proporciona los elementos para que una institución pueda ser calificada como tal, lo que permitirá realizar el posterior análisis en su adecuación con la figura específica del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

Así las cosas, acorde con OVALLE FAVELA "la palabra juzgador, de evidente ascendencia hispánica, es la más amplia que existe para designar tanto al órgano que ejerce la función jurisdiccional (tribunal o juzgado) como al o a los titulares (magistrados o jueces) de dichos órganos"[14], pero para los intereses del presente escrito tal palabra se entenderá en su sentido subjetivo, esto es, refiere al juez como el titular de la función jurisdiccional.

De esta manera por función jurisdiccional se entiende a "la función estatal destinada a dirimir los conflictos individuales e imponer el derecho", es decir, se le considera "una función (potestad) del Estado, cuyo principal fin es satisfacer el interés de este en la realización del derecho[15] y la garantía del orden jurídico y de la libertad individual en los casos concretos y mediante decisiones que obliguen a las partes del respectivo proceso, para que haya paz y armonía social (Devis Echandía)"[16].

En consecuencia, la actividad cotidiana del juez se centra en ejercer la función jurisdiccional, sin perjuicio de la actividad administrativa que en determinadas ocasiones pueda presentarse.

Otros autores como GORRONE presentan al juez "como una persona que está investida por el Estado de la potestad de administrar justicia; desde otro punto de vista, es un servidor público que desempeña una de las funciones del Estado moderno"[17]. Y en este sentido agrega que "el primero, es un concepto estructural; el segundo, funcional, pues se considera al juez como un servidor público que frente al conflicto de intereses de otras personas, tiene el poder conferido por el Estado para declarar la voluntad de la ley mediante un acto de autoridad imperativo y coactivo; la impartialidad y la imparcialidad son los atributos de la función, y en los cuales se sustenta su significación social"[18].

Alcalá-Zamora expresa que "por juzgador en sentido genérico o Abstracto entendemos el tercero imparcial instituido por el Estado para decidir jurisdiccionalmente y, por consiguiente, con imperatividad un litigio entre las partes"[19].

14. OVALLE FAVELA, José. Teoría general del proceso. Universidad Nacional Autónoma de México. Ed. Harla. Segunda Edición. México, 1991, p.201
15. VÉSCOVI, Enrrique. Teoría general del proceso. Ed. Temis S.A. Reimpresión de la Segunda Edición. Bogotá, Colombia, 2006, p.99.
16. Ibíd. p.102.
17. GARRONE, José Alberto. Diccionario Jurídico, tomo II. Ed. Abeledo-Perrot. Segunda Edición. Buenos Aires, Argentina, 1993, p.362.
18. Ibíd. p.363.
19. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. El antagonismo juzgador-partes: situaciones intermedias y dudosas. p.247. citado por OVALLE FAVELA, José. Op. Cit. p.201.

Igualmente OVALLE FAVELLA intentando exponer la figura del juez como sujeto procesal expresa que "a diferencia de las partes, que son sujetos con intereses jurídicos en el litigio, el juzgador debe ser, por definición, el sujeto procesal sin interés jurídico en la controversia; el sujeto procesal imparcial, ajeno a los intereses en pugna"[20], aludiendo con ello a una de las principales características del juez como es la imparcialidad en la toma de una decisión frente a los asuntos sometidos a su consideración.

No obstante los conceptos que han expuesto gran cantidad de autores al respecto, en síntesis se puede definir al juez en sentido genérico como aquel sujeto procesal independiente e imparcial, servidor público y miembro de carácter permanente del poder judicial titular en primera medida de la función jurisdiccional, potestad por medio de la cual se encarga de resolver los asuntos sometidos a su consideración en razón a los conflictos que se puedan presentar entre las partes en los casos concretos, declarando la voluntad de la ley mediante actos de autoridad imperativos y coercitivos, sin perjuicio de los demás actos que desarrolle en consonancia con su deber de administrar justicia.

Por lo tanto como características principales que constituyen al juez en tal figura jurídica, es decir, aquellos elementos que lo hacen ser lo que es y no otra institución diferente, se encuentran su calidad de servidor público, perteneciente al poder judicial, su posición de tercero imparcial y titular de la función jurisdiccional que lo faculta para declarar la voluntad de la ley en la resolución de los conflictos, sin olvidar aquellos actos de carácter administrativo que en ocasiones pueda ejercer.

3.2. "Juez" de ejecución de penas y medidas de seguridad

De acuerdo a lo anterior, es claro el planteamiento, que desde la teoría general del proceso, expone los elementos característicos del juez en sentido genérico. Ahora bien, es pertinente adentrarse al análisis de la adecuación de tales elementos en la figura específica del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

Así, realizando un simple paneo de la regulación vigente del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad se evidencia su calidad de servidor público perteneciente al poder judicial, sin embargo aquello no se constituye en característica suficiente para estar frente a la figura jurídica del juez.

De esta manera la característica de titular de la función jurisdiccional como la principal característica, y por lo tanto su constitución en tercero imparcial, cobran especial importancia al momento de su verificación en la serie de atribuciones asignadas al juez de ejecución de penas.

En este sentido el juez es aquella figura que se caracteriza esencialmente por ejercer "la función específica estatal de resolución de un conflicto, mediante una actuación coactiva del derecho para satisfacer una pretensión"[21] (función jurisdiccional), lo que en consonancia con las funciones del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, expuestas anteriormente, permiten cuestionar si los actos declarativos, de verificación, de conocimiento y seguimiento desarrollados por esta figura durante la etapa de ejecución penal, aunque importantes pero no fundamentales, ¿se podrán asimilar a la función jurisdiccional?, y en esta medida ¿el juez de ejecución de penas realmente está cumpliendo con su papel fundamental de administrador de justicia?.

Desde luego es importante tener en cuenta que aunque sus atribuciones no sean las adecuadas para enmarcarlo en la institución jurídica del juez, aquellas si son relevantes al momento de su intervención en la ejecución de la pena privativa de la libertad, no obstante cabe preguntase ¿realmente qué tipo de institución es el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad cuando desarrolla este tipo de actividades?

20. OVALLE FAVELLA, José. Op. Cit., p.201
21. ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina. El juez de vigilancia penitenciaria. Ed. Civitas, Madrid, 1985, p.29.

ISSN: 2027 - 8993

4. Funciones del juez natural de la etapa de ejecución penal

Partiendo de la necesidad de intervención del poder judicial en la etapa de ejecución penal que se pregonaba desde el siglo pasado y de la opinión según la cual "la naturaleza del juez de ejecución de penas le venía por su propia cualidad de representante de un poder, el judicial"[22], de igual forma acorde con la normatividad vigente que le asigna esa condición, habrá que asumir una postura optimista en cuanto a la existencia de un juez de ejecución de penas a la colombiana, que aunque inadecuadamente regulado, se constituye en una garantía de vital importancia como "el medio ideal para humanizar la ejecución penal"[23].

Por otro lado, siendo objeto del presente estudio el alcance del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad en Colombia, es pertinente realizar el análisis desde la comparación grafica de sus funciones con la clasificación que de las mismas la doctrina autorizada realiza para definir esta institución, tendiente a verificar sus falencias en la regulación interna.

En cuanto a la clasificación de sus funciones la mayoría de los autores más influyentes en la doctrina extranjera, específicamente la española, coinciden en considerar al juez de ejecución de penas (juez de vigilancia penitenciaria) "como un órgano judicial, unipersonal y especializado, con funciones de vigilancia, decisorias y consultivas"[24] que le permiten su afectiva intervención en la ejecución de las sanciones penales en garantía del principio de legalidad. Con esta aclaración a continuación se presenta la comparación referida:

CLASIFICACIÓN DE LA FUNCIÓN	NORMA JURÍDICA
CONTROL Y VIGILANCIA	**Artículo 51 N°1 Y N°2 de la ley 65 de 1993.** **Artículo 38 N°1, N°2, N°3, N°4, N°5, N°6, N°7, N°8 y N°9 de la ley 906 de 2004.** **Artículo 461 de la ley 906 de 2004.**
DECISORIA	
CONSULTIVA	**Artículo 51 N°3 y N°4 de la ley 65 de 1993.**

CUADRO 2

Esto permite verificar que en Colombia no existe una función específica atribuida al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad de carácter decisorio, esto es, que le permita resolver de forma autónoma e imparcial los conflictos que se puedan presentar en desarrollo de la pena privativa de la libertad (función jurisdiccional). Sin olvidar que las funciones de esta institución "no se limitan a la resolución de las incidencias surgidas en la aplicación de las penas privativas de la libertad, sino que se extiende más allá de los muros de la prisión controlando la aplicación"[25] por ejemplo de los beneficios administrativos.

22. ANTÓN ONECA, J., Derecho Penal, tomo I (parte general), Ed. Reus, Madrid, 1949, p.553. citado por ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina. Op. Cit. p.
23. POSADA SEGURA, Juan David. Op. Cit. p.146.
24. ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina. Op. Cit. p. 181.
25. ALBARCAR LÓPEZ, J. L., Reflexiones sobre la individualización de las penas, "Poder judicial", núm. 6, marzo 1983, p.91. citado por ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina. Op. Cit., p.73.

Pues bien, en Colombia el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad desarrolla actividades necesarias de control y vigilancia en la medida en que es el encargado de verificar el cumplimiento de las sanciones penales, controlar las condiciones del lugar en el cual se desarrollan las mismas, y ejercer una gama de acto declarativos tendientes a resolver los asuntos que supongan una modificación de las condiciones de cumplimiento de la condena, pero ¿existe una labor asignada que le permita ejercer el control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias?

Igualmente aunque puede formular propuestas referentes al desarrollo de los programas de trabajo, estudio y enseñanza, como una actividad de carácter consultiva, es una atribución insuficiente en la medida en que no permite el ejercicio de funciones de forma vinculante tendiente a asegurar "con su intervención las disposiciones reguladoras de la ejecución penal y con ello la observancia del respeto debido a los derechos e intereses legítimos de los reclusos"[26].

De acuerdo con lo expuesto, las principales falencias de la regulación vigente en Colombia del juez se ejecución de penas y medidas de seguridad se dirigen a la insuficiencia de sus funciones específicas para lograr la efectiva consecución de sus cometidos esenciales cuales son "salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones"[27] de la administración.

Conclusiones

La aparición en el sistema jurídico colombiano del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad para la intervención del poder judicial en la ejecución de la sanción penal, constituye una garantía de vital importancia como la institución jurídica por excelente encargada de garantizar el desarrollo de la pena privativa de la libertad en un marco de legalidad y, por lo tanto, en salvaguarda de los derechos de las personas que la padecen.

Se puede afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico la intervención de los jueces de ejecución de penas está limitada al ejercicio de funciones de carácter declarativo y de verificación, por cuanto el poder de decisión jurisdiccional, carente dentro de sus atribuciones, inherente a la figura jurídica del juez en sentido genérico, como se expuso, supone la potestad para resolver acorde a la ley las controversias que se puedan presentar entre dos partes con intereses opuestos.

Aunque en Colombia existe un marco jurídico regulador de las atribuciones de los jueces de ejecución de penas para su intervención en la ejecución de la sanción penal, aquellas se tornan insuficientes al momento de su adecuación con la clasificación de las funciones que la doctrina autorizada ha calificado de inherentes a esta institución, lo que se traduce en la atribución de un régimen altamente discrecional para la administración de la pena privativa de la libertad por parte del poder ejecutivo representado en el ente administrativo INPEC, poco coherente con la estructura de un Estado de Derecho.

26. CUELLO CALÓN, E., La intervención del juez en la ejecución de la pena, "Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios", núm. 103, segundo semestre, Madrid, 1953, p.7. citado por ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina. Op. Cit. p.20
27. GIMENO GÓMEZ, V.: "Los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria", Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, núm. 1, 1982, pág. 391. citado por MARTÍN DIZ, Fernando. El juez de vigilancia penitenciaria: garante de los derechos de los reclusos". Ed. Comares, S.L. Granada, España, 2002, p.67.

Referencias Bibliográficas

ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina. El juez de vigilancia penitenciaria. Editorial CIVITAS S.A. Monografía. Madrid, España. 1985.

Código Penitenciario y Carcelario, Ley 65 de 1993.

Código Procesal Penal Colombiano, Ley 906 de 2004.

Constitución Política de Colombia de 1991.

GARRONE, José Alberto. Diccionario Jurídico, tomo II. Ed. Abeledo-Perrot. Segunda Edición. Buenos Aires, Argentina, 1993.

MARTÍN DIZ, Fernando. El juez de vigilancia penitenciaria: garante de los derechos de los reclusos". Ed. Comares, S.L. Granada, España, 2002.

OVALLE FAVELA, José. Teoría general del proceso. Universidad Nacional Autónoma de México. Ed. Harla. Segunda Edición. México, 1991.

POSADA SEGURA, Juan David. La ejecución de la pena privativa de la libertad como parte inseparable del proceso penal. Artículo publicado en Nuevo Foro Penal N.ro 64, Abril de 2003.

SANCHEZ MONTOYA, María Magdalena. Función constitucional del juez de ejecución de penas. Monografía de grado para optar por el título de Especialista en Derecho Administrativo. Universidad de Medellín – Facultad de Derecho. Medellín, 2006, núm. págs. 179.

VÉSCOVI, Enrique. Teoría general del proceso. Ed. Temis S.A. Reimpresión de la Segunda Edición. Bogotá, Colombia, 2006.

Artículos

ACTO SEXUAL VIOLENTO VS INJURIA POR VÍA DE HECHO

por

Ana María Giraldo Osorio

Andrés Felipe Sierra Arango[1]

RESUMEN

En vista del deterioro del tejido social que ha venido padeciendo nuestro país desde hace ya largo tiempo, pero con tendencias más marcadas y notorias en los últimos años, se han venido planteando desde las diferentes instituciones una serie de interrogantes basados todos en las conductas que han venido exteriorizando los ciudadanos y su regulación en el ámbito punitivo, conductas que cada vez se tornan más degradantes y más repetitivas. Las anteriores se ven claramente reflejadas en los tocamientos corporales no consentidos, realizados sin la violencia como mecanismo de intimidación en personas capaces, generalmente siendo el sexo femenino el sujeto pasivo de la conducta. Son entonces dichos comportamientos y un análisis de la normatividad penal vigente, los que dan paso a nuestra investigación, esta con el objetivo de determinar si los tocamientos corporales no consentidos, anteriormente mencionados son una configuración del tipo penal de acto sexual violento consagrado en el Artículo 206 del Código Penal, o por el contrario, configuraran el tipo de injuria por vía de hecho, tipificado en el Artículo 220 de la misma normatividad.

Por lo tanto, las decisiones tomadas por la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores y los Juzgados son la base de este proceso investigativo, adhiriéndole igualmente los conceptos desarrollados por la doctrina en cuanto a la materia objeto de análisis.

De este proceso, se han arrojado diferentes conclusiones, encaminadas a afirmar que la finalidad del sistema punitivo ha dejado de ser la rehabilitación del ciudadano infractor y por el contrario se ha convertido en un medio para la expresión de la ira y el resentimiento social; por lo tanto, las decisiones de los operadores jurídicos deberán ser el ser el reflejo de la realidad social desde un punto objetivo y lógico para así poder lograr el verdadero objetivo de un sistema penal.

PALABRAS CLAVES

Acto sexual violento. Injuria por vía de hecho. Tocamientos corporales no consentidos.

ABSTRACT

In view of the deteriorating social fabric that our country has been suffering since long time ago, but with more marked and noticeable trends in recent years have been raised from different institutions with a series of questions all based on behaviors that have externalizing come citizens and its regulation in penal matters, conduct which increasingly become more degrading and more repetitive. The above are clearly reflected in the body touching without consent, carried out without violence as a means of intimidation capable people, females generally being the passive subject of the behavior. They are then those behaviors and an analysis of existing criminal laws, which give way to our research, this in order to determine whether the body touching without consent, above are a type settings violent criminal sexual act enshrined in Article 206 Penal Code, or otherwise, set the type of injury by way of fact, established in article 220 of the same regulations.

Los autores son estudiantes de octavo semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Buenaventura y pertenecen al Semillero de Derecho Penal Moderno, orientado por el Docente Investigador César Alejandro Osorio Moreno; con una ponencia inspirada en esta investigación participaron en el III encuentro de la Red Socio jurídica Nodo Antioquia, 2010.

Therefore, the decisions of the Supreme Court, High Courts and the Courts are the basis of this research process, adhering also the concepts developed in the literature on the subject matter of analysis. In this process, have yielded different conclusions, intended to affirm that the purpose of punitive system is no longer the citizen offender rehabilitation and instead has become a medium for the expression of social anger and resentment, for Therefore, the decisions of legal operators should be the be the reflection of social reality from an objective and logical point so you can achieve the true goal of a criminal.

KEY WORDS

Violent sexual act, Injury by way of fact, Physical touching without consent.

Introducción

Este artículo aborda una situación social que por sus ya repetidas ocurrencias ha logrado generar una diversidad de posiciones en todos los ámbitos de población. Dichas posiciones, se ven divididas al tratar de identificar que clase de regulación o de tratamiento se le deberá dar desde el ámbito penal, a aquellos ciudadanos que sin hacer uso de la violencia como medio de intimidación, están realizando tocamientos no consentidos en personas con plena capacidad para resistir; situaciones que en la mayoría de las ocasiones han victimizado el sexo femenino.

Dichos comportamientos han puesto a la justicia en una paradoja en cuanto a la aplicación de la norma adecuada, ya que se les ha dificultado a los operadores judiciales determinar si tales conductas son típicas de acto sexual violento, o por el contrario configuran un acto de injuria por vía de hecho. Es en estas decisiones, unas acertadas, otras no tanto donde se ve reflejada la conciencia de punibilidad que los diferentes sectores de la sociedad han planteado y que se ven materializadas en las constantes reformas normativas al sistema penal. Estas constantes modificaciones dan a entender que la finalidad de la pena ha dejado ser la rehabilitación del ciudadano infractor. "Las leyes que regulan las condenas penales ya no se ajustan a ideas correccionalistas tales como la indeterminación y la liberación anticipada. Y las posibilidades rehabilitadoras de las medidas de la justicia penal rutinariamente se subordinan a otros objetivos penales, en particular, la retribución, la incapacitación, y la gestión del riesgo"[2]. El sistema penal en la actualidad esta siendo determinado por los intereses políticos y populistas que vuelven a involucrar la moral y el sentimiento público en las decisiones que al derecho conciernen. "Existe actualmente una corriente claramente populista en la política penal que denigra a las elites de expertos y profesionales y defiende la autoridad -de la gente-, del sentido común, de – volver a lo básico-. La voz dominante de la política criminal ya no es la del experto, o siquiera la del operador, sino la de la gente sufrida y mal atendida especialmente la voz de – la víctima- y de los temerosos y ansiosos miembros del público"[3].

