

Referencia: expediente D-11077

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 5º (parcial) de la Ley 1709 de 2014, *“Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones.”*

Demandante: Julio Nelson Vergara Niño.

Magistrada Ponente:
GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D.C., veintidós (22) de junio de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados María Victoria Calle Correa, quien la preside, Luís Guillermo Guerrero Pérez, Alejandro Linares Cantillo, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado, Jorge Iván Palacio Palacio, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Alberto Rojas Ríos y Luís Ernesto Vargas Silva, y en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial de las previstas en el numeral 4º del artículo 241 de la Constitución Política, cumplidos todos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

Dentro de la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 5º (parcial) de la Ley 1709 de 2014, *“Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones.”*

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad prevista en los artículos 40-6, 241 y 242-1 de la Constitución Política, el ciudadano Julio Nelson Vergara Niño presentó ante esta Corporación demanda contra el

artículo 5° (parcial) de la Ley 1709 de 2014, “*Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones.*”, por presuntamente vulnerar los artículos los artículos 13, 26, 29, 67, 84 y 95 numeral 7° del texto Superior.

La demanda fue admitida por el Despacho de la magistrada ponente mediante auto del 30 de octubre de 2015, únicamente por el cargo por presunta violación al artículo 13 de la Carta. Posteriormente en providencia del 25 de noviembre de 2015, se ordenó: i) comunicar al Presidente del Congreso la iniciación del proceso, así como a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, la Defensoría del Pueblo, el INPEC y al Ministerio de Justicia para que, si lo estimaban pertinente, presentaran concepto sobre la constitucionalidad de la norma demanda; ii) invitar a las Universidades: Nacional, Andes, Externado, Javeriana, del Rosario y Sergio Arboleda, así como a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, para que presentaran su concepto sobre la constitucionalidad de la norma demandada; iii) fijar en lista la norma acusada para garantizar la intervención ciudadana; y iv) correr traslado al señor Procurador General de la Nación, para lo de su competencia.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de esta clase de juicios y rendido el concepto del Procurador General de la Nación, procede la Corte a decidir de fondo la demanda en referencia.

I. TEXTO DE LA NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el artículo 5° de la Ley 1709 de 2014, “*Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones.*”, que introdujo el artículo 7A en la Ley 65 de 1993 “*Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario*”, y se resalta el aparte objeto de la demanda de inconstitucionalidad:

“LEY 1709 DE 2014”
(enero 20)

Diario Oficial No. 49.039 de 20 de enero de 2014

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTÍCULO 5º. *Adiciónase un artículo 7A en la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:*

Artículo 7A. Obligaciones especiales de los Jueces de Penas y Medidas de Seguridad. Los Jueces de Penas y Medidas de Seguridad tienen el deber de vigilar las condiciones de ejecución de la pena y de las medidas de seguridad impuesta en la sentencia condenatoria.

*Los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, de oficio o a petición de la persona privada de la libertad o su apoderado **de la defensoría pública** o de la Procuraduría General de la Nación, también deberán reconocer los mecanismos alternativos sustitutivos de la pena de prisión que resulten procedentes cuando verifiquen el cumplimiento de los respectivos requisitos.*

La inobservancia de los deberes contenidos en este artículo será considerada como falta gravísima, sin perjuicio de las acciones penales a las que haya lugar.

El Consejo Superior de la Judicatura garantizará la presencia permanente de al menos un Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad en aquellos establecimientos que así lo requieran de acuerdo con solicitud que haga el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC). En los demás establecimientos se garantizarán visitas permanentes.”

II. LA DEMANDA

El demandante acusó de inconstitucional el artículo 5º de la Ley 1709 de 2014, en especial la expresión “**de la defensoría pública**”, por la supuesta vulneración del artículo 13 Superior.