Es evidente entonces, que el retorno de la figura de la víctima al proceso ha sido determinante en las decisiones que los jueces han tomado desde ese entonces, su particular situación busca generar en el operador una especie de lástima que lo aleja de lo objetivo e imparcial que debe ser en su actuar, situación que desvirtúa la estabilidad de un sistema penal de corte acusatoria que busca primordialmente la igualdad entre el ente acusador y el acusado, donde la víctima formalmente es un tercero especial que actúa por medio de la Fiscalía, mas no otra parte que acusa. Su actuar en los procesos muchas veces ha hecho retornar a la justicia a aquellos tiempos en los que la moral y el derecho eran uno solo, donde los juicios eran basados en sentimientos sociales, en paradigmas de conducta y actuar, en estereotipos de buenos o malos ciudadanos, donde el que erraba en su actuación debía ser cruelmente castigado sin posibilidades de explicar el porque de su conducta. En el tema objeto de este artículo vemos como una conducta que sin lugar a dudas es degradante para quien la padece puede ser castigada severamente con una tipificación errada, ya que la "sed de justicia" promulgada por nuestra sociedad ha llevado a los operadores ha descontextualizar el supuesto de hecho que el Código plantea para dar cabida en

2. GARLAND. David. La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea. Trad.: SOZZO, M. Barcelona: Ed. Gedisa, 2005. Pág. 42.
3. Ibídem. Pág. 49.

en estos a conductas cuando son objeto de un análisis objetivo e imparcial no son procedentes a dicha conducta penal.

Tocamientos corporales no consentidos.

Los tocamientos como eje central de la controversia planteada han sido catalogados muchas veces como una configuración del acto sexual violento, delito tipificado por la normatividad penal en el Capítulo dedicado a los delitos contra la libertad, integridad y formaciones sexuales.

La Doctrina ha definido un de manera amplia la libertad sexual, y se han entendido así: "Los delitos contra la libertad sexual son aquellas infracciones en que la acción típica consiste en actos positivos de lubricidad ejecutados en el cuerpo del sujeto pasivo, o que a éste se le hacen ejecutar, y que ponen en peligro o dañan su libertad o su seguridad sexuales siendo estos los bienes jurídicos objeto específico de la tutela penal"[4].

Como ya se había mencionado en el acto sexual violento se encuentra consagrado en el Artículo 206 del Código Penal, el cual reza: "El que realice en otra persona acto sexual diverso al acceso carnal mediante violencia, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses".

Considerando para tal acto la violencia efectiva como aquella ejercida y valga la redundancia mediante violencia física o moral sobre el sujeto pasivo. La violencia física es la fuerza o energía material desplegada por el autor del punible o un tercero sobre el sujeto pasivo ya que siempre debe recaer sobre él, influyendo sobre su libertad física en forma precisa, continuada, suficiente y eficaz (capaz de vencer o eliminar la voluntad o resistencia de la víctima); en consecuencia, debe ser seria, real, persistente, efectiva de tal forma que impida, doblegue o rinda la resistencia de la víctima y constituya la causa directa e inmediata del acto. La violencia moral no necesariamente será irresistible, se mide es por la eficacia para doblegar la voluntad de la víctima, pero no se requiere resistenciaseria y constante de esta. Lo que si debe exigirse es que el temor siempre debe ser racional y fundado.

Considerando para tal acto la violencia efectiva como aquella ejercida y valga la redundancia mediante violencia física o moral sobre el sujeto pasivo. La violencia física es la fuerza o energía material desplegada por el autor del punible o un tercero sobre el sujeto pasivo ya que siempre debe recaer sobre él, influyendo sobre su libertad física en forma precisa, continuada, suficiente y eficaz (capaz de vencer o eliminar la voluntad o resistencia de la víctima); en consecuencia, debe ser seria, real, persistente, efectiva de tal forma que impida, doblegue o rinda la resistencia de la víctima y constituya la causa directa e inmediata del acto. La violencia moral no necesariamente será irresistible, se mide es por la eficacia para doblegar la voluntad de la víctima, pero no se requiere resistencia seria y constante de esta. Lo que si debe exigirse es que el temor siempre debe ser racional y fundado.

Por otro lado, es también claro que los tocamientos han sido catalogados como conductas configurativas del tipo penal de injuria por vía de hecho. De igual manera la doctrina ha hecho alusión a esta temática aunque no de manera tan amplia y exacta.

"El honor como bien jurídico protegido será el derecho que poseen todos los ciudadanos por igual a disfrutar del aprecio de los demás y de si mismos, sin verse sometidos a actos de menosprecio originados en sus opciones vitales"[5]. Esto es, que todo ciudadano por su condición inherente de ser persona, de ser racional merece un mínimo de respeto que no puede desconocerse ni mucho menos quitarse.

"La injuria consiste en emitir una expresión o realizar una acción que lesione la dignidad de otra persona, pero cabe aclarar, que no toda acción lesiva de la dignidad configurará el tipo de injuria, sino solo aquellos que afecten

4. GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. De los delitos sexuales en general. En: el delito sexual-el aborto. Estudios de Derecho Penal Especial. Bogota: Editorial Jurídica Bolivariana, 1994. p. 9. 3. Ibídem. Pág. 49.
5. CARDENAL MURILLO/ SERRANO GONZALEZ DE MURILLO: Protección penal del honor. Civitas, Madrid. 1993. p. 34-38.

de modo especifico el derecho al respeto y al buen aprecio de la comunidad que configura el honor, derecho que pretende liberar a las personas del obstáculo que para su dignidad y libertad representan los juicios o acciones negativas susceptibles de originar el descrédito comunitario"[6].

En la actualidad, la legislación colombiana, específicamente el Código Penal en su Título V "Delitos contra la integridad moral", Capítulo Único "De la injuria y la calumnia"desarrolla en su artículo 220 el delito de injuria el cual reza: "El que haga a otra persona imputaciones deshonrosas, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de diez (10) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes."y en su Artículo 226 tipifica la injuria por vía de hecho realizada por aquel que agravie a otra persona.

De acuerdo a los anteriores conceptos se plantea nuevamente el cuestionamiento de si ¿serán los tocamientos corporales no consentidos, realizados sin violencia y en persona capaz una configuración del tipo penal de acto sexual violento consagrado en el Artículo 206 del Código Penal, o por el contrario, configuraran el tipo de injuria por vía de hecho, tipificado en el Artículo 220 de la misma normatividad?

Las actuaciones a las que no hemos venido refiriendo se vieron materializadas en el caso de Diana Marcela Díaz González; quien en la mañana del 10 de junio del 2005, caminaba por un sendero peatonal de la Calle 97 con avenida Suba, cuando el joven Víctor Alfonso García quien se desplazaba en bicicleta, luego de medio detenerla y apoyar una pierna en el piso, le tocó los glúteos y la vagina o posó una mano entre sus piernas y siguió su camino. Ante las voces de auxilio de la dama, quien tras el tocamiento se sintió empujada, perdió el equilibrio y hubo de apoyarse en una malla; el autor del hecho fue capturado unos metros más adelante por el agente bachiller de la Policía Nacional Yefry Alexander Arevalo que fungía como guía de tránsito en esos momentos.

La Fiscalía General de la Nación indicó que se procedía por el delito de acto sexual violento y descubrió como elementos probatorios los testimonios de la víctima y del policía auxiliar. En la audiencia de Juicio Oral realizada los días 21 de noviembre y 1º de diciembre el Juez pronunció sentencia absolutoria, sentencia que fue apelada dando lugar a la revocatoria del fallo, declarando así responsable al Señor García del delito de acto sexual violento y condenándolo a 48 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Tras la decisión del Tribunal, la defensa y el Ministerio Público presentaron sendos escritos de casación. La defensa formula dos cargos: en primer lugar un juicio viciado de nulidad debido a la violación del debido proceso pues los hechos no configuran un delito sino una contravención de policía, cuyo conocimiento no le está atribuido a ninguna autoridad judicial y en segundo lugar la violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho en la apreciación de la prueba, derivado de falso raciocinio respecto de los testimonios de Diana Marcela Díaz, Yefry Alexander Arévalo y Víctor Alfonso García. El Ministerio considera que la sentencia de segunda instancia viola de manera directa la ley sustancial, por indebida aplicación del artículo 206 del Código Penal que exige para la estructuración de la conducta que el acto sexual se ejecute mediante violencia, elemento que no se configura en la acción del acusado ya que este lo que hizo fue aprovechar que la víctima se hallaba desprevenida para realizar sin su consentimiento una acción de naturaleza sexual que, por lo mismo, no estuvo mediada ni por la fuerza física ni por la intimidación.

Nuevamente son fundamentales los análisis doctrinarios, que han planteado conceptos de gran valor, tales como:
La libertad sexual es antes que nada libertad, una faceta de ésta, y como tal, en expresión Kantiana, independencia de la voluntad, capacidad (de la persona) de determinarse espontáneamente. Este es el contenido esencial de la libertad sexual, expresado de forma compendiada, que se expande en varias direcciones: de una parte, engloba el derecho a escoger y practicar, en cada momento la opción sexual que más más le plazca, y ligado a el, el de utilizar y servirse del propio cuerpo en la esfera sexual; de otra el de elegir al "partenaire"con su consentimiento, y el de rechazar las proposiciones no deseadas[7].

6. LAURENZO COPELLO, Patricia. De los delitos contra el honor. Valencia. Editorial: Tirant lo blanch. 2002, p.129.
7. ORTS BERENGUER, Enrique. Delitos contra la libertad sexual. En: el bien jurídico protegido en los delitos contra la libertad sexual. Valencia, España. 1995. p.

Igualmente Norberto Bobbio, distingue entre libertad de querer o de voluntad (libertad positiva), y libertad de obrar (libertad negativa). Siendo la denominada positiva la autodeterminación, la misma que no es otra cosa que la situación en la que un sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, de tomar decisiones sin verse determinado por la voluntad de otros. Y la libertad de obrar o negativa la posibilidad de realizar u omitir el comportamiento que se tiene voluntad de efectuar o de omitir, sin que un tercero no autorizado interfiera en dicha realización u omisión.

La psicóloga Lillyam Restrepo Sánchez define el acto sexual violento en su Breviario de definiciones relacionadas con los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales así:

"Será un acto sexual violento el realizar en otra persona acto sexual diverso al acceso carnal mediante violencia. En lo que particularmente se refiere a la violencia, es de advertirse que esta debe dirigirse a vencer la resistencia del sujeto pasivo, y no solamente por excitación o por manifestación libidinosa; vale decir, debe ser empleada para superar los obstáculos que se interponen a la ejecución del acto. Los actos de que se trata son los hechos diversos del acceso carnal, dirigidos a excitar la propia concupiscencia hacia placeres carnales bajos por sí mismos o por las circunstancias en las cuales se trata de provocarlos, o también dirigidos a satisfacer tal concupiscencia.

El acto debe ser erótico, es decir, debe consistir en una acción lúbrica, como caricias encaminadas a satisfacer, momentáneamente y de manera incompleta, el apetito sexual. En esta expresión quedan comprendidos todos los actos de lujuria por medio de los cuales el sujeto activo busca la satisfacción, fisiológicamente incompleta, del apetito venéreo.

Aquí el elemento psicológico es el ánimo de lubricidad, es decir, el propósito de realizar un acto impulsado por el deseo lujurioso, sin llegar al coito, al acceso carnal. Sin ánimo libidinoso en el agente no puede existir este delito"[8].

Los magistrados han sentado posiciones que han ido direccionando y creando líneas en cuanto a las decisiones que llevan este tema inmerso; un claro ejemplo es la posición de Carlos Gaviria Díaz el cual expresa:

"(...)el bien jurídico protegido es la libertad sexual, criterio que parte del reconocimiento del carecer pluralista de la sociedad, en virtud del cual no resulta legitimo imponer una concepción especifica de la moral siendo deber del Estado sancionar las conductas que imposibiliten el libre ejercicio de la sexualidad, entendida esta de manera positiva, como el ejercicio de las potencialidades sexuales, y, en sentido negativo, como la prohibición par involucrar en un trato sexual a otro , sin su consentimiento"[9].

Con respecto a la injuria como posible delito a configurar cuando no se está en presencia de un acto sexual que tenga algún contenido violento, ya que como se ha reiterado en este trabajo, la falta de alguno de los elementos configurativos del tipo penal de acto sexual violento hace atípica la conducta, la doctrina ha definido la injuria conducta estrechamente relacionada con el derecho de orden constitucional Honor y por permeación con el derecho a la dignidad, derecho fundador del Estado Social de Derecho que nuestra Carta Constitucional promulga y que se ve inmerso en todos los bienes jurídicos que el sistema penal protege por ser un derecho inherente a cada ser humano como:

En palabras de Patricia Laurenzo Copello[10] "la injuria consiste en emitir una expresión o realizar una acción que lesione la dignidad de otra persona".

8. http://doliresa.iespana.es/index-19.html.
9. Corte Constitucional. C 285 del 5 de Junio de 1997. MP Carlos Gaviria Díaz. En: Revista de Derecho Penal. No. 4 (Dic. 1997-Ene. 1998) Bogota: Editorial Leyer, 1998, p.222.
10. Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de La Laguna (España).

"Por lo tanto una expresión, o acción serán típicas del delito de injuria cuando por sus características objetivas, las circunstancias en las que produce y los criterios sociales imperantes, pueda considerarse adecuada para afectar la fama o atentar contra la propia estimación de otra persona"[11].

La posición que la Corte Constitucional sentó frente al caso expuesto fue la siguiente:

La Corte analizó el comportamiento juzgado conforme a lo descrito 206 del Código Penal, el cual define entre los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual al acto sexual violento.

Por violencia, para efectos del delito que ocupa la atención de la Sala; la Corte entendió esta como la fuerza, el constreñimiento, la presión física o psíquica –intimidación o amenaza- que el agente despliega sobre la víctima para hacer desaparecer o reducir sus posibilidades de oposición o resistencia a la agresión que ejecuta.

Frente a la relación causal para la Corte es claro que el acto sexual violento se debe realizar "mediante violencia", vale decir, la presión media, intercede. Sin violencia pues no se configurará el acto sexual violento.

En cuanto a la dualidad acción-oposición la Sala dijo que si la violencia es utilizada para vencer la resistencia de la víctima, por regla general ante el asalto tiene que haber una respuesta negativa de la víctima, es decir, en palabras de Carlos Suárez Rodrigues, entre agresor y agredido debe mediar una lucha.

En lo correspondiente a la duración de la agresión expone que la naturaleza de los bienes jurídicos tutelados la libertad, la integridad y la formación sexuales-, vista frente a la naturaleza de las cosas, permite inferir que un "ataque"rápido, vivaz, apresurado, ligero, no cercena con potencia, es decir, sustancial, materialmente, la facultad de escoger comportamientos en temas sexuales, no desintegra el bagaje sexual que pueda tener una persona de 26 años de edad, edad que tenía la víctima para ese entonces.

Con respecto a la sorpresa diferencia entre violencia y sorpresa y aclara que a pesar de haber sorpresas violentas frente a un ataque conformado exclusivamente por la sorpresa no es posible hablar de acto sexual violento.

Resultados Parciales

Se ve como con el pasar de los años los intentos de expresar la ira y el resentimiento público se han convertido en un tema frecuente de la retórica que acompaña la legislación y la toma de decisiones en materia penal.

"El lenguaje de la condena y el castigo ha retornado al discurso oficial y lo que se presenta como la- expresión del sentimiento público- a menudo se ha impuesto a los pareceres profesionales de los expertos de la penología"[12]

La protección de los bienes jurídicos ha tenido un proceso evolutivo relevante en cuanto a la denominación y configuración de los tipos penales en cuestión. En nuestro país por ejemplo, el código penal de 1837 contenía en su libro cuarto, denominado de los delitos y culpas contra las personas, los tipos penales de raptos, fuerzas, violencia, adulterio y estupro alevoso. El Código de 1890 en su capítulo noveno tipifica el adulterio, el estupro alevoso y la seducción. El proyecto de 1974 hizo alusión a los delitos contra la disponibilidad y el pudor sexuales. El proyecto de 1978 se refiere a los delitos contra la inviolabilidad y el pudor sexual. A lo largo del siglo XX y comienzos del siglo XXI estos delitos han tenido diversas denominaciones: "delitos contra la libertad y el honor sexual""delitos contra la libertad y el pudor sexual", "delitos contra la libertad sexual y la dignidad humana" y actualmente se denominan "delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales".

11. LAURENZO COPELLO, Op. cit., p. 130.
12. Ob. Cit. GARLAND, David. Pág. 44.

Conclusiones

Para que exista violencia como tal, debe desplegarse algún tipo de fuerza (por parte del sujeto activo), ya bien –física o moral- dirigida a extinguir o a reducir la capacidad defensiva del sujeto pasivo. Lo que no ocurrió en el caso concreto. Además debe mediar reacción alguna por parte del sujeto pasivo encaminada a frenar la acción del sujeto activo para poder hablar de agresión sexual, porque de no ser así, no puede configurarse el mínimo de permanencia necesario de la agresión para poder suponer siquiera, que el bien jurídico estuvo en riesgo por lo menos en algún momento.

La adecuación típica correcta a manera de hipótesis, consistente en realizar tocamientos fugaces e inesperados en las partes íntimas del cuerpo de una persona capaz sin su consentimiento es, sin duda, un acto reprochable, sea que se realice súbitamente en vía pública o en el servicio del transporte masivo o aprovechando las conglomeraciones humanas, pero no constituye actualmente un delito contra la libertad, integridad y formación sexuales que consagra el título IV de la Ley 599 del 2000; objetivamente lo que constituye es el delito de injuria, concretamente en su modalidad injuria por vía de hecho, contenida esta injuria en el Artículo 220 y la última en el Artículo 226 de la misma Ley.

El caso en cuestión nos ubica frente a un dilema del cual se ha ocupado ampliamente la filosofía del derecho desde tiempos inmemoriales y que aun se discute en amplias esferas; este dilema, el cual es la distinción que existe entre Moral y Derecho, ha generado uno de los debates más álgidos del pensamiento contemporáneo. Lo controvertido de este debate, en el cual han participado personajes como Kant, Hart y Kelsen entre otros, ha consistido en argumentar si estos dos conceptos son totalmente independientes como sugirió Kelsen en su teoría del derecho o dependen uno del otro. A nuestro criterio el derecho es integrado por el orden moral, sin desconocer, la necesidad que existe de establecer unos límites entre la norma jurídica y la puramente moral.