El actor sustentó el único cargo formulado con fundamento en que la norma demandada crea un trato desigual entre los abogados que ejercen el litigio penal porque, de una parte, concede una prerrogativa a los defensores públicos para solicitar al juez la sustitución de la pena de prisión de su representado, y de otra, impide a los abogados de confianza el libre ejercicio de su actividad, pues no les concede la facultad para elevar la misma solicitud. Explicó que la disposición objeto de censura:

“(...) establece una diferencia odiosa entre los iguales profesionales del derecho, privilegiando la sola vinculación estatal, sobre el defensor de confianza. Al no encontrarse causa razonable a esa preferencia, debe concluirse llanamente que esa odiosa discriminación se torna inconstitucional.”¹

A su vez, expresó que el artículo 29 de la Carta dispone que la defensa de los sindicatos está a cargo de los abogados y no hace distinción entre estos profesionales según su vinculación a la Defensoría del Pueblo. Por tal razón, reiteró que la norma demandada, viola la Constitución, porque crea una restricción en el ejercicio de la profesión que impide al abogado de confianza solicitar la sustitución de la pena de prisión de su defendido, mientras que dicha facultad está consagrada para el defensor público. En tal sentido concluyó que:

“(...) pertenecer a la Defensoría Pública (sic), no está contemplado ni en la Constitución, ni en la ley, como una de las condiciones habilitantes para ingresar a la profesión de abogado, que no son otras más que las siguientes: adecuada formación jurídico-humanística y alto sentido del servicio.”²

Por las anteriores razones, solicita que la Corte Constitucional declare la inexecutable parcial del artículo 5° de la Ley 1709 de 2014.

III. INTERVENCIONES

1. Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura³

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura presentó intervención, mediante oficio número INOJ15-1177 EXPSA 15-5684, del 11

¹ Folio 3 cuaderno principal.

² Folio 4 cuaderno principal.

³ Folios 40-42 cuaderno principal.



de diciembre de 2015, ante la Secretaría General de esta Corporación, el 16 de ese mismo mes y año, en la que manifestó que la disposición acusada no vulnera el derecho de igualdad.

Esa entidad sustentó su argumentación en los deberes e incompatibilidades para ejercer la abogacía conforme a la Ley 1123 de 2007, además, citó jurisprudencia de esta Corporación en relación con el derecho de escoger profesión u oficio y el principio de igualdad, para finalmente concluir que todos los abogados titulados e inscritos, poseen la facultad y la idoneidad para actuar en los distintos procesos judiciales⁴.

2. Universidad Sergio Arboleda⁵

Esa institución de educación superior a través de un profesor del departamento de derecho penal, presentó intervención ante la Secretaría General de la Corte, en la que solicitó a esta Corporación declararse **INHIBIDA** para conocer la demanda de la referencia⁶.

Consideró la interviniente que el problema expuesto en la demanda debe estudiarse a partir de dos cuestiones: i) la omisión legislativa relativa y su carga argumentativa; y, ii) la inhabilitación y las razones que la sustentan⁷.

Conforme a lo anterior, expuso que los fundamentos implícitos que sustentan los cargos hacen referencia a una omisión legislativa relativa, la cual exige la demostración argumentativa de 5 elementos, como lo ha decantado la jurisprudencia de la Corte: i) la existencia de una norma sobre la cual se predique el cargo; ii) la exclusión de dicha norma de consecuencias jurídicas sobre aquellos casos que por ser asimilables, debían estar comprendidos en su texto; iii) que dicha exclusión carezca de un principio de razón suficiente; iv) la ausencia de una justificación y objetividad que genera desigualdad negativa frente a quienes no están cobijados por los supuestos de la norma; y, v) la omisión debe ser el resultado del incumplimiento de un deber impuesto por el constituyente⁸.

Ahora bien, en relación con la solicitud de inhabilitación por parte de la Corte, expresó que: i) no se cumplió con la argumentación propia del cargo por omisión legislativa relativa; y, ii) los cargos presentados carecen de

⁴ Folios 42 y 42v cuaderno principal.

⁵ Folio 43-49 cuaderno principal.

⁶ Folio 49 cuaderno principal.

⁷ Folio 44 cuaderno principal.

⁸ Folios 45-46 cuaderno principal.

suficiencia y claridad, pues la demanda carece de coherencia lógica y no permite identificar el reproche de inconstitucionalidad⁹.

3. Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico, Sala Administrativa¹⁰

La Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico, a través de su Presidenta, presentó intervención ante la Secretaria General de este Tribunal, en la que manifestó que son admisibles los argumentos que sustentan la demanda de la referencia, puesto que la norma objeto de censura impone una limitación a las personas privadas de su libertad para que se les pueda reconocer los mecanismos alternativos o sustitutivos de la pena de prisión, ya que la presentación de dicha petición se restringe a los apoderados designados por la Defensoría Pública y no a los escogidos libremente por el condenado. Esta situación, según la interviniente, desconoce los artículos 13, 25, 29, 95 numeral 7º y toda la jurisprudencia de la Corte, en relación con los derechos a escoger profesión u oficio y de acceso a la administración de justicia¹¹.