Referencias Bibliográficas

CARDENAL MURILLO/ SERRANO GONZALEZ DE MURILLO: Protección penal del honor. Civitas, Madrid. 1993.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 285 del 5 de Junio de 1997. MP Carlos Gaviria Díaz.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Casación No. 25.743

GARLAND. David. La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea. Trad.: SOZZO, M. Barcelona: Ed. Gedisa, 2005.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. De los delitos sexuales en general. En: el delito sexual-el aborto. Estudios de Derecho Penal Especial. Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana, 1994.

ORTS BERENGUER, Enrique. Delitos contra la libertad sexual. En: el bien jurídico protegido en los delitos contra la libertad sexual. Valencia, España. 1995.

LAURENZO COPELLO, Patricia. De los delitos contra el honor. Valencia. Editorial: Tirant lo blanch. 2002.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho Penal, parte general. Ed. Temis. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1997.

http://doliresa.iespana.es/index-19.html

Artículos

¿Hacen Falta Penas MÁS DURAS EN COLOMBIA?

por

Yesenia Echavarria Zapata*

Luis Eduardo Pelaez Jaramillo*

"El silencio de los muros de la cárcel hace más escabroso saber que el hombre necesita del dolor del otro para mostrar resultados al sistema"

RESUMEN

Este artículo abordará de forma crítica y constructiva la realidad del contexto Jurídico colombiano bajo el interrogante de incrementar las penas o no, con la justificación de buscar la disminución de la criminalidad. Para ello se sustenta en la tarea constante del Semillero de Derecho Penitenciario por incorporar líneas investigativas respecto al sistema penal y su ejecución. Por esta razón, realizar un estudio crítico frente al fenómeno que padece la legislación colombiana, permite dar ese aporte académico como guía para mejorar las medidas implementadas por la política criminal colombiana, ya que estas se están convirtiendo en una constante restricción al derecho a la libertad. Basándose en el estudio de dos campos de acción, el primero desde un aspecto jurídico con relación a reflexión normativa y como segundo un campo social enmarcado a la introversión de la sociedad.

Este artículo tendrá en cuenta que las normas de carácter penal en Colombia han ido en aumento constante, al igual que la sanción que conciben, han incrementado en un intento de mantener una seguridad en los ciudadanos y dar resultados al sistema estatal, en este nivel de acuerdo a lo señalado hasta aquí, algunos interrogantes que orientan esta investigación son: ¿Cuál es el soporte para el aumento progresivo de la pena privativa de la libertad en Colombia? ¿Las reformas al sistema penal colombiano han sido eficaces en su ejecución? ¿Qué otras reformas se ven a futuro en el sistema penal colombiano? ¿Por qué es tan progresivo el aumento de penas y de sanciones a las respectivas conductas? ¿Realmente será eficaz y efectivo, el hecho de ver como se incrementan las penas frente a una conducta específica y que paradójicamente el índice de delincuencia suele aumentar en lugar de disminuir como se pretendía? y ¿Cabe la cadena perpetua en nuestro Estado?

PALABRAS CLAVES

Cadena perpetua, Criminalidad, eficacia, investigación, legislación, sistema penal,

ABSTRACT

This paper will raise the reality of the Colombian legal framework in a critical and constructive way under the question of increasing the punishment or no, with the justification of looking for the decrease of crimes. This is based on the ongoing task of "Semillero de Derecho Penitenciario"to incorporate the penal system and the criminal enforcement as an area of investigation. For this reason, a critical study of the phenomenon that the

**YESENIA ECHAVARRIA ZAPATA, Estudiante de Derecho de la Universidad de San Buenaventura, Miembro del Semillero de Penal Moderno, Miembro del Semillero de Derecho Penitenciario, Miembro del Observatorio de Derechos Humanos del EPMSC de Medellín-Bello "Bellavista", Reconocimiento a la Excelencia Investigativa Guillermo de Occam, entregado por la Universidad de San Buenaventura.*

**LUIS EDUARDO PELAEZ JARAMILLO, Estudiante de Derecho de la Universidad de Antioquia, Miembro del Semillero de Derecho Penitenciario, Vicepresidente de la Corporación de Atención Jurídica Penitenciaria, Miembro del Observatorio de Derechos Humanos del EPMSC de Medellín-Bello "Bellavista", Reconocimiento a la Excelencia Investigativa Guillermo de Occam, entregado por la Universidad de San Buenaventura y Distinción "Espíritu Universitario" entregada por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.*

**NOTA: Este artículo recoge los principales elementos de la ponencia que con el mismo título fue elaborada dentro del Semillero de Derecho Penitenciario (www.derechopenitenciario.org) que dirige el Prof. Dr. Juan David Posada Segura (www.posadasegura.org) y fue presentada el III Encuentro de la Red Socio-jurídica Nodo Antioquia.*

Colombian legislation is suffering makes possible an academic contribution as a guide to improve the implemented measures by the Colombian criminal policy, as these are becoming in a constant restriction of the right to liberty. The study is based on two fields of action, the first one from a legal aspect in connection with the normative reflection and the second one from a social aspect in connection with the introversion of the society.

This paper will take into account that the criminal rules in Colombia have been increasing constantly at the same time with their punishments. They have increased in an attempt to keep a security for the citizens and to provide results to the state system. According to the findings so far, at this level some questions which guide this research are: What is the argument for the progressive increase of the custodial sentence in Colombia? Have been effective the Colombian criminal law reforms in their execution? What further reforms could have in the Colombian criminal law system? Why the increased of punishments in the rules is pretty progressive? Will the fact of increasing the punishments in the rules really be efficient and effective, and, paradoxically, the crime rate tends to increase instead of to decrease? And is it possible the life imprisonment in our State?

KEY WORDS

Life imprisonment, crime, efficacy, research, legislation, penal system

A modo de Introducción

Hoy Colombia debe hacerse la misma pregunta antes de incorporar a su política criminal la cadena perpetua, ya que en los últimos meses autoridades políticas y "propagandistas"[2] han tratado este tema con emociones y dolor censurado, frente a este contexto es deber de los académicos ponerse en la tarea de incorporarle seriedad al debate social y formar unas bases para ayudar a los ciudadanos a conocer el panorama penitenciario.

Con respecto a lo anterior podemos establecer unas preguntas guías para enlazar la respuesta al interrogante social, las cuales son; ¿Cabe la cadena perpetua en nuestro Estado Social de Derecho?, ¿Es realmente necesario endurecer aun más nuestras leyes penales? ¿Qué se está haciendo con las víctimas de los delitos? ¿Bajo el supuesto de entrada en vigor de la cadena perpetua que supuestos se pueden tener en nuestro ordenamiento jurídico?

Actualmente, en la legislación colombiana se está dando un fenómeno de carácter criminalizador; los bienes jurídicos entendiéndose como esos valores sociales que son tan importantes para una sociedad y que por ello alcanzan un rango normativo para ser protegidos, valores como la vida, la salud, la seguridad social, que son de gran importancia dentro de la sociedad, por ello necesitan garantía de estar protegidos por la ley. Según este fenómeno sólo el aumento de las penas es lo que garantiza dicha protección o en un sentido estricto es el "Derecho a la seguridad"[3], con relación a lo anterior, es muy frecuente que se fundamenten en criterios o fuentes de carácter formal y legal bajo una interpretación de ''paranoia'' y hacer que los ciudadanos vuelvan su miedo un "Populismo Punitivo"[4] enfocado en hacer una conducta particular un miedo general con el argumento de la protección de bienes jurídicos fundamentales, frente a esto el académico Eduardo Ángel, Russo sostiene su tesis en que "En la misma declaración de Derechos Humanos, en los considerandos 2 y 5, se estima esencial que los Derechos Humanos (entre los que están comprendidos el trabajo, la seguridad social, un nivel de vida adecuado, la educación, debe establecerse un orden social en el que los derechos y las libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente **efectivos**[5] Igualmente, los derechos humanos deben ser protegidos por un régimen de derecho, cuyos estados miembros aseguren el respecto universal y **efectivo**[6] a los derechos y

2. ZAFARONI, Eugenio, 1989, p. 136, (Se refiere Zafaroni a todos los medios de comunicación que, según él, especialmente la televisión, son indispensables para el ejercicio del poder de todo el sistema penal, por lo que también puede decirse que forman parte de él (Zafaroni, 2001:33). citado en CONCHEIRO, María, Teresa. Para acabar con la prisión: la Mediación en el Derecho Penal, Justicia de Proximidad. Barcelona: Icaria, S.A 2006.
3. Ibíd., p. 12.
4. RIVERA BEIRAS, Iñaki, POSADA SEGURA, Juan David y otros. El populismo punitivo. Barcelona: Critéria, sccl, 2005. P.175.
5. El sub-rayado y la negrilla es resalto de los autores del presente escrito.
6. El sub-rayado y la negrilla es resalto de los autores del presente escrito.

y libertades fundamentales del hombre"[7]. En esta perspectiva, la normatividad Colombiana ha sostenido una efectividad real de estos derechos desde su vulnerabilidad y bajo el entendido equivoco de utilizar la herramienta de la sanción penal, la privación de la libertad encaminada a la seguridad del bien jurídico y no por el contrario de su efectividad material, es decir de su reconocimiento de derecho fundamental permanente, sostenible y universal, para cada sujeto de derechos y obligaciones del Estado Colombiano.

Lo ideal es tener en cuenta que del criterio de cumplimiento material o efectivo del bien jurídico "del derecho subjetivo" es mucho más importante éste, que el fundamento formal y que aun en ausencia de éste, existe una fundamentación sostenible por fuera de la norma, ya que el criterio material no sale de la norma sino de la misma creación del Estado Social de Derecho, lo que ratifica que al bien jurídico de cualidad constitucional no le conviene tener una protección penal sino un desarrollo de políticas públicas encaminadas al real goce material de estos derechos.

Retomando el concepto de control social, para enmarcar el aumento de las penas como un presupuesto de ello encontramos que Fernando Velásquez clasifica este concepto en un aspecto "informal y formal"[8] haciendo referencia el primero a parámetros establecidos sin necesidad de ser positivisados para ser obedecidos y respetados, con el fin de la armonía de la sociedad. Es decir toda injerencia que haya por parte de la comunidad (de forma lícita) sobre el individuo, y sin contar con su formalidad se visualiza dentro de la comunidad la consecuencia e implicaciones. Por contrario el control social 'formal' que de entrada señala los parámetros de prohibición y sus consecuencias, como lo es el derecho penal, establece un medio institucionalizado de represión para controlar conductas que la sociedad contemporánea establezca como "delito"[9] y la "sanción"construido para el incumplimiento de la norma.

En resumen es evidente una vez más que no es garantía, el hecho de tener expansiva normatividad sobre la mayoría de las posibles conductas que pueden afectar la armonía de la sociedad y además enfocadas a fines incoherentes que nunca ha proclamado el derecho penal. El derecho penal no está llamado a proteger ningún sentimiento, ni siquiera el sentimiento de inseguridad que genere una aplicación preventiva de la pena privativa de la libertad. Y por esta razón es pertinente reflexionar en Colombia sobre: ¿Realmente será eficaz y efectivo, el hecho de ver como se incrementan las penas frente a una conducta específica y que paradójicamente el índice de delincuencia suela aumentar en lugar de disminuir como se pretendía?, acaso esta realidad no nos muestra que se deben implementar otras medidas o quizás una frase de Sandro Baratta que retoma Teresa Sánchez nos sirva como punto de partida "Queremos ser defensores del orden o guardianes **efectivos**[10] de los Derechos Humanos"[11].

¿Cabe la cadena perpetua en nuestro Estado Social de Derecho?

En la respuesta a esta pregunta se hará un cuadro comparativo desde la viabilidad de la ejecución de la cadena perpetua, teniendo como marco la estructura del Estado Social de Derecho, y analizando en su parte inicial la existencia hoy de esta pena de privación de libertad perpetua.

Presupuesto

Frente a este interrogante podemos abordar en principio la existencia de esta pena y preguntarnos al respecto ¿En Colombia existe cadena perpetua?, si observamos nuestro ordenamiento jurídico de manera rápida encontraremos que no hay ninguna norma que consagra esta pena taxativamente, sin embargo que no exista

7. CONCHEIRO, Maria. Teresa. Para Acabar con la Prisión: la Mediación en el Derecho Penal justicia de Proximidad, Barcelona: Icaria, S.A. 2006.
8. VELAZQUEZ. V, Fernando. Derecho Penal: Parte General. Cuarta Edicion ed. Medellin: Comlibros y CIA LTDA. 2009. p. 9. Esta clasificación se retoma de Garelli: " Control Social", p. 368.
9. La pena es un instrumento de control social, por la reacción social y estatal frente al delito, de modo que son fines primordiales en ella la prevención y con ello la persuasión a no cometer la conducta prohibida.
10. La palabra efectivos es agregada por los autores del presente escrito para darle un significado de cumplimiento material a los derechos humanos.
11. CONCHEIRO, Maria Teresa. Op. Cit. p. 85.

en el documento jurídico, no significa que en la realidad al comparar otras situaciones no nos demos cuenta del presupuesto que defenderemos en este escrito a través de tres sostenibilidades fácticas las cuales serán nuestro argumento del presupuesto que en Colombia si existe cadena perpetua.

Sostenibilidad uno frente al presupuesto: Pena Máxima

Se observa que en cuanto a la intensidad y cantidad de las penas que impone la política criminal, ante todo consagra la Constitución Política de Colombia en su artículo 11 que el derecho a la vida es inviolable. De manera tacita dice no habrá pena de muerte, lo que da entender que el Estado puede acudir a las sanciones penales para proteger a los ciudadanos que conforman la sociedad, teniendo en cuenta que no podrá afectar la vida del delincuente. La exclusión de sanciones penales crueles, inhumanas o degradantes guía a que el Estado sí puede acudir a la intimidación de las penas privativas de la libertad, sin llegar a ser de tratos inhumanos. Analizando que hoy en nuestro ordenamiento jurídico tenemos una pena máxima de 60 años[12], la cual puede moldearse para que no se obtengan beneficios tanto administrativos como de tratamiento se puede concluir muy rápidamente que un hombre o mujer podría estar encerrado por 60 años en un Centro penitenciario y Carcelario del país, y que sin duda no podríamos concluir en esta primera parte que a 60 "añitos" sea una consideración de una cadena perpetua, es decir acaso estar encerrado 60 años, o 720 meses, o 21,600 días es muy poco. Pues así la sociedad Colombiana hoy lo ha determinado ya que, las autoridades "propagandistas"[13] nacionales han avocado este tema político tomando provecho de situaciones de miedo general y que el contexto colombiano vive hoy una fragmentación social que utiliza para enmarcar un estado de opinión en el cual se incremente las penas bajo un sentido popular, y no racional o quizás tampoco humano de este tipo de incremento de represión frente al dolor del otro.

Sostenibilidad dos frente al presupuesto: Fragmentación Social

Este sustento es la viabilidad social que han obtenido las autoridades "propagandistas"[14] y políticas para situar el aumento del poder punitivo en una necesidad de carácter general, es decir una sociedad en la cual la vida digna que es el derecho por excelencia máximo de un Estado Social de Derecho debe ser garantizado, hoy en Colombia es simplemente una expectativa que cada persona en cualquier momento le pueden arrebatar, frente a ese parámetro, la vida no encuentra hoy un soporte o base de garantía, por esta razón la libertad se moldea como un derecho que puede ser arrebatado por el estado para toda la vida y cuando se quita la libertad de paso en Colombia como lo ha manifestado la Corte Constitucional[15] se restringen inmediatamente todos los derechos fundamentales consagrados en la carta política, bajo la figura de las "Relaciones Especiales de Sujeción"[16].

Sostenibilidad tres frente al presupuesto: Esperanza de Vida

Esta parte de la sostenibilidad fáctica se refiere a la esperanza de vida que probablemente tiene un colombiano al momento de nacer, que según el DANE, en el censo del año 2005 era de 70.20 años para hombres y 77.11 para mujeres (ver grafica 1), en los últimas noticias[17] el DANE ha revelado que esta cifra ha aumentado a 4 años más en lo que respecta al 2010.

12. La referencia de este dato es la ley 890 de 2004, que modifica y adiciona a la ley 599 de 2000. En el artículo 14 de ley 890 de 2004 establece "Las penas previstas en los tipos penales contenidos en la Parte Especial del Código Penal se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo." E incrementa a 60 años las conductas de los artículos 101,104, 135, 166, 170, y los artículos donde se agrave la conducta especifica.

13. ZAFARONI, Eugenio, Op Cit.

14. Ibíd.

15. Por primera vez en su Sentencia T-596-1992 y sosteniendo su precedente la Sentencias T-705 de 1996 y T-793 de 1998.

16. CESANO, Jose Daniel. La ejecución de la pena privativa de la libertad: una lectura desde la perspectiva del derecho internacional de los Derechos Humanos. Bogota: Grupo Editorialm Ibáñez, 2009, p. 59. En la cual Cesano deja entrever lo siguiente "La corte Constitucional no se ha desembarazado de esta teoria. En efecto las teorias de las relaciones especiales de sujecion en el contexto del ambito penitenciario fue utilizda por la corte por primera vez, en la sentencia T-596 de 1992. La doctrina fue definida "como las relaciones juridico administrativas caracterizadas por una duradera y efectiva insercion del administrado en la esfera organizativa de la administracion ,a resultas de la cual queda sometido a un regimen juridico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales, asi como de sus instituciones de garantia, de forma adecuada a los fines tipicos de cada relacion" paginas 60-61.

17. http://www.terra.com.co/actualidad/articulo/html/acu13611.htm, fecha de la Noticia: 29 de Julio de 2008, Fecha de Consulta: 06 de marzo de 2010, Hora: 04:17 pm.

CUADRO 1[18]

Además para hacer nuestro comparativo más exclusivo, la esperanza calculada en el Departamento de Antioquia es según el DANE para el año 2010 de 69,72 años para los hombres y 77,31 años para las mujeres, estableciendo un promedio de vida para la persona antioqueña de 73,41 años.

ESPERANZA DE VIDA AL NACER (AÑOS)			
PERIODO	HOMBRES	MUJERES	TOTAL
2005 - 2010	69,72	77,31	73,41
2010 - 2015	71,90	78,42	75,07
2015 - 2020	73,31	79,36	76,25[1]

CUADRO 2

Articulaciones de las sostenibilidades equivalen al presupuesto: ¡Si existe en Colombia cadena perpetua!

Frente a estas tres sostenibilidades fácticas se pueden tejer el presupuesto más remoto el cual es que una persona apenas cumpliendo sus 18 años cometa un delito donde el juez motivado por una fragmentación social sancionara con la pena máxima, sin beneficios de ningún tipo y que según la esperanza de vida revelada por el DANE, esta persona morirá en la Cárcel, aun bajo el ejemplo remoto según el cual se delinca inmediatamente tras cumplir los 18 años de edad y el proceso penal se desarrolle dentro de ese mismo año, se configuraría que en Colombia si existe cadena perpetua. Obviamente a mayor edad del sujeto activo, más fácilmente se confirmaría la prisión perpetua.

18. http://www.dane.gov.co/files/comunicados/Dia_mundial_poblacion.pdf. fecha: 25 de Marzo de 2010, Hora: 04:25 pm.

Ya que sólo tomando la variable más remota y sumándola con la pena máxima se tendrá una suma mayor a la esperanza de vida de una persona colombiana no sólo en esta época sino hasta el año 2020, según cifra del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). (Ver cuadro 3)

EDAD EN LA CUAL SE COMETE LA CONDUCTA	SANCIÓN MAXIMA	SUMA EDAD + SANCIÓN	PROBABILIDAD DE VIDA 2010 NACIONAL	PROBABILIDAD DE VIDA 2010- 2015 ANTIOQUIA	PROBABILIDAD DE VIDA 2015- 2020 ANTIOQUIA
18	60	18+60= 78	74	75	76
23	60	23+60= 83	74	75	76
25	60	25+60= 85	74	75	76
35	60	35+60= 95	74	75	76
40	60	40+60= 100	74	75	76

CUADRO 3

Como se puede observar claramente en el cuadro siempre la probabilidad de vida de una persona es más baja que la suma de su edad al cometer un delito con la pena máxima que le sea impuesta, llevando como presupuesto que hoy en Colombia si existe cadena perpetua ya que una persona si se puede quedar toda su vida encerrada porque el sistema así lo establece.

Teniendo en cuenta lo anterior, ya en Colombia tenemos privación de libertad perpetua en sentido material y no formal, ya que en sentido formal las bases del Estado Social de Derecho no podrían mencionarse como soporte del tal pena, porque iría contra de la garantía de vida digna y La Convención Americana de Derecho Humanos al consagrar en su artículo 5, apartado 6 "Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados"[20] en esta medida una pena que consagre la privación de libertad perpetua se configuraría un incumplimiento ha esta norma de carácter Constitucional la cual Colombia se obliga a través de sus reenvíos a tratados internacionales configurando el Bloque de Constitucionalidad.

¿Qué se está haciendo con las víctimas de los delitos?

Cuando se produce el aumento de las penas ¿Qué pasa con las víctimas?, ya que el aumento no responde a su dolor, por que cambiar sufrimiento por lo mismo no es acaso devolverse a la venganza o ser expiacionista, es decir las víctimas lo que necesitan es reducirlas a través de políticas públicas de prevención de delitos que les puedan vulnerar sus derecho y además otorgar garantías para que estos no sean perjudicados tanto por los particulares como por el Estado.

Las víctimas no necesitas endurecer las penas sino eficiente cumplimiento de las políticas programáticas de sus gobernantes y de su Estado Social de Derecho Proclamado en la Constitución Política de 1991.

20. CESANO, José Daniel. Op. Cit. p. 42.

ISSN: 2027 - 8993

A modo de Conclusión

"La ideología fatalista, inmovilizadora, que anima el discursos liberal anda suelta en el mundo. Con aires de posmodernidad, insiste en convencernos de que nada podemos hacer contra la realidad social que de histórica y cultural, para a ser o a tornarse "casi natural". Frases como "La realidad es justamente así "¿Qué podemos hacer?" o "El desempleo en el mundo es una fatalidad de fin de siglo" expresan bien el fatalismo de esta ideología y su indiscutible voluntad inmovilizadora"[21].

Ante la pregunta ¿Es realmente necesario endurecer aun más nuestras leyes penales? Se hace necesario reflexionar sobre el aumento de las penas, y cabe decir ¿Acaso el dolor que se le produce al otro ayuda a **controlar**, a dar **justicia** o **reivindicar** a las víctimas? Hoy se puede determinar que su aumento, aunque tenga ese espíritu emocional o populista, ha significado todo lo contrario. Es decir, el incremento o endurecimiento de las leyes penales ha provocado más descontrol, más injusticia y un afán de reparación a las víctimas, sin tener un resultado eficiente.

Pero abandonar el camino de aumento no es para dejar un status quo sino para avocar a ir disminuyendo la gravedad y el dolor en las penas sobre el otro, sobre la persona, sobre el ser humano, es decir, emprender el camino hacia el "Minimalismo". A buscar que la pena privativa de la libertad se convierta en algo mínimo y buscar otro camino hacia otro tipo de control social más humano o menos doloroso para el otro.

Así como lo manifiesta Louk Hulsman, "En el mundo, en casi todos los países del mundo, hay personas que creen que no debiera haber prisiones. Cuando digo prisiones no me refiero a lugares en los que las personas puedan estar privados de la libertad poco tiempo, cuando digo prisiones me refiero a un lugar para pasar un largo tiempo de castigo. Esta institución no hace mucho tiempo que existe, es un invento que tiene pocos siglos. Muchas personas piden justicia pero no prisión"[22]. Por esta razón el aumento de las leyes penales no tiene sentido es mejor minimizar la pena y construir caminos hacia la justicia que sean diferentes ya que la prisión en más de 200 años no ha respondido a esta exigencia social.

Nota: Exaltamos nuestros más sinceros agradecimientos a las personas e instituciones que con su ayuda permitieron que este texto fuera realizado.

Doctor, Juan David Posada Segura.

Douglas Stevenson Sosa Vanegas.

Semillero de Derecho Penitenciario.

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

Facultad de Derecho de la Universidad de San Buenaventura.

Dirección de Regionalización de la Universidad de Antioquia.

Espacio del Semillero de Derecho Penitenciario en la Región del Magdalena Medio sede Puerto Berrío.

21. FEIRER, Paulo. Pedagogía de la autonomía: saberes necesarios para la práctica educativa, Siglo veintiuno editores s.a de c.v, Primera edición 1997, Escrito esta primera parte en Sao Paulo, Septiembre de 1996.
22. Última conferencia de Louk Hulsman en la Argentina. En el marco del Programa UBA XXII: Universidad en la Cárcel, Op. Cit.

Referencias Bibliográficas

CONCHEIRO, Maria. Teresa. Para Acabar con la Prisión: la Mediación en el Derecho Penal justicia de Proximidad, Barcelona: Icaria, S.A. 2006

RIVERA BEIRAS, Iñaki, POSADA SEGURA Juan David y otros. 2005. El Populismo Punitivo. Barcelona : Criteria, sccl, 2005.

CESANO, José Daniel. La ejecución de la pena privativa de la libertad: una lectura desde la perspectiva del derecho internacional de los Derechos Humanos. Bogota: Grupo Editorial Ibáñez, 2009.

VELÁZQUEZ VELÁZQUEZ, Fernando. Derecho Penal: Parte General (Cuarta Edicion ed.). Medellin: Comlibros, 2009.

FEIRER, Paulo. Pedagogía de la autonomía: saberes necesarios para la práctica educativa, Siglo veintiuno editores s.a de c.v, Primera edición 1997, Escrito esta primera parte en Sao Paulo, Septiembre de 1996.

Normas

Ley 890 de 2004
Ley 599 de 2000
Constitucion Politica de Colombia 1991.

Jurisprudencia

Sentencia T-596-1992, Magistrado Ponente:
Sentencia T-705 de 1996, Magistrado Ponente:
Sentencia T-793 de 1998, Magistrado Ponente:

Cibergrafía

http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/homenajehulsman/abolicionismo-penal-y-deslegitimaciondel-sistema-carcel.pdf "Abolicionismo Penal y Deslegitimación del Sistema Carcelario", Fecha 15 de agosto de 2009,Hora: 5:00 pm.

http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/homenajehulsman/louk5.pdf, "En los albores de la criminología crítica. Entrevista a Louk Hulsman", Fecha: 15 agosto de 2009, Hora: 5:20 pm.

http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-11.pdf, "El derecho penal desde una evaluación critica". Fecha 15 de Agosto de 2009, hora: 5:25 pm.

http//: Homenaje al dr. Marino Barbero Santos : "in memorian" / coord. por Luis Alberto Arroyo Zapatero, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Vol. 1, 2001, ISBN 84-8427-139-0 , pags. 299-312, "Reflexiones sobre democracia yjusticia penal", Fecha: 16 de Agosto de 2009, Hora: 5:47 pm.

http://www.dane.gov.co/files/comunicados/Dia_mundial_poblacion.pdf. fecha: 25 de Marzo de 2010, Hora: 04:25 pm.

http://www.dane.gov.co/index.php?option=com_content&task=category&sectionid=16&id=496&Itemid=996, 25 de Marzo de 2010, Hora: 04:37 pm.

Artículos

DERECHOS DE AUTOR En Los Contratos De Trabajo

por

Liyer Andrea Jaramillo Herrera[1]

RESUMEN

En este artículo se trata de esbozar la regulación jurídica existente en cuanto a la titularidad de los derechos patrimoniales de autor de las obras realizadas en el marco de una relación laboral, evidenciando que no existe en la legislación colombiana una regulación expresa sobre el tema, que permita establecer claramente si el trabajador conserva los derechos patrimoniales sobre la obra o si estos se trasmiten automáticamente al empleador o es necesario cumplir la formalidad establecida en el artículo 183 de la ley 23 de 1982; de ahí que se muestren algunas de las posiciones que se encuentran sobre el tema.

PALABRAS CLAVES

Contrato de trabajo, derechos de autor, propiedad intelectual, transferencia de derechos patrimoniales de autor.

ABSTRACT

This article is an attempt to explain the regulation on the ownership of economic rights over the works created under an employment relationship, showing that there is no express regulation on the subject in Colombian law which allows to clearly establish if the worker retains the economic rights over his creations, if these rights are automatically transmitted to the employer or if it is necessary to comply with the formality established in Article 183 of Act 23 of 1982; which is why the author also presents some of the different positions on the matter.

KEY WORDS

Employment Contract, Copyright, Intellectual property, Transfer of economic rights.

Introducción

El derecho de autor y el derecho laboral, se interrelacionan en este trabajo para dar claridad a la situación de los derechos patrimoniales de autor de una obra que es realizada con motivo de la prestación del servicio en el marco de un contrato de trabajo.

Sobre los derechos morales no hay duda de que deben reconocerse siempre y que no pueden cederse. En cuanto a los derechos patrimoniales consistentes en el provecho económico que de la obra puede obtenerse, en principio pertenecen al autor de la obra, pero sí pueden ser transferidos a terceros. Pero cuando la obra es encargada por el empleador surge la duda de si dichos derechos se trasfieren al empleador de forma automática o si hay que realizar un acto formal de cesión de derechos del trabajador al empleador para tal fin.

Del problema planteado anteriormente surge la siguiente pregunta, ¿Quién es el titular de los derechos patrimoniales de autor sobre una obra realizada como prestación de servicio en un contrato laboral en el marco jurídico colombiano?

1. Estudiante de Noveno Semestre de Derecho de la Universidad de San Buenaventura, Facultad de Derecho, Seccional Medellín, integrante del semillero de Derecho Comercial y Propiedad Intelectual a cargo de la docente Carolina Mejía.

Para resolver esta pregunta analizamos la normatividad del derecho laboral, la normatividad del derecho de autor, la posición de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y de algunos autores.

1. Derecho de la Propiedad Intelectual

La propiedad intelectual comprende todas las producciones del intelecto humano, y está ligada al derecho de apropiación que se puede ejercer sobre ellas.

Son producciones del intelecto: esculturas, obras literarias, piezas musicales, los inventos, los videos, los circuitos integrados, programas de computador, obras científicas, los símbolos, los nombres, las imágenes y los dibujos, los modelos utilizados en el comercio y mucho más.

La propiedad intelectual se divide en dos categorías: la propiedad industrial, que incluye las patentes de invención, de dibujos y modelos de utilidad y de diseños industriales, así como las marcas, lemas, enseñas comerciales, nombres comerciales y denominaciones geográficas de origen; y el derecho de autor, que abarca las obras literarias y artísticas, tales como las novelas, los poemas y las obras de teatro, las películas, las obras musicales, las obras de arte, tales como los dibujos, pinturas, fotografías y esculturas, y los diseños arquitectónicos. Los derechos relacionados con el derecho de autor, también llamados conexos, son los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes sobre sus interpretaciones o ejecuciones, los derechos de los productores de fonogramas sobre sus grabaciones y los derechos de los organismos de radiodifusión sobre sus programas de radio y de televisión.

1.2. Qué es el derecho de autor

El derecho de autor se define como "un conjunto de normas que protegen los derechos subjetivos del creador de la obra, entendida ésta como la manifestación personal, original de la inteligencia expresada de forma tal que pueda ser perceptible"[2].

Puede decirse entonces que lo que se protege a través del derecho de autor es "toda clase de obra literaria, artística y científica realizada por un autor persona física y que se encuentra protegida por el solo hecho de la creación sin que importe en absoluto su calidad, temática destinación o finalidad y que debe ser una concreción material y real de una idea"[3].

El derecho de autor comprende dos tipos de derechos: los patrimoniales y los morales. Los primeros se desprenden de la facultad exclusiva de percibir remuneraciones o ingresos por la explotación económica de la obra. Facultad que puede constituir en la realización, autorización o prohibición de cualquier, utilización que se quiera hacer de la obra, como por ejemplo su reproducción, distribución pública o traducción. Estos derechos pueden ser transmitidos por acto entre vivos o por causa de muerte.

Los segundos, facultan al autor para reivindicar la paternidad de la obra; oponerse a la deformación, mutilación u otra modificación de la obra, los cuales tienen la característica de ser intransferibles, irrenunciables e imprescriptibles.

El derecho de autor es regulado en la normatividad colombiana por el Artículo 61 de la Constitución Política de Colombia, decisión Andina 351 de 1993, Código Civil, Artículo 671, Ley 23 de 1982, Ley 44 de 1993, Ley 599 de 2000 (Código Penal Colombiano),Título VIII, Ley 603 de 2000 Decreto 1360 de 1989 y Decreto 460 de 1995.

2. Concepto N. º 1-2004-21716 de diciembre 31 del 2004 de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, sobre presunción de transferencia del derecho patrimonial de autor.
3. RÍOS RUIZ, Wilson Rafael. La propiedad intelectual en la era de las tecnologías. Bogotá: Temis, 2009. P 58.

2. Derecho del Trabajo

Regulado en el art. 25 de la C.N, el cual establece que "el trabajo es un derecho y una obligación social y goza en todas sus modalidades, de la especial protección del estado. Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y justas"

El derecho al trabajo goza de una importancia singular dentro de una sociedad, debido a que permite el desarrollo de los pueblos económica y socialmente, les permite avanzar hacia la satisfacción de las necesidades humanas mínimas que devienen en el desarrollo de su dignidad, concepto fundamental dentro del estado social de derecho, del cual se desprende que el centro del estado es el ser humano y su dignidad.

El contrato de trabajo es un instrumento a través del cual se regula el ejercicio de las actividades que una persona desarrolla a favor de otra de la cual recibe una remuneración por el servicio prestado, el art. 22 del código sustantivo del trabajo lo define así: "contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración". De dicha definición se desprenden los requisitos esenciales de la relación laboral, los cuales son la prestación personal del servicio, subordinación y remuneración.

El objeto del contrato entonces es el servicio que la persona natural que es trabajador, presta en favor del empleador, bajo su dependencia, subordinación, vigilancia y control.

3. Propiedad Intelectual y Derecho Laboral

La propiedad intelectual y específicamente el derecho de autor no se encuentra alejado del derecho laboral, ya que con motivo de las relaciones laborales pueden encargarse al trabajador la realización de obras que son susceptibles de protección por medio de dicho sistema, por ejemplo la labor o función recomendada puede estar referida directamente a la creación de obras literarias, artísticas o científicas, y en general a obras intelectuales, según la actividad a la que se dedique la empresa y la labor que desempeñe el trabajador dentro de ésta.

En este sentido el trabajador que realiza la obra se convierte en un "autor asalariado"[4], los cuales son personas que realizan su labor de creación intelectual mediante una relación laboral recibiendo un salario por la realización de tareas dentro de las que se encuentran obras intelectuales.

De lo anterior surge la inquietud sobre la titularidad o propiedad de las obras realizadas por el trabajador con motivo de la relación laboral.

En la normatividad colombiana no se halla una regulación jurídica que haga referencia a ello, y genera una supuesta seguridad jurídica entre patrono y empleado, debido a que frecuentemente en el contrato laboral escrito se establecen cláusulas en las que se indica que todas las creaciones intelectuales que realice el trabajador dentro de las instalaciones de la empresa, este o no en horario laboral serán de propiedad del empleador, por lo cual podrían trabajador y empleador considerar que en el contrato de trabajo existe una cláusula que es válida y aún mas cuando es firmada por el trabajador donde acepta que efectivamente todas las creaciones intelectuales que se produzcan serán de el empleador; dichas clausulas se convierten en ineficaces[5].

3.1. Regulación jurídica de la transferencia de derechos patrimoniales en un contrato de trabajo

Dentro de la regulación laboral no encontramos normatividad que regule el tema de la transmisión de los derechos patrimoniales de autor de los trabajadores que realizan obras en relación al contrato de trabajo, sólo se

4. DELGADO PEÑA, Pablo Andrés. Propiedad Intelectual y Derecho Laboral: transmisión de los derechos patrimoniales derivados de la creación de obras intelectuales por parte de los trabajadores asalariados en Colombia y España. En: temas socio jurídico. Vol. 23, N. º 48(JULIO. 2005) p. 168.
5. Ibid., p. 168.

encuentra regulada la parte del secreto empresarial y la reserva de la información que deben guardar los trabajadores, tales como el art. 56 del C.S.T obligación de obediencia y fidelidad del empleador frente al patrono, art. 58 N·2 del C.S.T, obligación del trabajador de no divulgar a terceros información sobre su trabajo, especialmente las que sean de naturaleza reservada, el art. 62 literal a numeral 8 del C.S.T es justa causa para terminar el contrato por parte del empleador, que el trabajador revele los secretos técnicos o comerciales o de a conocer asuntos de carácter reservado con perjuicio para la empresa.

En cuanto a la normatividad de la propiedad intelectual, encontramos frente a las invenciones laborales una regulación expresa en el art 539 Código de Comercio, el cual establece que "Salvo estipulación en contrario, la invención realizada por el trabajador o mandatario contratado para investigar pertenece al patrono o mandante. La misma regla se aplica cuando el trabajador no haya sido contratado para investigar, si la invención la realiza mediante datos o medios conocidos o utilizados en razón de la labor desempeñada...", en concordancia con la decisión 486 del 2000 de la Comunidad Andina de Naciones.