4. Ministerio de Justicia¹²

El Ministerio de Justicia a través de la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico, presentó intervención ante la Secretaria General de esa Corporación, en la que solicitó la declaratoria de **INHIBICIÓN** de la Corte.

Los argumentos de su intervención gravitaron en torno a la inexistencia de objeto sobre el cual pueda este Tribunal pronunciarse de fondo, pues según la interviniente la demanda se dirige contra una norma que no existe¹³.

Conforme a lo expuesto, manifestó que la expresión “*de la defensoría pública*”, contenida en la norma demandada, vista en contexto con el contenido completo del inciso del cual hace parte, no se refiere al apoderado de la misma sino a la institución del Estado de la defensoría pública, en calidad de otro interviniente adicional al apoderado del condenado. En efecto, al examinar los antecedentes legislativos del proyecto se puede evidenciar que siempre la expresión demandada, hacía alusión a la posibilidad de que esa institución estatal tuviera la posibilidad de solicitar la aplicación de los

⁹ Folios 47-48 cuaderno principal.

¹⁰ Folio 51 cuaderno principal.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Folios 52-55 cuaderno principal.

¹³ Folio 53 cuaderno principal.



subrogados, como un interviniente adicional al apoderado del condenado, por tal razón la demanda carece de certeza¹⁴.

IV. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN¹⁵

El señor Procurador General de la Nación, en concepto del 22 de enero de 2016, solicitó a la Corte declarar **INEXEQUIBLE** el aparte normativo demandado.

La anterior petición la sustentó con base en las siguientes razones: i) una lectura literal del artículo demandado permite concluir que únicamente el apoderado de la defensoría pública es quien puede solicitar la sustitución de la pena privativa de la libertad; ii) esta situación desconoce el derecho fundamental de todas las personas procesadas penalmente a ser asistidas por un abogado de confianza que represente sus intereses ante los jueces; y iii) tanto el abogado de confianza como el designado por el sistema de Defensoría Pública se encuentran en la misma situación, pues cumplen el mismo rol de asistencia y asesoramiento a la persona por razón de su especialidad y conocimiento profesional. En ese orden de ideas, la expresión demandada contiene una restricción que vulnera el principio de igualdad, al establecer una discriminación que carece de justificación alguna¹⁶.

Concluyó su intervención con la reiteración de su solicitud a la Corte de declarar inexecutable el artículo 5º (parcial) de la Ley 1709 de 2014, que adicionó el artículo 7A de la Ley 65 de 1993.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1. En virtud de lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4º de la Carta Política, la Corte Constitucional es competente para conocer de esta demanda, pues se trata de una acusación de inconstitucionalidad contra un precepto que forma parte de una ley de la República.

Consideraciones previas

Aptitud sustantiva de la demanda

¹⁴ Folios 53-54 cuaderno principal.

¹⁵ Folios 62-66 cuaderno principal.

¹⁶ Folios 64-65 cuaderno principal.

2. El actor consideró que la expresión “*de la defensoría pública*” contenida en el artículo 5° de la Ley 1709 de 2014, que introdujo el artículo 7A en la Ley 65 de 1993, “*por medio de la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario*”, es inconstitucional por desconocer el artículo 13 de la Constitución.

El ciudadano sustentó el único cargo admitido por esta Corporación con base en que la norma demandada vulnera la igualdad de trato entre los apoderados de las personas privadas de la libertad, puesto que el artículo demandado parcialmente establece que los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad conocen de las solicitudes de mecanismos alternativos o sustitutivos de la pena de prisión de los procesados a petición de los apoderados de la defensoría pública, por lo que crea una distinción que excluye a los abogados de confianza de la posibilidad de hacer tal solicitud.

3. A su turno, la universidad Sergio Arboleda y el Ministerio de Justicia y del Derecho, solicitaron la declaratoria de inhibición, con fundamento en los siguientes argumentos: i) se trata de un cargo implícito por omisión legislativa relativa que carece de la especial carga argumentativa que se exige para estos casos; y ii) por falta de certeza, pues la censura constitucional recae sobre una norma que no existe.