Mientras que en el ámbito de los derechos de autor no se encuentra un desarrollo expreso frente a la situación planteada, ya que aunque la ley 23 de 1982 regula la transmisión de los derechos de autor, solo se refiere al caso en el cual se realizan obras con motivo de una relación laboral cuando dichas obras sean colectivas, esto es en el art. 92 de la ley 23 de 1982, y dice que de no ser posible establecer el aporte de cada uno, será titular de los derechos de autor la entidad o persona jurídica por cuya cuenta y riesgo se realizan, pero no contempla el caso del trabajador que individualmente realiza una obra.

En general la ley citada establece en el art. 183 que habla de la transmisión del derecho de autor, que todo acto de enajenación de los derechos de autor sea parcial o total, debe constar por escritura pública, o en documento privado reconocido ante notario, instrumentos que para tener validez ante terceros deberán ser registrados en la oficina de registro de derechos de autor.

Para dicho evento en el caso de los empleados públicos, el tema está regulado en el artículo 91, de la ley 23 de 1982, que establece que la titularidad de los derechos patrimoniales sobre las obras que el empleado realice, es automática y por efecto legal de propiedad del empleador, conservando el autor-empleado los derechos morales sobre la obra, esto consiste entonces en la transmisión automática y legal de los derechos patrimoniales de autor de los empleados públicos.

También contempla en el art. 20 la realización de obras intelectuales por cuenta de los contratos de prestación de servicios, estableciendo que cuando uno o varios autores, por medio de dicho contrato realicen una obra atendiendo a un plan señalado por una persona natural o jurídica por cuenta y riesgo de esta, solo recibirá por la realización de dicha obra siguiendo el plan señalado los honorarios pactados por ese servicio y se entenderá por este solo acto, que el autor o autores transfieren los derechos sobre la obra.

Esta presunción no es predicable en las obras realizadas bajo contrato de trabajo según la Dirección Nacional de Derechos de Autor, que así lo estableció en el concepto N. º 1-2004-21716 sobre presunción de transferencia del derecho patrimonial de autor de diciembre 31 del 2004, el cual establece que: "es necesario advertir que la presunción descrita por el artículo 20 de la Ley 23 de 1982, se predica de forma limitada a los contratos de prestación de servicios, descartando de plano la posibilidad de hacer efectivo su contenido cuando se trate de contratos de trabajo".

3.2. Titularidad de derechos patrimoniales de una obra realizada en un contrato de trabajo

Existen múltiples posiciones frente a la determinación de la titularidad de las obras creadas en razón de encargo en una relación laboral, algunos consideran que al no regularse el tema expresamente debe aplicarse la regla general de la cesión de derechos de autor del art. 183 de la ley 23 de 1982 y por el contrario otros establecen que debe aplicarse la presunción de transmisión de derechos establecida en el art. 20 de dicha ley para los contratos

para los contratos de prestación de servicio. Como se había dicho anteriormente la Dirección Nacional deDerechos de Autor en el concepto N. º 1-200421716 de diciembre 31 del 2004 considera que para el caso de las obras desarrolladas y creadas en virtud de un contrato laboral se requeriría cumplir con las formalidades establecidas en el artículo 183 de la Ley 23 de 1982, es decir que el contrato laboral deberá constar por escrito, bien sea en escritura pública o en documento privado reconocido ante notario.

En igual sentido encontramos la posición de Delgado Peña[6], quien considera que no puede predicarse la reasunción de transferencia de los derechos patrimoniales de autor del art. 20 ya que los contratos de trabajo y de prestación de servicios son de naturaleza diferente, así que deben cumplirse para la cesión de los derechos los requisitos exigidos en el art. 183 de la ley 23 de 1982, para que las cláusulas de cesión de derechos pactadas en los contratos de trabajo sean consideradas existentes y validas, considera que en dichas cláusulas debe especificarse cuales obras van a ser cedidas del trabajador al empleador, definir cuales derechos patrimoniales se van a ceder.

Por otro lado Wilson Rafael Ríos Ruíz considera que "las obras hechas por encargo, bien sea en virtud de un contrato de servicios como lo establece el artículo 20 de la Ley 23 de 1982, o de un contrato o relación laboral, la consecuencia jurídica debe ser la misma, es decir que por ministerio de la ley se establece una presunción de transferencia y titularidad de quien encarga la realización de una obra según plan señalado y por su cuenta y riesgo a cambio de una contraprestación. Si el contrato laboral o la relación laboral en Colombia puede ser consensual, y se da incluso sin que sea necesario, en principio, que exista documento escrito, bastará con que se preste de manera efectiva un servicio, que exista subordinación y el pago de un salario"[7].

Este autor sustenta su posición en un planteamiento del Consejo de Estado emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil el 23 de octubre del año 2003 (CP: Susana Montes Echeverri, radicación 1.538) sobre la interpretación de la contratación de obrafutura y por encargo de que trata el artículo 20 de la Ley 23 de 1982.

En este concepto el Consejo de Estado entra a distinguir entre obras hechas en virtud de un contrato de prestación civil de servicios y obras creadas por empleados asalariados en virtud de un contrato laboral, pero concluye que en uno u otro caso opera la presunción de transferencia a favor de quien encarga la obra. También se apoya en la Decisión Andina 351 de 1993 artículo 10, que establece que "Las personas naturales o jurídicas ejercen la titularidad originaria o derivada, de conformidad con la legislación nacional, de los derechos patrimoniales de las obras creadas por su encargo o bajo relación laboral, salvo prueba en contrario.

4. Conclusión

De lo dicho anteriormente se puede evidenciar que la discusión sobre el tema planteado no es pacífica, pero todo se debe a que el legislador no ha desarrollado de manera clara la normatividad que regule ya sea en el área laboral o el de la propiedad intelectual las obras creadas por encargo dentro de una relación laboral, lo cual se hace imperante por la seguridad jurídica que debe dársele al empleador y trabajador sobre la titularidad de los derechos patrimoniales de esas obras, y para en todo caso proteger a la parte débil del contrato de trabajo que es el trabajador, de posibles abusos y explotaciones por parte del empleador, ya que es importante que las partes contratantes sepan si para la transferencia de los derechos patrimoniales se debe seguir determinado procedimiento o si dicha transferencia opera automáticamente. De este modo, se evitarían circunstancias en las que los empleadores establecen en los contratos que se cederán todas las obras realizadas dentro de la empresa este o no en horario laboral.

En todo caso, teniendo en cuenta que la obra se realiza por disposición del empleador, que es este quien proporciona el material necesario para la realización de la obra y que el trabajador recibe una remuneración por la realización de la obra, dicha presunción en los términos del art 20 debería ser aplicable también a las obras

6. DELGADO PEÑA, op.cit., p.168
7. RÍOS RUÍZ, Wilson Rafael. Concepto de la sala de consulta y servicio civil del consejo de estado frente a la obra futura y por encargo creada en virtud de una relación Laboral y de un contrato de prestación de servicios. En: la propiedad inmaterial numero. N° 13, (2009).

realizadas en virtud del contrato de trabajo, ya que tal como opina Ríos Ruiz[8] en ambos casos nos encontramos ante las mismas razones y hechos, y debería por tanto aplicarse la misma consecuencia jurídica; sin dejar de lado que también el Código de Comercio en el art. 539 establece la presunción de transferencia de los derechos patrimoniales a favor del patrono o el mandante.

Referencias Bibliográficas

Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo De Estado, del 23 de octubre del año 2003 (CP: Susana Montes Echeverri, radicación 1.538)
Decisión Andina 351 de 1993.

DELGADO PEÑA, Pablo Andrés. Propiedad Intelectual y Derecho Laboral: transmisión de los derechos patrimoniales derivados de la creación de obras intelectuales por parte de los trabajadores asalariados en Colombia y España. En: temas socio jurídico. Vol. 23, N·48(JULIO. 2005) 165 - 172 p.

RÍOS RUÍZ, Wilson Rafael. Concepto de la sala de consulta y servicio civil del consejo de estado frente a la obra futura y por encargo creada en virtud de una relación Laboral y de un contrato de prestación de servicios. En: la propiedad inmaterial. [en línea] N· 13, (2009). [Consultado 1 mayo. 2010]. Disponible en http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=440773

_____ La propiedad intelectual en la era de las tecnologías. Bogotá: Temis, 2009. 76 - 93 p.

Artículos

El Derecho A La Educación, Las Artes Y La Cultura En La Privación De La Libertad

por

Cindy Vanessa Barrientos Rozo[1]

RESUMEN

Al igual que para las personas del común, el derecho fundamental a la educación se encuentra consagrado normativamente a nivel internacional y nacional; pues aunque la situación de recluso legitima al Estado para la restricción o suspensión de ciertos derechos, también genera la obligación de proveer las condiciones necesarias para el cumplimiento de los demás derechos que resultan incólumes y los que si bien se tienen, deben ser ejercidos de una manera limitada, a este último grupo pertenece el derecho a la educación que en materia penitenciaria adquiere una mayor importancia ya que está estrechamente ligado con la esperanza de obtención de la libertad, al poseer como una forma de retribución la redención de pena. Además, junto con el trabajo, cumple con la función resocializadora que le ha sido asignada a la pena debido a que ofrece a los reclusos la posibilidad de rehabilitarse y permite prepararse para la futura vida en libertad. De está manera, un análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado refleja la interpretación que las Altas Cortes le dan al derecho a la educación de las personas privadas de la libertad, su relevancia, los principales motivos de vulneración y las pocas posibilidades de acceso que se generan en un centro de reclusión comparado con las de las personas que se encuentran libres.

PALABRAS CLAVES

Educación, jurisprudencia, privación de libertad, redención, resocialización.

ABSTRACT

The fundamental right to education is regulated at the national and international levels for ordinary persons as for persons deprived of liberty. Although the situation of the prisoners allows restricting certain rights by the State, it also generates an obligation to provide the necessary conditions for the fulfillment of the other unharmed rights like the right to education, which the prisoners can exercise but in a limited way. That specific right in the penitentiary context takes on greater important as a way of reduction in custodial sentence because it is closely linked with the hope of obtaining the freedom. Besides, along with the right to work, it fulfills with the resocializing function that has been assigned to the punishment due to it offers the possibility for the prisoners to rehabilitate and allows them to be prepare for a future life in freedom. In this way, a jurisprudential analysis from the Constitutional Court and the Council of State shows the interpretation that the High Courts have given to the right to education of the persons deprived of liberty, its relevance, the main reasons for its infringement and the limited opportunities of access that are generated in the centre of imprisonment compared with the persons who are free.

KEY WORDS

Education, jurisprudence, deprivation of liberty, reduction in sentence, resocialization.

1. Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, integrante del Semillero de Derecho Penitenciario (www.derechopenitenciario.org) y del grupo de investigación Sistema Penitenciario que dirige el Prof. Dr. Juan David Posada Segura (www.posadasegura.org).

Con el propósito de realizar investigaciones que contribuyan al mejoramiento de las condiciones de vidadigna de las personas recluidas en centros penitenciarios y carcelarios nace el "Semillero de Derecho Penitenciario", cuyo objetivo principal es el análisis teórico y práctico de la situación de Derechos Humanosde las personas privadas de la libertad. Es así como se da origen al grupo de investigación denominado: Sistema Penitenciario de la Universidad de Antioquia, que entre otras desarrolla la investigación: "DerechosFundamentales de las Personas Privadas de la Libertad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional y delConsejo de Estado" de la cual, se extrajo la información necesaria para la elaboración del presente artículo y en la que participan: el profesor Juan David Posada Segura (Ph.D), como investigador principal, y como auxiliares de investigación: Ivonne Llerena López, Natalia Giraldo Cano, Carolina Palacio Hidalgo, Cindy Barrientos Rozo.

El hecho que una persona se halle privada de su libertad, no acarrea consigo la perdida de la calidad de sujeto pleno de derechos, por ello la administración penitenciaria no puede justificarse en la falta de presupuesto o en mal cometido a la sociedad con el delito para pasar por encima y vulnerar los derechos de los individuos que se encuentran a su cargo en virtud de la relación de especial sujeción; si bien los internos debido a su condición tienen algunos derechos restringidos, suspendidos o limitados, los demás que permanecen intactos deben ser protegidos de la misma manera como se protege para cualquier ciudadano que no se encuentra privado de la libertad."Los presos no tienen derechos de menor categoría; tienen derechos restringidos o limitados y cuando esto no sucede, es decir cuando la pena impuesta no se encuentra en contradicción con el ejercicio pleno de un derecho, este debe ser tan protegido y respetado como el de cualquier otra persona"[2].

Se hace necesario entonces apartar la concepción de aceptar como válida cualquier forma de vulneración de los derechos de las personas privadas de la libertad, justificándola en la carencia de recursos económicos o en el mal producido a la sociedad por el "delincuente" y de esta manera convirtiéndolo en un ciudadano de segunda categoría, tal como señala el profesor Iñaki Rivera Beiras. Es así como el derecho a la educación, las artes y la cultura, como se verá a continuación, no escapa de esta triste realidad, pues frecuentemente la administración penitenciaria justifica la vulneración del derecho en la falta de presupuesto o las condiciones de hacinamiento, desconociendo así la importancia de éste, como medio resocializador.

Contexto

En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a la educación no fue consagrado solo como derecho, sino también como un servicio público que cumple con una función social[3], establecido en favor de los niños, adolescentes jóvenes, y adultos; es decir, para todos los seres humanos en general, sin discriminación alguna de sexo, raza o condición; lo cual implica que el derecho a la educación incluye también a las personas privadas de la libertad.

En Colombia, está consagrado en la Constitución, dentro de los derechos sociales, económicos y culturales; sin embargo es considerado un derecho fundamental en razón, a que es un derecho inherente al ser humano respecto al núcleo social, político, jurídico, económico y cultural[4] ya que es indispensable para el desarrollo pleno del ser humano. La Constitución propiamente le da el carácter de fundamental cuando se trata del derecho a la educación y la cultura de los niños, inclusive la jurisprudencia constitucional desde sus primeros fallos ha reconocido el carácter de fundamental al derecho a la educación, reconociendo así mismo que el núcleo esencial no radica sólo en la garantía de acceso, sino también en la permanencia.

Ahora bien, en materia penitenciaria, debido a la relación de especial sujeción es el Estado el encargado de proporcionar las condiciones de acceso a la educación y a la cultura, al ser indispensables para la rehabilitación social; el derecho fundamental a la educación y a la cultura, al igual que el derecho al trabajo tienen una gran importancia para las personas privadas de la libertad, ya que cumplen con la función resocializadora de la pena y

2. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T- 596 de 1992, Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón
3. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, Artículo 67.
4. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-418 de 1992, Magistrado Ponente: Simón Rodríguez.

están ligados estrechamente con el derecho a la libertad, al permitir que ejerciendo actividades como enseñanza, estudio, artísticas, laborales o culturales, se descuente parte de la pena impuesta en sentencia judicial, a medida que se cumpla con ella físicamente; es decir, que se encuentre en efecto privado de la libertad en un centro de reclusión y se realice una de ese tipo de actividades.

Consagración Normativa

Actualmente en Colombia la normatividad internacional vigente respecto a la educación y la cultura se encuentra: en la Declaración Universal de Derechos Humanos: artículo 26 y 27; en el Pacto de Derechos Civiles y políticos artículo 28; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales artículos 13, 14, y 15 y en la convención de los derechos del niño; También, en el Sistema Interamericano de la OEA se aplica lo establecido en los artículos XII, XIII y XV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y está vigente la Convención Americana sobre Derechos Humanos artículo 26; y el Protocolo Adicional a la convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales artículos 13, 14 y 26. Igualmente en la normatividad específica se encuentran las reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, reglas 40 y 77 y los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos, principio 6; y el principio 28 en el Conjunto de Principios para la Protección de todas las personas sometidas a cualquier Forma de Detención o Prisión. Ahora bien, a nivel de la normatividad nacional constitucional, legal y reglamentaria, el derecho a la ecuación fue mencionado en la constitución en el artículo 27, en relación con las libertades del individuo y sus posibilidades de desarrollo en cualquier campo académico, y en los Artículos 67 y 68 se habla del derecho fundamental a la educación y de un servicio que el propio Estado deberá garantizar a quien se encuentre privado de la libertad en un centro carcelario y con los fines previamente establecidos que brinden una mayor cobertura y no se aparte de los conceptos de gratuidad y alfabetización.

También es importante para este tema el artículo 54 de la Constitución que a pesar de no tratar propiamente este derecho, sí establece un tema que en materia de privación de libertad cobra importancia pues el interno al trabajar en el centro penitenciario se prepara para un futuro trabajo en libertad.

En varios de los artículos del Código Penitenciario se encuentra regulado el derecho a la educación, el título VIII es propiamente del derecho a la educación y enseñanza, artículos, 94 a 98 y 143, hay que tener en cuenta que la educación se torna obligatoria para las reclusas y los reclusos analfabetas en virtud de la misma legislación penitenciaria.

En este mismo código se encuentra regulado el tema de la redención de pena por estudio o enseñanza en un significativo número de artículos dejando claro que se redimirá un día de pena por dos de enseñanza o estudio; teniendo en cuenta que de estudio deben ser 6 horas y de enseñanza 4 horas por cada día y no se podrán acumular más horas en un solo día.

El Reglamento General Penitenciario, en su artículo 58 establece que el trabajo, el estudio y la enseñanza se regirán por lo dispuesto en las resoluciones 3272 y 6541 de 1995 del INPEC. De otro lado, el artículo 20 del Régimen Disciplinario del personal de internos, califica como falta grave la negligencia habitual en el estudio y la enseñanza, y como falta leve la negligencia en el estudio y la enseñanza o el faltar a estos sin excusa.

Desarrollo Jurisprudencial

El Derecho a la Educación a pesar de ser mencionado en varias sentencias de la Corte Constitucional ha sido de poco desarrollo; así pues, si bien es mencionado en las sentencias: T-601-92, T-009-93, T-121-93, T-218-94, C-394-95, T-065-95, C-580-96, T-470-96, T-263-97, T-575-99, T-718-99, C-1510-00, T-257-00, T-722-02, T-1108-02, T-851-04, T-254-05, T-274-05, T-1077-05, T-1259-05, T-1303-05, T-1326-05, T-695-06 T-061-09, T-126-09, T- 412-09, T-511-09 y T-744-09. El desarrollo sólo se brinda en las sentencias: T-219-93 y C-184-98. Sólo se podrían clasificar como las más importantes, las sentencias: C-549-94 y T-1322-05.

En cuanto al derecho de artes y cultura ninguna sentencia ha desarrollado éste derecho, sólo ha sido mencionado en las sentencias C-549-94, C-580-96 y T-184-98.

La primera sentencia en que la Corte Constitucional hizo mención al derecho a la educación fue en el año 1992; en esta oportunidad se refirió a dos de los pronunciamientos que han sido más reiterados en lo concerniente, y se relacionan con el tema de la resocialización que se busca con tal derecho y la relación que tiene tanto el derecho al trabajo como a la educación con el derecho a la libertad:

"El trabajo desarrollado por los presos es un medio indispensable -junto con el estudio y la enseñanza- para alcanzar el fin resocializador de la pena, y hace parte integrante del núcleo esencial del derecho a la libertad, pues tiene la virtud de aminorar el tiempo de duración de la pena a través de su rebaja o redención"[5].

Es en 1993 cuando se da un verdadero desarrollo del derecho, pues aunque la Corte Constitucional en el pronunciamiento de 1992 lo mencionó; enfatizó más en desarrollar el derecho al trabajo. En éste nuevo pronunciamiento la Corte Constitucional además de reiterar lo ya dicho y establecer que la libertad de enseñanza es un derecho fundamental "esencial a la persona y necesaria para su realización como ser humano" incluyó además un nuevo elemento:

"No solamente la enseñanza que se le pueda dar a los presos, sino la que ellos puedan impartir, es un medio indispensable para alcanzar el fin resocializador de la pena y hace parte integrante del núcleo esencial del derecho a la libertad (Constitución Nacional. Art. 28), pues tiene la ventaja de aminorar el tiempo de duración de la pena a través de su rebaja o su redención. Consecuencia de lo anterior y en ausencia de una restricción por parte de la ley, es obligación de la Administración, en este caso de los Directores de los centros carcelarios, facilitar la enseñanza y por consiguiente la educación que contribuyan a la readaptación social progresiva de los reclusos"[6].

Con lo anterior, queda claro que es la administración penitenciaria la que debe proporcionar las condiciones necesarias para que las personas privadas de la libertad puedan ejercer su derecho a la educación; ya sea como medio de tratamiento penitenciario o de instrucción, y por ello se "prevé la existencia de centros educativos en las penitenciarías y cárceles de distrito judicial"[7] para que desarrollen programas "que podrán ir desde la alfabetización hasta programas de instrucción superior"[8].

En demanda de inconstitucionalidad, presentada contra un aparte del inciso 2o. del artículo 98 de la ley 65 de 1993, que expresamente señala: "el instructor no podrá enseñar más de cuatro horas diarias"[9], el actor considera que con este postulado se estaba vulnerando el derecho a la igualdad ya que el Código Penitenciario y Carcelario (ley 65 de 1993) establece una regulación diferente, respecto al tiempo que se les permite dedicar a los demás internos a las actividades de estudio y trabajo, pues mientras para el estudio y el trabajo es de máximo seis y ocho horas diarias respectivamente, para los que enseñan es de sólo cuatro horas. El Procurador General de la Nación al emitir su concepto al respecto, plantea que si bien, para efectos de redención de la pena, el tiempo dedicado a la enseñanza tiene "el doble del valor que para la misma tiene el estudio y el trabajo en general; y sin embargo, no se trata de un privilegio injustificado, por cuanto la enseñanza comporta frente a otras actividades laborales y frente al mismo estudio, un esfuerzo enorme y un enorme potencial resocializador, y lo que es tanto o más importante, un efecto multiplicador indiscutible de la resocialización"[10] La Corte Constitucional decide finalmente, declarar la exequibilidad del fragmento de la norma acusada, argumentando que

5. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia: T-601 de 1992, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
6. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-219 de 1993, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.
7. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-549 de 1994, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.
8. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 65 de 1993, Artículo 94.
9. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 65 de 1993, Artículo 98.
10. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-549 de 1994, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

"(...) la previsión de un número de horas diferente para cada actividad no es caprichosa sino que obedece a criterios razonables como el de permitir, en el caso de la enseñanza, dedicar el tiempo restante a la preparación de clases y la corrección de trabajos o pruebas, y que las consecuencias jurídicas que el legislador asignó para efectos de la redención de la pena no difieran para ninguno de los tres eventos estudiados, ya se trate de trabajo, de estudio o de instrucción, pues por cada dos (2) días de actividad, los reclusos abonarán un (1) día de reclusión, y teniendo siempre la misma consecuencia jurídica no se advierte razón atendible que permita aseverar la conculcación del artículo 13 superior. Al revés: es en guarda de la igualdad material que la diferencia se establece"[11].

A pesar de que el Código Penitenciario y Carcelario instaura la posibilidad de que las personas privadas de la libertad cuenten con los medios necesarios para trabajar, estudiar o impartir instrucción a sus compañeros, no se puede ignorar que debido al excesivo hacinamiento que existe en la actualidad en las cárceles y penitenciarías del país, es muy difícil el cumplimiento a cabalidad de los derechos; en efecto la demanda de educación es mayor de la ofrecida por parte de la administración, en consecuencia hay muy poca cobertura dando lugar incluso a tener que pagar para poder acceder a tales beneficios; en 1998 la Corte Constitucional se pronunció acerca de esto, en el siguiente sentido:

"Para todos es conocido que la vulneración de los derechos de los reclusos va más allá del hacinamiento y se extiende a distintas áreas -en buena parte debido también a las condiciones de sobrepoblación-, tales como el trabajo, la educación, la alimentación, la salud, la familia, la recreación, etc. En efecto, los puestos de trabajo y de educación son escasos en relación con la demanda sobre ellos, lo cual significa, nuevamente, que en estas áreas se impone la ley del más fuerte y campea la corrupción y la extorsión"[12].

Según la ley 65 de 1993 "el tratamiento penitenciario tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal"[13] y para la obtención de dicha finalidad, en su artículo 143 instaura que el tratamiento deberá realizarse "a través de la educación, la instrucción y el trabajo, la actividad cultural, recreativa y deportiva y las relaciones de la familia"[14] En el mismo sentido, se pronunció la Corte Constitucional al afirmar que:

"Las finalidades que el Estado pretende alcanzar al asumir la función de dirigir y regular el cumplimiento de las medidas de aseguramiento, la ejecución de las penas privativas de la libertad personal y las medidas de seguridad, guardan necesaria relación con la readaptación del individuo mediante la consagración de programas de educación y trabajo que lo preparen para contribuir en forma productiva a la comunidad al recuperar su libertad"[15].

Es pertinente hacer énfasis en que la Corte Constitucional al hacer la clasificación de los derechos suspendidos, limitados y los que pueden ser ejercidos plenamente ha puesto el derecho a la educación dentro del grupo de limitados: "Dentro de los derechos fundamentales limitados para los internos pueden contarse los derechos a la intimidad, la comunicación, al trabajo, a la educación"[16].

Sin embargo, esa limitación mencionada no puede ser ejercida arbitrariamente y requiere ser fundamentada[17] en consecuencia la Corte Constitucional tuteló el derecho fundamental a la educación de

11. Ibíd.
12. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-153 de 1998, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
13. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 65 de 1993, Artículo 10.
14. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 65 de 1993, Artículo 143.
15. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-184 de 1998, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.
16. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-274 de 2005, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.
17. La jurisprudencia constitucional también ha reconocido que algunos de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad pueden ser objeto de limitaciones que se ajusten a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En cuanto al primero de los dos principios, la Corte ha señalado que "(…) las limitaciones a los derechos fundamentales deben estar justificadas en un principio de razón suficiente aplicable, en especial, a la relación entre el fin buscado y el medio para alcanzarlo". La proporcionalidad, por otra parte, aunque no consiste en un método único y específico, generalmente conlleva ponderar 'intereses enfrentados que han recibido alguna protección constitucional', verificando que la limitación no sea excesiva. En todo caso, sólo serán razonables constitucionalmente las limitaciones a los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad que sean 'legítimamente derivadas de la medida de detención correspondiente'. CORTE CONTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-1322 de 2005, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

un recluso que fue trasladado de el Establecimiento Penitenciario y Carcelario La Picota de Bogotá al Establecimiento Carcelario de Combita (Boyacá) ya que, al momento de ser trasladado, el interno se encontraba estudiando a distancia administración de empresas en la Universidad Santo Tomás de Bogotá con autorización de las directivas. El hecho de haber impuesto el traslado sin tener en cuenta que se encontraba adelantando los estudios de educación superior constituye una limitación sin fundamento al derecho a la educación, que es parte esencial del proceso de resocialización y readaptación del individuo. La Corte Constitucional ordenó al Instituto Nacional Carcelario y Penitenciario (INPEC) realizar los trámites necesarios para garantizarle al accionante la continuación de sus estudios; de no ser posible, deberá reintegrar al interno el dinero que había sufragado para tal fin. En cuanto al traslado del interno la Corte Constitucional manifestó que se encontraba acorde con el marco de discrecionalidad que tiene el director del INPEC para realizarlos[18].

Respecto al derecho a la educación en materia penitenciaria, los pronunciamientos de la Corte Constitucional han sido constantes señalando que éste derecho es fundamental y está limitado por el hecho de encontrarse privado de la libertad lo que impide que pueda ser ejercido en forma plena debido a las condiciones de hacinamiento latentes en los centros de reclusión, pues si bien el estudio es un mecanismo para redimir pena no todos lo han podido hacer ya que la oferta es muy poca con relación a la cantidad de personas que demandan este derecho.

El derecho a la educación se encuentra ligado al derecho a la libertad ya que permite a los reclusos mantener viva la esperanza de algún día salir del centro de reclusión lo cual se hace posible en virtud de la figura de redención de pena realizando actividades de estudio o de enseñanza logrando así que se reduzca el tiempo de duración de la pena.

La Corte Constitucional ha hecho énfasis en que para las personas privadas de la libertad la importancia de éste derecho radica en que es un medio indispensable para alcanzar la resocialización ya que si la persona se instruye y aprende una profesión u oficio va estar más capacitado a la hora de iniciar una vida laboral por fuera del centro de reclusión lo que converge con unas herramientas adecuadas para el desarrollo con su entorno social.

La Corte Constitucional si bien menciona el derecho en varias de sus providencias, solo le ha dado un desarrollo completo en cuatro de sus pronunciamientos; manteniendo siempre una misma línea jurisprudencial, argumentando que la educación está íntimamente ligada a la libertad del recluso a través de la figura de la redención de pena ya que por medio del estudio o la enseñanza se puede reducir el tiempo de duración de la pena. Además que es el único medio idóneo para alcanzar la resocialización de los reclusos.

Por su parte el Consejo de Estado, entre los años 1991 y 2009 sólo ha emitido un único pronunciamiento; el cual no dejo ver la postura de la Sala en cuanto a la situación del derecho.

Se trata de la sentencia 2386 de 1993, en la que se demanda la Circular No. 0129 de 26 de noviembre de 1992, emanada de la Dirección General de Prisiones, División de Rehabilitación del Ministerio de Justicia; en la que se establece un régimen restrictivo a la actividad laboral realizada por los reclusos en cuanto dispone que "para los efectos de redención de pena el Instructor no podrá enseñar más de cuatro horas diarias"; es decir, un recluso instructor de otros reclusos puede laborar una jornada máxima de 4 horas, permitida por la ley, contribuyendo de esta manera a amortiguar su pena y a obtener más rápido su libertad. Contrariamente a ello, el acto acusado dispone que el recluso Instructor labore 8 horas diarias, pero únicamente se le permite computar 4 de ellas. Además de que viola abiertamente el artículo 150 de la Carta Política pues mediante la Circular acusada el Director General de Prisiones se convierte en colegislador en materia de Procedimiento penal, y esta es una función privativa asignada al Congreso de la República, quien se encarga de interpretar, reformar y derogar las

18. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-1322 de 2005, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

las leyes; pretendiendo de esta manera que el Director General de Prisiones interprete y reforme una norma con fuerza obligatoria de ley de la República, incitándolo de esta manera a usurpar una función ajena a las que a él le están asignadas.

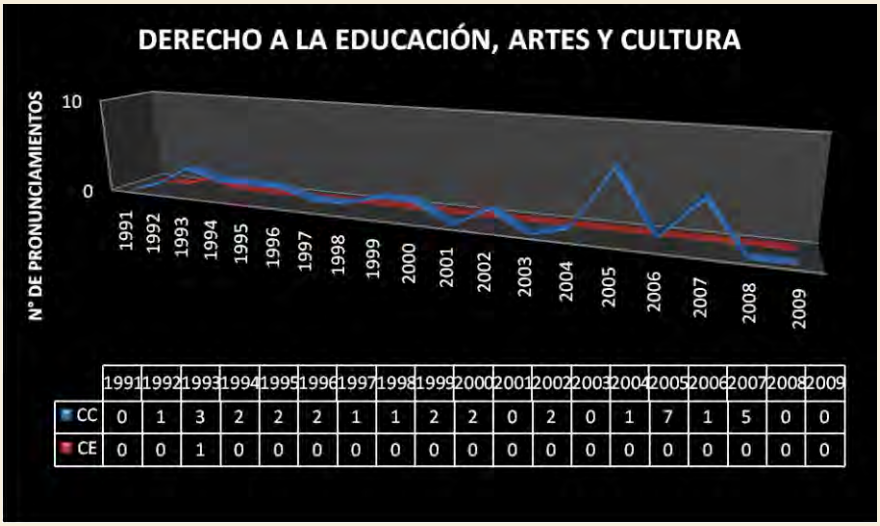
El Consejo de Estado no emitió ningún pronunciamiento en esta sentencia; y sin necesidad de estudiar los cargos, consideró procedente decretar la suspensión provisional de los efectos de la Circular acusada.

Específicamente sobre el derecho a las artes y la cultura, sólo se han conocido dos pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional donde exclusivamente se menciona el derecho sin lugar a desarrollo alguno; por su parte, el Consejo de Estado, entre los años 1991 hasta el 2009, no se ha pronunciado al respecto.

Conclusiones

El derecho fundamental a la educación cuando se trata de personas privadas de la libertad tiene una especial importancia porque además de contener un valor dignificante y de superación humana, tiene una relación de conexidad con el derecho a la libertad, debido a que posee la virtud de reducir el tiempo de duración de la pena a través de la figura de redención. Esta especial relación del derecho a la educación, las artes y la cultura con el derecho a la libertad, lleva aparejada el deber de la administración penitenciaria de suministrar en la medida de las posibilidades, las condiciones necesarias para que los internos desarrollen algún tipo de actividad laboral, de estudio o enseñanza, que además de contribuir con la obtención de la libertad, se convierte en una forma de superación humana.

No obstante lo anterior, las autoridades penitenciarias no le han dado una verdadera relevancia al tema, justificándose en situaciones como el hacinamiento para no brindar una total cobertura a los internos en materia de educación, en efecto un significativo número de internos se encuentran por fuera de este beneficio, sin realizar ningún tipo de actividad que les permita reducir la duración de su pena.



	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
CC	0	1	3	2	2	2	1	1	2	2	0	2	0	1	7	1	5	0	0
CE	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0

Referencias Bibliográficas

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 65 de 1993, Artículo 10, 94, 98, 143.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-601 de 1992, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-219 de 1993, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-549 de 1994, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-153 de 1998, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-184 de 1998, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-274 de 2005, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-1322 de 2005, Magistrado Ponente: Manuel JoséCepeda Espinosa.

POSADA SEGURA, Juan David. Sistema penitenciario. Estudio sobre la privación de la libertad y los derechos fundamentales relacionados. Comlibros, Medellín (Colombia), 2009.

Artículos

Impacto Social Del Delito De Inasistencia Alimentaria

por

Lina Verónica Acevedo Herrera

Susan Torres Mejía[1]

RESUMEN

La presente investigación, pretende determinar si el delito de inasistencia alimentaria posee una eficacia simbólica y vulnera las garantías constitucionales y la calidad de vida de los sujetos procesales, para ello, el enfoque investigativo que consideramos idóneo para realizar esta investigación es el cualitativo-descriptivo, del que partiremos para obtener la información con la técnica documental y de campo que nos permitirá por medio de doctrina, jurisprudencia y recolección de datos en la fiscalía y juzgados penales, con la cual fundamentar nuestra investigación, además el trabajo de campo nos permitirá desarrollar los diversos fenómenos generados por la tipificación del delito de inasistencia alimentaria, haciendo uso de la técnica de observación y tabulación de cifras que nos permitan ponderar y analizar el entorno en el cual se desarrolla la problemática objeto de esta investigación y acercarnos a la realidad social de este delito, que tiene un gran impacto en los consultorios jurídicos y casas de justicia, ya que son estos los centros donde acuden las personas que necesitan orientación o realizan trámites, lo que conlleva a que el personal competente ubique el incumplimiento de esta obligación hacia áreas del derecho desde la cual tenga una protección acertada. Además, de esto pretendemos impactar en la comunidad académica, mostrando una perspectiva holística de este delito, con la ponderación de resultados y así mismo dar pie a los practicantes de derecho y demás áreas afines, para que den un mejor manejo a las diferentes asesorías y tramites referentes a este delito.

PALABRAS CLAVES

Eficacia simbólica, eficacia sociológica, inasistencia, presunción legal, vulneración.

ABSTRACT

this investigation seeks to determine whether the offense of truancy food has symbolic effectiveness and undermines the constitutional guarantees and the quality of life of the procedural subjects, for this, the research approach that we consider suitable for this research is qualitative and descriptive from which we start to get the information with documentary techniques and field that will allow us through doctrine, jurisprudence and data collection in the prosecution, and criminal court, to obtain information with which to base our research, besides the fieldwork we will develop the various phenomena generated by the offense of truancy food, using the technique of observation and tabulation of data that allow us to ponder and analyze the environment in which it develops the subject of this research problem and approach to reality this social crime. Moreover, this research will generate a great impact on law clinics and houses of justice, since these are the centers where people go who need guidance or doing paperwork on this issue, allowing the breach of this obligation is targeted competent personnel to areas of law from which to have a successful protection. And with this research, we intend to impact the academic community, demonstrating a holistic view of this crime, with the balance of results and likewise give rise to legal practitioners and other related areas to give a better handle on various consultancies and formalities regarding this crime are presented.

1. Estudiantes 8 Semestre, Facultad de Derecho Universidad de San Buenaventura, integrantes semillero Derecho Penal Moderno, bajo la coordinación del Docente Investigador César Alejandro Osorio Moreno

Introducción

En un país como el nuestro, cargado de múltiples problemas de índole social y económico, resulta ilógico que se incluyan en la esfera del derecho penal delitos que cuentan con una protección más acertada desde otras ramas del derecho como es el civil y de familia, ya que esto congestiona nuestro ya aglomerado sistema judicial, una muestra fehaciente de ello, la encontramos en el delito de inasistencia alimentaria, en el cual antes de protegerse derechos y bienes jurídicos, se esta vulnerando la calidad de vida de los sujetos procesales, ahondando las precarias condiciones sociales y económicas que deben enfrentar la gran mayoría de familias colombianas.