Por esas razones, en primer lugar, la Sala debe analizar si el cargo por violación al principio de igualdad cumple los requisitos previstos por la jurisprudencia para considerarlo apto para generar el debate constitucional y, en consecuencia, si puede efectuar el estudio de fondo.

4. Al respecto, recuerda la Sala que la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido reiteradamente¹⁷ que la acción pública de inconstitucionalidad constituye una manifestación del derecho fundamental a la participación ciudadana, convirtiéndose en un instrumento jurídico valioso, que le permite a los ciudadanos defender el poder normativo de la Constitución y manifestarse democráticamente frente a la facultad de configuración del derecho que ostenta el Legislador (artículos 150 y 114 CP)¹⁸.

¹⁷ Ver entre otras las sentencias C-1095 de 2001, C-1143 de 2001, C-041 de 2002, A. 178 de 2003, A. 114 de 2004, C-405 de 2009, C-761 de 2009 y C-914 de 2010.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-330 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Ahora bien, aunque la acción de inconstitucionalidad es pública, popular¹⁹, no requiere de abogado²⁰ y tampoco exige un especial conocimiento para su presentación, lo cierto es que el derecho político a interponer acciones públicas como la de inconstitucionalidad (art. 40-6 C.P), no releva a los ciudadanos de presentar argumentos serios para desvirtuar la presunción de validez de la ley y de observar cargas procesales mínimas en sus demandas, que justifiquen debidamente sus pretensiones de inexecutableidad.

Estos requisitos, como se ha indicado, son mínimos y buscan, de un lado, promover el delicado balance entre la observancia del *principio pro actione* - que impide el establecimiento de exigencias desproporcionadas a los ciudadanos que hagan nugatorio en la práctica el derecho de acceso a la justicia para interponer la acción pública enunciada-, y de otro, asegurar el cumplimiento de los requerimientos formales mínimos exigibles conforme a la ley, en aras de lograr una racionalidad argumentativa que permita el diálogo descrito²¹ y la toma de decisiones de fondo por parte de esta Corporación²².

Desde esta perspectiva, si bien es cierto que en virtud de lo preceptuado por *el principio pro actione*, las dudas de la demanda deben interpretarse en favor del accionante²³ y la Corte debe preferir una decisión de fondo antes que una inhibitoria²⁴, también es cierto que esta Corporación no puede corregir ni aclarar los aspectos confusos o ambiguos que surjan de las demandas ciudadanas²⁵ "so pretexto de aplicar el principio pro actione, pues, se corre el riesgo de transformar una acción eminentemente rogada, en un mecanismo oficioso"²⁶, circunstancia que desborda el sentido del control de constitucionalidad por vía de acción que le compete.

Por ende, la exigencia de los requisitos mínimos a los que se hace referencia, mediante el uso adecuado y responsable de los mecanismos de participación ciudadana busca²⁷: (i) evitar que la presunción de constitucionalidad que protege al ordenamiento jurídico se desvirtúe *a priori*, en detrimento de la labor del Legislador, mediante acusaciones infundadas, débiles o insuficientes;

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-358 de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo.

²⁰ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C -978 de 2010. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²¹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-1052 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²² Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-405 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²³ Cfr. Sentencia C-533 de 2012. M.P. Nilson Pinilla Pinilla, C-100 de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa y C-978 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁴ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C -978 de 2010. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. Ver también la sentencia C-533 de 2012. M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

²⁵ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-358 de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo.

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-304 de 2013, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-856 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

(ii) asegurar que este Tribunal no produzca fallos inhibitorios de manera recurrente, ante la imposibilidad de pronunciarse realmente sobre la constitucionalidad o no de las normas acusadas, comprometiendo así la eficiencia y efectividad de su gestión; y (iii) delimitar el ámbito de competencias del juez constitucional, de manera tal que no adelante, de manera oficiosa, el control concreto y efectivo de las normas acusadas. De hecho, conforme al artículo 241 de la Constitución, por regla general, a la Corte Constitucional no le corresponde revisar oficiosamente las leyes, sino examinar las que efectivamente demanden los ciudadanos, lo que implica que esta Corporación pueda adentrarse en el estudio de fondo de un asunto, sólo una vez se presente, en debida forma, la acusación ciudadana²⁸.