Al indagar acerca de este delito, nos encontramos con diversas posturas, en cuanto a su consecuencia penal, puesto que choca directamente con la difícil situación de nuestro país; Sin embargo la Corte Constitucional y en general los jueces insisten en dar a este tema un tratamiento netamente exegético enmarcado por la protección a la familia y a la parte mas débil y vulnerada con esta conducta, por ello, el tema no deja de ser controversial, surgiendo así la necesidad de establecer desde un ámbito social la repercusión que la tipificación de este delito tiene y si su protección penal resulta eficaz o no a la hora de logran una verdadera protección a la familia y si la presunción legal que opera en este delito empeora o no la situación de quien está siendo procesado y de quien se pretende proteger, otorgando como una justa causa, el estar detenido para sustraerse de la obligación alimentaria. Para ello, se realizara un seguimiento a los diferentes casos que se presentan ante la fiscalía de BELLO (ANTIOQUIA), para medir la celeridad de los tramites desde su inicio hasta su culminación, es decir desde el momento de la investigación, hasta el momento en que el juez dicta la sentencia, esto con el fin de establecer si este delito cumple con los postulados y eficacia que toda norma debe tener y que grado de amparo se esta dando a las personas involucradas en el.

1. Elementos Descriptivos del Tipo Penal.

Antes de adentrarnos en las posturas y aportes que en diversos estudios de derecho se han realizado sobre el tema, es necesario dar una breve descripción de los elementos constitutivos del tipo penal de inasistencia alimentaria.

SUJETO ACTIVO: Es el denominado agresor, es decir quién consuma el tipo penal, en el delito de inasistencia alimentaria, según el código penal es "quien se sustraiga sin justa causa de la prestación de alimentos". Además el sujeto activo es "cualificado o calificado jurídicamente por el vinculo de familiaridad: ascendiente, descendiente, adoptante o adoptivo o conyugue"[2].

SUJETO PASIVO: "Entendiendo que el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico que resulta afectado por la conducta del sujeto activo, son sujetos pasivos del delito de inasistencia alimentaria el conyugue, el compañero permanente, los ascendientes, los descendientes, los adoptantes y los adoptivos"[3].

OBJETO JURIDÍCO: Es el bien jurídico que se pretende proteger con la norma, es decir "consiste en que el comportamiento que encierra el verbo determinador que ponga en peligro o de lesión efectiva de un determinado bien predicable o atribuible a los sujetos pasivos, este tipificada en una norma"[4].

OBJETO MATERIAL: "Son las personas sobre quien recae la acción incriminatoria o la acción típica, esa conducta típica la comprende la expresión "se sustraiga sin justa causa"[5]. Esas personas que padecen esa conducta o acción criminal son los ascendientes, descendientes, adoptantes o adoptivos, cónyuge o compañero permanente. Perturba la armonía del hogar y pone en peligro la subsistencia de los seres que la conforman y que están protegidos constitucionalmente en el artículo 42 y siguientes de nuestra Constitución Nacional"[6].

3. HERRERA MARTÍNEZ, Sandra. El delito de inasistencia alimentaria para la jurisprudencia y la doctrina. [CD- ROM], Windows 95 o posterior. Universidad de Antioquia, biblioteca principal (t346, 2 h565), Medellín Colombia, 2008, pág.38.
4. MORALES ACACIO, Alcides, Op, cit. Pág. 224.
5. Ibíd. pág. 223.
6. Herrera Martínez, Sandra, Op, cit. pág. 38.

OBJETO JURÍDICO: El interés o bien jurídico que el Estado busca proteger con los tipos penales, es el objeto jurídico, que resulta vulnerado por la conducta del sujeto activo, cuando encaja en la descripción establecida por el legislador, en este caso, el agente afecta el bien jurídico familia, pues con su conducta desviada.

LA CONDUCTA: En el delito de inasistencia alimentaria la conducta esta determinada por el verbo "sustraerse" que en este caso es el determinador y significa abstenerse de hacer algo.

CULPABILIDAD: para que una conducta se califique como punible, además de Típica y antijurídica tiene que existir voluntad para su realización, es decir "que la conducta para que sea infracción es necesario que se adecue a un tipo penal y lesione o ponga en peligro sin causa de justificación un bien jurídico"[7], este delito en concreto es esencialmente doloso, ya que el tipo penal consagra quien se sustraiga sin justa causa, es decir que no haya justificación en la sustracción a la prestación de alimentos legalmente debidos.

1. Conceptos doctrinarios que aplican en el delito de inasistencia alimentaria

Sobre la base de la realidad social, "La conducta de inasistencia alimentaria, no constituye un problema o conflicto grave y generalizado en el tiempo, por el contrario, esta conducta obedece a situaciones coyunturales del momento, debido a la crisis económica por la que atraviesa las clases mas pobres y desprotegidas del país que no encuentran políticas económicas y sociales claras por parte del Estado frente al empleo y la educación. El estado alude sus obligaciones sociales y constitucionales y esta destinando el sistema penal para encubrirse y hacer que a los particulares se les sancione por los deberes que el mismo como estado esta encubriendo"[8] Desde una perspectiva dogmatica, en derecho penal se consagran una serie de principios que enmarcan el campo de acción de esta área del derecho como son:

Según el principio de intervención mínima: El Derecho Penal debe ser la última ratio de la política social del Estado para la protección de los bienes jurídicos más importantes, frente a los ataques más graves que puedan sufrir. La intervención del Derecho Penal en la vida social debe reducirse a lo mínimo posible (minimización de la respuesta jurídica violenta frente al delito).

Según el principio de subsidiariedad: El Derecho Penal ha de ser la última ratio, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos. El llamado carácter fragmentarios del Derecho Penal constituye una exigencia relacionada con la anterior. Ambos postulados integran el llamado principio de intervención mínima. Que el Derecho Penal sólo debe proteger bienes jurídicos no significa que todo bien jurídico haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelado deba determinar la intervención del Derecho Penal.

El principio de intervención mínima: basado en último término en el reconocimiento de un cierto déficit de legitimación del Derecho penal, que llegaría de la mano de la recíproca interacción entre la gravedad de las sanciones susceptibles de imponerse a los ciudadanos a través de este subsistema de control social y la limitada eficacia social a él atribuida"[9].

En el caso concreto "vemos que el Estado ha fomentado el ejercicio del poder punitivo como prima ratio, pues permite a los ciudadanos accionar la jurisdicción penal, sin agotar los otros mecanismos existentes para hacer efectiva las obligaciones alimentarias, desconociendo el carácter subsidiario que entraña el derecho penal como mecanismo de protección"[10].

7. MORALES ACACIO, Alcides, Alcides, Op, cit. Pág. 228
8. CARO LÓPEZ, Flor Colombia y MEJÍA GUZMÁN, Katy Lisset. El delito de inasistencia alimentaria y la proscripción de cárcel por deudas. Trabajo de grado para optar al título de abogado, Universidad De Antioquia, facultad de derecho, disponible en biblioteca principal, Medellín Colombia, 2006, pág.61.
9. El Principio de mínima intervención o última ratio. Generalidades, obtenido el 6 de mayo de 2010, en http://www.monografias.com/trabajos37/derecho-penalminimo/derecho-penal-minimo.shtml.
10. CARO LÓPEZ, Flor Colombia y MEJÍA GUZMÁN Katy Lisset, Op cit. pág. 6.

2. Antecedentes Jurisprudencial del Delito de Inasistencia Alimentaria en Colombia.

SENTENCIA C 388 DE 2000: En esta sentencia se demanda la presunción legal el artículo 155 del decreto 2737 de 1989 por considerar que vulnera la presunción de inocencia consagrada en el artículo 29 de la Constitución Nacional; la norma demandada estipula: Cuando no fuere posible acreditar el monto de los ingresos del alimentante, el juez podrá establecerlo tomando en cuenta su patrimonio, posición social, costumbres y en general todos sus antecedentes y circunstancias que sirvan para evaluar su capacidad económica. En todo caso se presumirá que devenga al menos el salario mínimo legal. Al respeto la corte menciona que las presunciones legales son hechos o situaciones que, en virtud de la ley, deben suponerse como ciertas siempre que se demuestren determinadas circunstancias previas o hechos antecedentes, y se dan para proteger bienes jurídicos particularmente valiosos, la corte además aclara que la presunción legal libera a una de las partes del proceso de la carga de probar el hecho presumido, por ello además beneficia a una de las partes del proceso liberándola de la carga de demostrar el hecho que se presume.

Por lo anterior es que un segmento considerable de las presunciones legales tienden a corregir la desigualdad material que existe entre las partes respecto del acceso a la prueba y a proteger la parte que se encuentra en situación de indefensión o de debilidad manifiesta.

Con respecto al caso en particular, la corte agrega que para que una presunción legal resulte constitucional es necesario que la misma aparezca como razonable, es decir, que responda a las leyes de la lógica y de la experiencia que persiga un fin constitucionalmente valioso y que sea útil, necesaria y estrictamente proporcionada para alcanzar el fin mencionado. Para constatar que se cumplan los requisitos anteriores la Corte Constitucional verifica que la presunción reúne cada uno de ellos, mediante juicio de razonabilidad y proporcionalidad de la disposición demandada.

En cuanto a la razonabilidad, la corte establece que, para que una presunción resulte razonable no es necesario demostrar que la totalidad de los sujetos que puedan eventualmente ser afectados se encuentre en las condiciones de hecho establecidas en la correspondiente disposición. Si ello fuera así, no solo se estaría desvirtuando completamente la naturaleza y el carácter de las presunciones, sino que resultaría francamente imposible o inútil establecer presunciones. Por tanto, tratándose de una presunción legal, la persona afectada tendrá siempre la oportunidad de demostrar la inexistencia del hecho presumido. Por otra parte, respecto a la razonabilidad, la Corte Constitucional plantea que en cuanto a la disposición demandada, puede sostenerse que si bien un sector de la población no devenga el salario mínimo legal, la mayoría de las personas, en edad de trabajar, percibe, por lo menos, un ingreso mensual equivalente a dicha suma. En efecto, tanto los datos que aporta la experiencia como la obligación del empleador de pagar, no menos de una cuantía mínima legal como salario mensual, permite sostener que la presunción cuestionada es razonable.

Con respecto a la proporcionalidad, la Corte Constitucional añade que la cuota alimentaria se debe fijar por lo menos con relación al salario mínimo legal, para despojar a la parte vulnerable de la carga de la prueba, dicha protección protege a la parte más débil el menor. De esta manera, se logran dos objetivos procesales importantes. En primer lugar se corrige la desigualdad material entre las partes respecto de la prueba y en segundo término, se evita que un eventual deudor de mala fe, pueda evadir sus más elementales obligaciones ocultando o disminuyendo una parte de su patrimonio. Con lo anterior la ley tiende a garantizar, en el peor de los casos, el pago de una cuota alimentaria mínima vinculada al nivel de ingresos presumido.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional señala que no resulta difícil comprender entonces, que la disposición demandada persigue un objetivo constitucionalmente prioritario: la defensa de los derechos más elementales del menor.

Según esta sentencia, la conducta descrita por la norma acusada es de peligro, en cuanto no se requiere la causación efectiva de un daño al bien jurídico protegido; de ejecución continuada, dado que la violación a la

norma persiste hasta tanto se dé cumplimiento a la obligación; exige entonces un sujeto activo calificado que es la persona civilmente obligada; un sujeto pasivo que es el beneficiario, concretamente los ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo y el cónyuge, más un elemento adicional, contenido en la expresión "sin justa causa", puesto que se trata de una conducta que sólo puede ser sancionada a título de dolo; Por tanto, requiere que el sujeto obligado conozca la existencia del deber y decida incumplirlo.

Finalmente, la Corte Constitucional afirma que nada en las disposiciones legales estudiadas permite aseverar que el deudor será condenado a pagar una suma que le resultaría imposible sufragar y que el correspondiente incumplimiento va a culminar con una sanción penal en su contra. Por el contrario, la imposibilidad de pagar por insuficiencia de recursos debidamente documentada constituye justa causa para disminución o suspensión temporal de la obligación alimentaria y sirve para desvirtuar la responsabilidad penal por el delito de inasistencia alimentaria.

SENTENCIA C 984 DE 2002: En esta sentencia, la Corte Constitucional reitera el precedente sentado en la sentencia C 237 DE 1997, en la cual señala que "el fundamento de la obligación alimentaria es el deber de solidaridad que une a los miembros más cercanos de una familia, y su finalidad es la subsistencia de los beneficiarios"; Además señala que: "El bien jurídico protegido por la norma acusada es la familia y no el patrimonio. A pesar de que dicha obligación se traduce, finalmente, en una suma de dinero, no se castiga a quien la incumple, por defraudar el patrimonio ajeno, sino por faltar a un deber nacido del vínculo de parentesco o matrimonio, y poner en peligro la estabilidad de la familia y la subsistencia del beneficiario".

Y agrega que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o "Pacto de Costa Rica", en el artículo 7 numeral 7 excluye de la prohibición de detención por deudas, a quien incumple los deberes mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentario"[11].

SENTENCIA C 1646 DE 2000: La Corte Constitucional hace referencia a la vulnerabilidad de los menores:
"Son considerados como grupo destinatario de una atención especial estatal que se traduce en un tratamiento jurídico proteccionista, respecto de sus derechos y de las garantías previstas para alcanzar su efectividad. Así, logran identificarse como seres reales, autónomos y en proceso de evolución personal, titulares de un interés jurídico superior que irradia todo el ordenamiento jurídico"[12]. En cuanto a la eficacia de la norma agrega que: "La total ineficacia del precepto legal no hace que éste devenga inconstitucional, puesto que una cosa es la validez de las normas jurídicas y otra muy distinta su eficacia". La eventual ineficacia de un precepto no lo convierte en inconstitucional. "En el ordenamiento jurídico pueden subsistir normas ineficaces que, por esta sola circunstancia fáctica, no deben ser declaradas inexequibles"[13].

SENTENCIA T 502 DE 1992: La Sala de Revisión de la Corte Constitucional, establece que: "Los padres deben obrar con absoluta responsabilidad desde la concepción de los hijos. Velar porque su etapa de niñez y adolescencia cuente con su respaldo afectivo y económico"[14].

Aclara que: "En Colombia son miles los niños que padecen los rigores de la inasistencia de sus padres y esto es un motivo generador de violencia. El niño no puede ser considerado como un ser aislado; es producto de la maternidad, la familia y la sociedad. Estas condicionan su existencia por cuanto él evoluciona siempre con respecto a ellas, lo cual hace evidente que el niño sea un ser en alto grado indefenso y frágil"[15], Por tanto, "La no cancelación de las mesadas, provisional o definitivamente decretadas por el juez civil o de menores, ubica al incumplidor en el marco del tipo penal, ello no significa que la configuración del hecho punible dependa de la declaración judicial de alimentos o del no pago de las mesadas decretadas, pues él surge realmente desde el

11. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 984 de 2002. Magistrado Ponente. Marco Gerardo Monroy Cabra.
12. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 1646 de 2000. Magistrado Ponente. Álvaro Tafur Galvis.
13. Ibídem.
14. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-502 de 1992, Magistrado Ponente. Alejandro Martínez Caballero
15. Ibídem.

mismo día en que, existiendo para el agente la obligación alimentaria, deja de satisfacerla independientemente que una decisión judicial haya reconocido la existencia de aquel deber y haya decretado el monto de las mesadas.

Necesario es entonces distinguir el momento en que nace para el agente la obligación de suministrar alimentos y aquel en que tal obligación es judicialmente declarada, si bien la exigibilidad civil de aquella nace a partir del segundo momento, la configuración material del hecho punible emerge desde el primero, porque es el que naturalmente corresponde a la omisión del deber legal de asistencia económica o que el legislador quiso penalmente sancionar"[16].

Resultados Parciales

Respecto al delito de inasistencia alimentaria es factible mencionar que los principios del derecho penal enunciados dentro de la postura doctrinaria de este análisis, son altamente vulnerados, ya que en Colombia existen otros mecanismos dados por el derecho civil y de familia para exigir el cumplimiento de la obligación de dar alimentos, como es un tramite ejecutivo que lleve al embargo de bienes o de salarios, no obstante para iniciar el tramite penal, no se exige como requisito pre-procesal, acudir primero a estos mecanismos, motivo por el cual se puede acudir al sistema penal como medio principal para exigir la protección del bien jurídico, desvirtuando así los postulados que estos principios del derecho penal contienen. Al estudiar aspectos importantes de este tipo penal, desde una perspectiva dogmatica es factible establecer que el delito analizado vulnera garantías constitucionales y procesales al acusado, además la presunción legal establecida en el artículo 155 del decreto 2737 de 1989, rompe la igualdad de armas en el sistema penal acusatorio, ya que con ella, se implanta un carácter doloso a la conducta desde mucho antes de la investigación, además viola la presunción de inocencia pues desde la perspectiva del tipo penal la persona es culpable a titulo de dolo hasta que la presunción legal contenido en este tipo penal sea desvirtuada.

Conclusiones

Después de analizar conceptos doctrinarios que enmarcan nuestro derecho penal, y la postura radical que la Corte Constitucional ha mantenido respecto al delito de inasistencia alimentaria, es factible mencionar que aunque las presunciones legales admiten prueba en contario, para nadie es un secreto que en Colombia contamos con un sistema judicial precario que además resulta de difícil acceso para las personas de bajos recursos, así pues, para un procesado por este delito, será muy difícil demostrar que el factor económico es una justa causa para sustraerse de la obligación, pues visto desde la realidad nacional, el que una persona de un estrato económico bajo tenga un empleo que en la gran mayoría de los casos es informal, no indica que sus nivel de ingresos sea el salario mínimo, por tanto con esta situación, se está viendo afectado el mínimo vital de las personas, que a su vez, es vulnerado por la falta de intervención estatal, por consiguiente es un aspecto concomitante lo que impide el incumplimiento de la obligación alimentaria y no la voluntad de las personas que se sustraen de la dicha obligación.

Es importante mencionar que desde nuestra constitución los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, por tanto es trascendental que esta conducta sea sancionada para logar un equilibrio entre la sociedad y las leyes, pero desde otra orbita del derecho, no desde el punto de vista penal, ya que desde esta perspectiva la intervención lejos de ayudar a solucionar la conducta antes la agrava y otorga una justa causa (estar detenido) para el incumplimiento de esta obligación, vulnerando aun mas el bien jurídico protegido; Por consiguiente la pena impuesta no tiene ninguna utilidad ocasionando una eficacia simbólica de la norma y vulnerando su teleología.

Es primordial identificar que delitos no alcanzan un verdadero ámbito de protección, desde el punto de vista social, ya que esto, aparte de estar enfocado a la teleología que toda norma debe tener, ayuda a descongestionar nuestro aparato judicial, permitiendo así, que los delitos que realmente lo necesitan tengan un seguimiento y

tratamiento efectivo por parte del derecho penal, ya que no todo lo que es malo para una sociedad debe ser sancionado penalmente por eso se dice que es fragmentario ya que solamente tiene en cuenta aquellas conductas que vulneran intereses fundamentales para la comunidad, dejándole a otras aéreas del derecho otras conductas indebidas, preservando de esta manera el principio de intervención mínima del derecho penal.