5. Teniendo en cuenta estos presupuestos, el artículo 2° del Decreto 2067 de 1991, fija las condiciones o requisitos mínimos de procedibilidad de las demandas de inconstitucionalidad, exigiéndole a los ciudadanos en la presentación de las mismas, que (i) señalen las disposiciones legales contra las que dirigen la acusación; (ii) delimiten las preceptivas constitucionales que considera violadas y (iii) expliquen las razones o motivos por los cuales estiman que tales normas superiores han sido desconocidas.

En lo concerniente al requisito relacionado con las “razones o motivos por los cuales estiman que tales normas superiores han sido desconocidas”, ésta Corporación ha precisado de manera consistente en su jurisprudencia, que dichas razones deben ser conducentes para hacer posible el diálogo constitucional que se ha mencionado. Ello supone el deber para los ciudadanos de “formular por lo menos un cargo concreto, específico y directo de inconstitucionalidad contra la norma acusada, que le permita al juez establecer si en realidad existe un verdadero problema de índole constitucional y, por tanto, una oposición objetiva y verificable entre el contenido literal de la ley y la Carta Política”.²⁹

6. En ese orden de ideas, para la jurisprudencia de esta Corporación³⁰ el concepto de la violación requiere que los argumentos de inconstitucionalidad contra las normas acusadas sean: i) *claros*, es decir, que exista un hilo conductor en la argumentación que permita comprender el contenido de la demanda y las justificaciones que la sustentan; ii) *ciertos*, la demanda habrá de recaer sobre una proposición jurídica real y existente; iii) *específicos*, en la

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-447 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero y C-641 de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

²⁹ Sentencia C-561 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³⁰ Ver, entre otros, auto 288 de 2001 y sentencias C-1052 de 2001 y C-568 de 2004, todas las providencias con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, y C-980 de 2005, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

medida que se precise la manera cómo la norma acusada vulnera un precepto o preceptos de la Constitución, con argumentos de oposición objetivos y verificables entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política, lo que hace inadmisibles los argumentos vagos, indeterminados, abstractos y globales; iv) *pertinentes*, el reproche debe ser de naturaleza constitucional pues no se aceptan reproches legales y/o doctrinarios; y, v) *suficientes*, debe exponer todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio y que despierten duda mínima sobre la constitucionalidad de la disposición acusada.

7. Expuesto lo anterior, procede la Corte a verificar si en el asunto sometido a su estudio, se cumplen los requisitos de aptitud de la demanda relacionados con el concepto de violación. De una parte, precisa la Sala que el único cargo de violación admitido se fundamenta en la presunta violación al principio de igualdad (artículo 13 Superior). Por tal razón, no le asiste razón al representante de la Universidad Sergio Arboleda, cuando afirmó que la demanda se basa en una omisión legislativa relativa implícita y que en tal sentido, el demandante no cumplió con la argumentación requerida para estos especiales eventos. En efecto, en el presente asunto, el cargo por violación del principio de igualdad, fue presentado de manera independiente y autónoma, más de forma subordinada, como elemento constitutivo de la supuesta existencia de una omisión legislativa relativa.

De otra parte, frente a la supuesta ineptitud del cargo de igualdad por falta de certeza, considera la Corte necesario realizar un análisis de los antecedentes legislativos del proyecto que posteriormente se convirtió en la Ley 1709 de 2014, en especial de su artículo 5°.

El mencionado proyecto tuvo origen gubernamental y en relación con la expresión demandada, establecía inicialmente que “*Los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, de oficio o a petición de la persona privada de la libertad, de la defensoría pública o de la Procuraduría General de la Nación, también deberán reconocerlas cuando verifiquen el cumplimiento de los respectivos requisitos.*”³¹

Nótese que el texto original contenía un signo de puntuación (coma) que permitía identificar a quienes podían solicitar la aplicación de medidas alternativas o sustitutivas de la pena, como eran: i) la persona privada de la libertad; ii) la defensoría pública; o iii) la Procuraduría General de la Nación. Sin embargo, durante su tránsito por la Plenaria de la Cámara sufrió una

³¹ Gaceta del Congreso Número 217 del 22 de abril de 2013, pág. artículo 4 del proyecto inicial.