Como ya se había mencionado anteriormente, este delito podría ser regulado por otras ramas del derecho, como la de familia o la civil, que darían un tratamiento más efectivo, lo que llevaría a fortalecer la justicia ordinaria, los centros de conciliación y comisarías de familia, para la protección del alimentado, para que por medio de la conciliación se lograra el fin querido, en este caso el cumplimiento de la obligación alimentaria, por otra parte se evitaría un daño mayor a los lazos familiares, violando así, otro derecho fundamental la familia, como núcleo esencial de la sociedad.

Referencias Bibliográficas

CARO LÓPEZ, Flor Colombia, y MEJÍA GUZMÁN, Katy Lisset, El delito de inasistencia alimentaria y la proscripción de cárcel por deudas. Trabajo de grado para optar al titulo de abogado, Universidad de Antioquia, facultad de derecho, disponible en biblioteca principal. Medellín Colombia, 2006.

HERRERA MATÍNEZ, Sandra. El delito de inasistencia alimentaria para la jurisprudencia y la doctrina. [CDROM], Windows 95 o posterior. Universidad de Antioquia, biblioteca principal (t346, 2 h565), Medellín Colombia, 2008.

MORALES ACACIO, Alcides. Protección penal a la familia, Grupo Editorial Leyer, Bogotá, 2003.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-502 de 1992, Magistrado Ponente. Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-388 de 2000, Magistrado Ponente. Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1646 de 2000. Magistrado Ponente. Álvaro Tafur Galvis.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-984 de 2002. Magistrado Ponente. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Cibergrafía

El Principio de mínima intervención o última ratio. Generalidades, obtenido el 30 de mayo de 2010, en: http://www.monografias.com/trabajos37/derecho-penal-minimo/derecho-penal-minimo.shtml.

16. Ibídem.

Artículos

La Privación De La Libertad Dentro De La Privación De La Libertad

por
Natalia Giraldo Cano[1]

RESUMEN

Aunque puede pensarse en el derecho a no sufrir detención, prisión o destierro arbitrarios, como un derecho de aplicación exclusiva en el campo penal, este derecho, en materia penitenciaria tiene dos aplicaciones especificas y de gran importancia. La primera de ellas, se refiere a la posibilidad de sufrir una privación de la libertad dentro de la privación de la libertad, haciendo referencia a lo que el derecho penitenciario llama "aislamiento", el cual siempre debe seguir los lineamento legales, como la legítima defensa y el debido proceso y nunca debe llegar a la arbitrariedad. La segunda aplicación de este derecho se da cuando se prolonga injustificadamente la privación de la libertad, tal es el caso de las demoras, voluntarias o no, en la expedición administrativa de los certificados para obtener la libertad, para la redención de pena, o para los beneficios administrativos.

PALABRAS CLAVES

Corte Constitucional, Consejo de Estado, derechos fundamentales, derecho penitenciario, jurisprudencia, privación de libertad, detención, prisión, destierro, celda, aislamiento.

ABSTRACT

Although one may think there is the Right of not suffering from detention, prison or exile arbitrary, as if this Right is exclusively applicable by penal law, this Right in the framework of penitentiary system there are two specific applications of great importance. The first application refers to the possibility of suffering a deprivation of liberty within the deprivation of liberty, making a reference to what they call within penitentiary law isolation, which always has to follow the legal lineaments, as the legitimate defense and the proper process and never may develop into arbitrariness. The second application of this Right occurs when the deprivation of liberty is prolonged without justification. Such is the case with delays, intentionally or not, with the administrative settlement of the certificates as to obtain freedom, for the redemption of thesentence, or for the administrative benefits.

KEY WORDS

Constitutional Court, Council of State, fundamental rights, penitentiary law jurisprudence, deprivation of liberty, detention, prison, exile, cell, isolation.

Introducción

Este articulo hace parte de una investigación del grupo Sistema Penitenciario, titulada: "Derechos Fundamentales de las Personas Privadas de la Libertad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado". Cuyo equipo de trabajo está integrado por el profesor Juan David Posada Segura (Ph.D), como investigador principal, y Ivonne Llerena López, Natalia Giraldo Cano, Cindy Barrientos Rozo, Carolina Palacio Hidalgo como auxiliares de investigación.

1. Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, auxiliar de investigación, miembro del grupo de investigación Sistema Penitenciario y del Semillero de Derecho Penitenciario (www.derechopenitenciario.org) que dirige el Prof. Dr. Juan David Posada Segura (www.posadasegura.org).

Con este texto, lo que se pretende demostrar es que la cárcel no es un sitio ajeno al derecho, las personas privadas de la libertad no han sido eliminadas de la sociedad, y mucho menos han perdido su calidad de seres humanos. La condición de prisioneros, no les quita, bajo ninguna circunstancia la calidad de sujetos activos de derechos.

Si bien es claro que en razón misma de la privación de la libertad, existen derechos fundamentales que tendrán que ser suspendidos o restringidos, también hay muchos otros derechos que se conservaran incólumes y que por lo tanto deberán ser respetados íntegramente por las autoridades.

Por lo que surge una obligación especial del Estado con los reclusos, con miras a que éstos puedan ejercer plenamente los derechos fundamentales que no les han sido suspendidos, y parcialmente aquéllos que les han sido restringidos. Y esto no implica simplemente que el Estado no debe interferir en la esfera de desarrollo de estos derechos, sino también, -y de manera especial- que el Estado debe ponerse en acción para garantizarle a los internos el pleno goce de los derechos que se conservan intactos.

Por su parte, el derecho a no sufrir detención, prisión o destierro arbitrarios, se clasifica dentro de los derechos civiles de las personas, y cobra vital importancia en materia penitenciaria por que se relaciona directamente con la libertad.

Este derecho ha contado con muy pocos pronunciamientos jurisprudenciales por parte de las Altas Cortes de nuestro país, su consagración normativa es también escasa, esto hace que sea muy propenso a ser vulnerado.

Por lo que a continuación, se mencionara la normatividad internacional, y nacional vigente en Colombia, la consagración Constitucional y Penitenciaria que se le ha dado. Se mostrara a su vez, el recorrido jurisprudencial que ha recibido el derecho tanto en la Corte Constitucional como en el Consejo de Estado, y se hará una aproximación al estado real del derecho en los centros de reclusión del país.

CONSAGRACIÓN NORMATIVA

El derecho a no sufrir detención, prisión o destierro arbitrarios se encuentra consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 9; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XXV; y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, artículo 7.3.

Este derecho fue tratado por la Constitución Política de manera separada, es decir, la detención o prisión arbitraria es consagrada como derecho fundamental en el artículo 28. Por su parte, el destierro fue catalogado como una pena prohibida por el artículo 34.

Por último, el Código Penitenciario y Carcelario, consagró esta prohibición como principio rector en su artículo 2, y frente al destierro expresó su prohibición en el artículo 6.

Desarrollo Jurisprudencial

Sobre el Derecho a no sufrir detención, prisión o destierro arbitrarios sólo se conocen tres pronunciamientos de la Corte Constitucional, estas sentencias son la T-439 de 2006 y T-684 de 2005, que sólo mencionan el derecho; y la sentencia T-412 de 2009, que le da un desarrollo efectivo al mismo.

Igualmente, desde el Consejo de Estado sólo se conocen tres pronunciamientos sobre este derecho, dentro de los cuales, se menciona el derecho en la sentencia 2512 de 2004 y se desarrolla en las sentencias 3339 de 1995 y 4386 de 1998.

	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
CC	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	1	0	0	1
CE	0	0	0	0	1	0	0	1	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0

Contenido

Si bien el Estado social de derecho permite restringir la libertad de las personas que cometen un hecho punible, necesariamente, como contrapartida, el Estado debe garantizarles a las personas privadas de la libertad todos los medios necesarios para purgar su pena en condiciones dignas.

A las personas que cometen un hecho ilícito, se les castiga con la privación de la libertad, y sólo esa debe ser su condena por infringir la ley, el trato que se les da al interior del penal nunca debe ser usado como medio de castigo, pues el único derecho que se le suspende a los internos es el de la libertad física, o libertad de abandono, ya que no pueden abandonar el lugar; los demás derechos se siguen conservando, algunos de manera plena y otros restringidos, pero en ningún caso se les eliminan por su condición de reclusos.

"la condición de prisionero determina una drástica limitación de los derechos fundamentales, dicha limitación debe ser la mínima necesaria para lograr el fin propuesto. Toda limitación adicional debe ser entendida como un exceso y, por lo tanto, como una violación del tales derechos. La órbita de los derechos del preso cuya limitación resulta innecesaria, es tan digna de respeto y su protección constitucional es tan fuerte y efectiva como la de cualquier persona no sometida a las condiciones carcelarias. Los derechos no limitados del sindicado o del condenado, son derechos en el sentido pleno del término, esto es, son derechos dotados de poder para demandar del Estado su protección"[2].

El Derecho a no sufrir detención, prisión o destierro arbitrario se ve vulnerado cuando se pone en "aislamiento" a un interno por una falta que cometió, sin someterlo a un juicio[3] previo, sin garantizarle una legítima defensa y por lo tanto a un debido proceso penitenciario; o cuando se prolonga la privación de la libertad de manera injustificada, ya sea por que se impide la libertad cuando ya se ha cumplido la pena, o cuando se nieguen los beneficios administrativos cumpliéndose los requisitos legales para acceder a ellos.

Lamentablemente esta es una situación que se ve constantemente en los centros de reclusión, presentándose casos en los que la oficina jurídica dilata injustificadamente el trámite de las solicitudes para acceder a la libertad, cumplida la totalidad de la pena interpuesta por sentencia, según se constata en la jurisprudencia constitucional.

A manera de ejemplo se podría citar el caso de una mujer que permaneció recluida tres meses más después de haber cumplido su condena, debido a la congestión en la oficina. En esta oportunidad, la interna afirmó

2. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-596 DE 1992, Magistrado Ponente: CIRO ANGARITA BARON
3. Entiéndase proceso disciplinario penitenciario, en el que lo natural es que participara un juez porque podrán resultar afectados derechos fundamentales del interno.

mediante tutela que "esta dependencia no hace seguimiento a los tiempos de pena cumplidos por cada interna, muchas compañeras se encuentran en la reclusión a pesar de ya haber cumplido sus condenas"[4].

O también, se presentan casos en los que la administración juega con la libertad de los reclusos amenazándolos con pasar informes falsos sobre sus comportamientos para efectos de la calificación de sus conductas: "las guardianas del centro nos torturan psicológicamente, nos amenazan con trasladarnos a otros centros de reclusión"[5].

Con respecto a la sanción de aislamiento, se ha estipulado que ésta debe cumplir con todas las garantías constitucionales y con los requerimientos legales. Se hace referencia especialmente al principio de legalidad, al derecho de defensa y al debido proceso con el único fin de que esta "privación de la libertad" dentro de la privación de la libertad no se cubra de arbitrariedad.

Hay una sentencia bastante llamativa en la que la madre de una reclusa interpone acción de tutela por considerar que el INPEC ha desconocido los derechos a la vida digna, la integridad física, la salud y la seguridad social de su hija, ya que no se han tomado las medidas necesarias para protegerla frente a las constantes amenazas a las que se ve sometida por parte de sus compañeras.

En este caso, en vez de considerarse una medida menos gravosa como el traslado hacia otro establecimiento penitenciario, las autoridades correspondientes decidieron aislarla y recluirla en un calabozo bajo condiciones completamente indignas, las cuales afectan, tanto su salud física como mental. Al respecto se pronunció la Corte Constitucional:

"(...) la medida de aislamiento en este caso en particular es innecesaria y en caso de no suspenderla se estaría afectando gravemente su dignidad, su libertad, su salud y su vida. (...)para poder garantizar su seguridad, y su unidad familiar esto debido a que a la reclusa se le ha prolongado por un largo tiempo el aislamiento (más de tres meses) y porque esta situación, además se está deteriorando gravemente su salud y su estado emocional"[6].

Un pronunciamiento que complementa esta situación, afirma que "la protección de los derechos fundamentales no puede reducirse al juicio de legalidad acerca de la decisión tomada por la autoridad pública correspondiente; es necesario, además, y sobre todo, confrontar dicha decisión con la Constitución misma"[7].

Como se mencionó con anterioridad, la imposición de penas o medidas privativas de la libertad supone la suspensión de ciertos derechos fundamentales de los reclusos, así como la limitación de otros. Sin embargo, el derecho de petición, comúnmente empleado en los establecimientos penitenciarios, no sufren ninguna restricción con ocasión de la reclusión, se trata de un derecho cuyo goce pleno continúa en cabeza de los internos.

Y si bien, este es el procedimiento por excelencia para comunicarse con la administración, constantemente se ve vulnerado por las prolongadas demoras en su contestación. Dice la Corte Constitucional al respecto que:

"Si bien la garantía del derecho de petición no comporta la obligación de las autoridades de dar respuesta positiva a las solicitudes de los internos ni de realizar las gestiones que ellos demanden, sí conlleva el deber de adoptar todas las medidas necesarias para que reciban una respuesta completa y oportuna"[8].

Agregó además que "las dificultades de carácter administrativo o la congestión de los despachos de las

4. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-439 de 2006. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.
5. Ibíd.
6. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-596 de 1992 Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.
7. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-412 de 2009 Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa.
8. Ibíd.

autoridades penitenciarias y carcelarias, no constituyen, por si solas, razón suficiente para dilatar los términos legales a que se encuentran sujetas para dar respuesta a las peticiones de los reclusos"[9], y que para la plena satisfacción del derecho "las autoridades penitenciarias deben motivar en forma razonable sus decisiones, con el fin de que los peticionarios puedan controvertir las decisiones"[10].

Es completamente claro, que en el marco de un estado social y democrático de derecho, las autoridades penitenciarias puedan imponer autónomamente sus decisiones, pero estas, en ningún caso son discrecionales o absolutas, en especial, cuando éstas conllevan un fuerte impacto en el goce efectivo de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad o en el de sus familiares. En tal sentido, agregó la Corte Constitucional que:

"El sufrimiento es inseparable de la pena pero la pena no se reduce al sufrimiento, ni lo tiene como objetivo, por lo tanto, toda aflicción excesiva y que no corresponda al fin de la pena, debe ser considerada ilegítima y ajena"[11].

Se fijaron entonces, desde este pronunciamiento, la razonabilidad y la proporcionalidad como criterios para establecer la legitimidad constitucional de las medidas que adopten las autoridades en desarrollo de sus competencias legales y reglamentarias reconocidas. Expresamente se indicó que toda pena, además de ser jurídica, pública y judicial, debe ser (1) necesaria, (2) útil y (3) proporcional.

En cuanto al "aislamiento de los internos" el Consejo de Estado, tiene un pronunciamiento bastante pobre y carente de argumentos, pues en la sentencia 4386 de 1998, el actor afirma que "de acuerdo a la ley 65 de 1993, el aislamiento puede ser aplicado como sanción o sin juicio previo"[12].

Esta norma establece que el interno aislado puede ser visitado exclusivamente por el funcionario encargado del mismo, y esto hace que implícitamente se le sancione con la suspensión de visitas a las cuales eventualmente tendría derecho, lo que podría considerarse como una doble sanción por un mismo hecho, además de que se impide la visita de las autoridades para que puedan inspeccionar, por ejemplo, las condiciones de aislamiento en que se encuentra el recluso.

Con respecto a que si la sanción de aislamiento debería tener un juicio previo, esta Sala consideró que es innecesario pues "es la misma ley la que atribuye al aislamiento las consecuencias previstas en el reglamento general"[13] , y así finaliza la discusión sobre este punto, sin tener en cuenta, que de esta manera, se están violando además, los derechos a la legítima defensa, y a un debido proceso.

Por otro lado, el Consejo de Estado acepta que en un Estado de Emergencia Penitenciaria se faculte al director del establecimiento de reclusión para ordenar "el aislamiento de algunos reclusos hasta por sesenta días con derecho a dos horas de sol diarias"[14], lo que indudablemente va en contravía de la norma constitucional que prohíbe las torturas y los tratos crueles e inhumanos a todas las personas, incluyendo desde luego dentro de tal concepto a quienes están privados de la libertad.

Se puede decir que el derecho a no sufrir detención, prisión o destierro arbitrarios tiene muy poco desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, y que además de esto, es uno de los derechos que más se vulnera en las penitenciarías del país, pues debido a la cantidad de trámites administrativos y al poco personal -ética y profesionalmente capacitado para cumplir con estas funciones-, las personas privadas de la libertad pagan muchos más días de los que aparecen en su condena, y los beneficios administrativos no favorecen exclusivamente a los que cumplan con los requisitos legales.

9. ibíd.
10. Ibíd.
11. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-596 de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.
12. Ibíd.
13. CONSEJO DE ESTADO. Expediente: 4386 de 1998, Consejero Ponente: Manuel Santiago Urueta Ayola.
14. CONSEJO DE ESTADO, Expediente 3339 de 1995. Consejero Ponente: Yesid Rojas Serrano.

Conclusiones

Nos encontramos de cara a un derecho cabalmente desarrollado en materia penal, pero que a su vez es un derecho del que siguen gozando las personas privadas de la libertad, y ya en materia penitenciaria, ha sido prácticamente relegado.

Su relación directa con la libertad, hace que cobre mucha importancia en materia penitenciaria, pero a pesar de esto, se vulnera constantemente, ya que la sanción de "aislamiento" a un interno, podría denominarse como de libre albedrio de las autoridades carcelarias, ya que no se exige para ello, un juicio previo, una legítima defensa y por ende un debido proceso; también es evidente la congestión administrativa en las cárceles y penitenciarias, por lo que en muchos casos, la condena efectivamente cumplida, puede llegar a extenderse arbitrariamente.

Se evidencia a su vez, una falta de compromiso, tanto de la Corte Constitucional y más, del Consejo de Estado, por el olvido en el que ha permanecido este derecho, contribuyendo de esta manera, aunque sea por omisión, a sus constantes violaciones.

Referencias bibliográficas

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-596 de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-439 de 2006. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-412 de 2009 Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa.

CONSEJO DE ESTADO. Expediente 3339 de 1995. Consejero Ponente: Yesid Rojas Serrano.

CONSEJO DE ESTADO. Expediente: 4386 de 1998, Consejero Ponente: Manuel Santiago Urueta Ayola.

POSADA SEGURA, Juan David. Sistema penitenciario. Estudio sobre la privación de la libertad y los derechos fundamentales relacionados. Comlibros, Medellín Colombia, 2009.