modificación que consistió en la inclusión de la expresión “su apoderado” sin consideración de los alcances gramáticos de la disposición normativa. En efecto, el texto aprobado fue el siguiente: “*Los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, de oficio o a petición de la persona privada de la Libertad o su apoderado de la defensoría pública o de la Procuraduría General de la Nación también deberán reconocerles cuando verifiquen el cumplimiento de los respectivos requisitos.*”³²

Hecho el anterior recuento, es claro que en el proyecto de ley inicial la expresión demandada no estaba ligada de forma restrictiva a que solo los apoderados de la defensoría pública podrían solicitar la aplicación de los beneficios penales, puesto que esa petición le era posible realizarla de manera autónoma e independiente, por lo que no excluía de su titularidad a los apoderados de confianza, lo que generaría una interpretación de la disposición acusada a partir de la voluntad del legislador, y que *prima facie* implicaría la declaratoria de inhibición de esta Corporación, pues se trataría de una norma inexistente que configuraría la falta de certeza en el cargo.

No obstante lo expuesto, el texto aprobado en el Congreso incluyó la expresión “*su apoderado*” en la disposición censurada y no utilizó un signo de puntuación (coma) en la estructura de la oración, lo que genera tal nivel de confusión gramatical que permite derivar de la literalidad del tenor de la norma la interpretación restrictiva expuesta por el accionante.

De acuerdo con lo anterior, encuentra la Corte que existen dos interpretaciones de la disposición jurídica demandada, de una parte, la que surge del proyecto de ley inicial, las discusiones y deliberaciones en el Congreso, y de otra parte, aquella que se deriva de la literalidad del texto de la disposición acusada y que es la que cuestiona el accionante.

Así, analizados en conjunto los elementos argumentativos del concepto de violación, la demanda es *cierta* habida cuenta que recae sobre una proposición jurídica real y existente, como es la expresión literal “*de la defensoría pública*” contenida en el artículo 5° de la Ley 1709 de 2014, por lo que no le asiste razón al Ministerio del Interior y del Derecho.

De la misma manera, el cargo es *claro* puesto que la argumentación presenta un hilo conductor lógico y coherente que permite su comprensión; también es *específico*, bajo el entendido que el ciudadano precisó la forma en que la norma demandada desconoce el artículo 13 de la Constitución, fundamento

³² Gaceta del Congreso Número 790 del 3 de octubre de 2013. Acta 212 del 12 de junio de 2013 pág. 6



del cargo por violación al principio de igualdad. De la argumentación del actor se pueden identificar los siguientes elementos:

- i) Los grupos que tienen características similares: los abogados de confianza y de la defensoría pública que asumen la defensa judicial de los condenados en procesos penales;
- ii) la medida legal acusada confiere una facultad exclusiva a los apoderados de la defensoría pública para que presenten solicitudes sobre las medidas alternativas y sustitutivas de la pena dentro de un proceso penal a favor de sus representados; y,
- iii) Hay un trato desigual entre los profesionales del derecho elegidos por el recluso y aquellos que pertenecen a la defensoría pública, puesto que la disposición jurídica acusada solo le permite a estos últimos presentar las solicitudes de beneficios penales descritas en la norma.

En síntesis del razonamiento del demandante le permite a la Corte comprobar que edificó un concepto de violación de la Carta *pertinente* con base en un reproche de naturaleza constitucional serio, objetivo y verificable, pues el debate de confrontación normativa lo propuso entre la disposición legal acusada y el artículo 13 Superior, argumentación que tiene la *suficiente* entidad para producir una duda mínima y razonable sobre la constitucionalidad de la norma acusada, en el sentido de, posiblemente, desconocer el principio de igualdad de los apoderados escogidos por los internos y que no hacen parte de la defensoría pública.

En conclusión, encuentra la Sala que no le asiste razón a los intervinientes y por el contrario el cargo formulado por el actor es apto para generar un pronunciamiento de fondo por parte de esta Corporación.

Asunto bajo revisión

8. La demanda que conoce la Corte en esta oportunidad cuestiona la constitucionalidad de la expresión “*de la defensoría pública*” contenida en el artículo 5° de la Ley 1709 de 2014, que adicionó el artículo 7A de la Ley 65 de 1993, bajo el cargo por violación del principio de igualdad contenido en el artículo 13 Superior.

El actor fundamentó su pretensión de declaratoria de inexecutable, con base en que la norma censurada establece una diferencia injustificada en el

conjunto de los abogados que ejercen la labor de representación judicial de quienes son condenados penalmente, pues solo le permite a los profesionales del derecho vinculados a la defensoría pública, la posibilidad de presentar ante el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad la aplicación de mecanismos alternativos o sustitutivos de la pena de prisión, cuando aquellos resulten procedentes. Esta situación crea un escenario de discriminación injustificada entre los abogados de confianza y aquellos que se encuentran vinculados a la defensoría pública, pues solo estos últimos pueden hacer solicitudes sobre mecanismos alternativos o sustitutivos de la pena privativa de la libertad.

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura manifestó que la norma demandada debe declararse **exequible**, con sustento en que no existe vulneración al principio de igualdad, puesto que los todos los abogados titulados e inscritos tienen la facultad y la idoneidad para actuar en los distintos procesos judiciales.

De otra parte, el Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico, Sala Administrativa y la Procuraduría General de la Nación, consideran que la disposición acusada debe ser declarada **inexequible** con base en que: i) la norma objeto de censura impone una limitación a las personas privadas de su libertad para que se les pueda reconocer los mecanismos alternativos o sustitutivos de la pena de prisión, por lo que no sólo se afecta el derecho a escoger profesión u oficio, sino también el acceso a la administración de justicia³³; y ii) una lectura literal del artículo permite concluir que solo el apoderado vinculado a la defensoría pública es quien puede solicitar la aplicación de los mecanismos alternativos o sustitutivos de la pena de prisión, lo que desconoce el derecho fundamental de la asistencia judicial y técnica de las personas procesadas penalmente a través de apoderado de confianza, el cual se encuentra en igualdad de condiciones con aquel profesional vinculado a la defensoría pública, pues cumplen el mismo rol de asistencia y asesoramiento a la persona condenada. En conclusión, se trata de una restricción que vulnera el principio de igualdad, pues establece una discriminación injustificada para los condenados penales que asumieron su defensa técnica a través de un apoderado de confianza³⁴.

9. Sobre este punto, considera la Corte necesario precisar el alcance del estudio constitucional del cargo. El demandante estructuró la supuesta violación del principio de igualdad a partir del ejercicio de la profesión de la

³³ Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico, Sala Administrativa.

³⁴ Procuraduría General de la Nación.

abogacía en condiciones igualitarias, bajo ese entendido, la norma censurada no puede establecer distinciones injustificadas entre quienes la ejercen como abogados de confianza (elegidos por los internos) o como defensores públicos, pues ambos profesionales deben tener las mismas posibilidades de ejercer la defensa técnica de sus representados. En efecto, tal ejercicio se vería afectado si los abogados de confianza no pueden solicitar ciertas medidas dentro del proceso.

Sin embargo, debido a la proposición normativa de la que forma parte el fragmento demandado, la formulación del cargo y su interpretación hacen que el mismo trascienda hacia un escenario más complejo, y que versa sobre las personas que son investigadas y condenadas a pena de prisión en una causa penal, pues es en este escenario donde el desconocimiento del principio de igualdad tendría incidencia en materia de déficit de derechos fundamentales de las personas que se encuentran privadas de la libertad, debido a que aquellos internos que se encuentren representados por abogados de confianza, no podrán solicitar la concesión de mecanismos alternativos o sustitutivos de la pena de prisión.

Esta interpretación fue propuesta por la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico³⁵ y por la Procuraduría General de la Nación³⁶, quienes manifestaron que son admisibles los argumentos planteados por el demandante y coincidieron en que la limitación en la presentación de peticiones para la aplicación de medidas alternativas o sustitutivas de la pena de prisión, configura un déficit de garantías procesales para quienes son objeto de una sentencia penal.

En efecto, la labor de los apoderados judiciales no solo tiene consecuencias para ese profesional, sino que también incide de manera directa en los intereses judiciales que defienden, es decir, en sus representados. Ellos hacen parte de un grupo vulnerable, debido a la especial relación de sujeción que mantienen con el Estado, que les impide procurarse por sus propios medios la garantía de sus derechos fundamentales, limitaciones que se han acentuado debido a las actuales condiciones del sistema penitenciario y carcelario, que generaron la declaratoria que ha realizado la Corte de un estado de cosas inconstitucional en materia carcelaria³⁷.

³⁵ Folio 51 del cuaderno principal.

³⁶ Folios 62-66 cuaderno principal.

³⁷ Sentencia T-153 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-388 de 2013 M.P. María Victoria Calle Correa.

Bajo ese entendido, el artículo 29 de la Carta establece que quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por el (o de confianza), o de oficio, durante la investigación o juzgamiento. Esta garantía la Explica **TIEDEMANN** de la siguiente manera³⁸:

"Con frecuencia, el mismo inculpado no puede exponer su punto de vista en la forma exigida, y tampoco, en absoluto, defender él mismo la función de un control de los órganos de la justicia. Esto depende muchas veces de que no está en situación de referir su situación oralmente o por escrito. Ante todo, le falta el conocimiento necesario sobre las cuestiones jurídico-procesales y materiales. También está a menudo confundido por la situación del proceso penal, para él desacostumbrada, y por esto no se encuentra en condiciones de apreciar objetivamente las cosas. Si se encuentra el inculpado en prisión provisional, entonces está todavía más claramente limitado respecto a sus posibilidades de defensa, especialmente en lo relativo a examinar circunstancias exculpatorias. El inculpado, no tiene normalmente, por lo tanto, ninguna oportunidad de triunfo (...) Por eso, en interés de la 'limpieza' del proceso penal, así como del hallazgo de la verdad, es irrenunciable el que sea puesto al lado del inculpado, en todos los casos importantes, una persona correspondientemente formada, el defensor.

"El defensor es por esto, en primer lugar, ayudante del inculpado y ha de defender sus derechos(...)"³⁹

Conforme a lo anterior, la imposibilidad que en principio tienen los apoderados de confianza para solicitar la aplicación de medidas alternativas o sustitutivas de la pena podría generar las siguientes consecuencias: de una parte tendría un efecto en la forma en que pueden ejercer su labor en las actuaciones posteriores al proceso penal, y de otra, tiene incidencia directa en los condenados penalmente que representan, pues, de conformidad con lo que establece el fragmento acusado, no accederían a los beneficios penales por no contar con apoderados judiciales vinculados a la defensoría pública.

Observa la Corte, que en el cargo formulado existe una conexidad por consecuencia, entre la igualdad que tienen los apoderados de confianza para el ejercicio de su labor en los procesos penales y las garantías procesales que tienen las personas a quienes estos últimos representan.

³⁸ Tiedemann, Klaus y otros. Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal. Editorial Ariel, Barcelona. 1989. Pg. 183

³⁹ Citado en la Sentencia T-436 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón.



Como resultado de lo expuesto, la interpretación y estudio de la censura propuesta en la demanda de la referencia, deben ser integrales y considerar la situación de quien se ve inmerso en un proceso penal y es condenado a pena privativa de la libertad, pues podría encontrar limitaciones en la garantía del principio de igualdad procesal debido a que su apoderado de confianza, no tendría la posibilidad de solicitar a su favor la concesión de subrogados penales.

10. Dicho lo anterior, la Corte analizará el presente asunto en consideración a que el concepto de violación sustentado por el actor tiene implicaciones que, aunque generadas por el texto acusado, exceden las consecuencias consideradas en la demanda, tal como lo manifestaron algunos intervinientes, pues no se agota en la presunta vulneración del principio de igualdad en el escenario del ejercicio de la profesión de abogado en materia penal, sino que trasciende hacia la garantías procesales de las personas privadas de la libertad, cuyos intereses judiciales son agenciados por sus apoderados, las cuales se pueden ver limitadas en consideración a la calidad que ostenten sus representantes.

De lo expuesto, este Tribunal, entenderá y estudiará la supuesta violación expresada por el demandante con una visión integral, que le permita comprender el reproche con todas sus repercusiones y consecuencias esto es, no solo desde la perspectiva del ejercicio profesional del abogado, sino también y, en especial, respecto de las garantías de acceso de los internos a los mecanismos alternativos o sustitutivos de la pena de prisión.

Problema jurídico

11. En consecuencia, el problema jurídico que le corresponde resolver a la Corte se circunscribe a determinar si la interpretación que se deriva de la literalidad de la norma acusada, según la cual sólo los apoderados de la defensoría pública pueden solicitar medidas alternativas o sustitutivas de la pena privativa de la libertad, desconoce el principio de igualdad de quienes ejercen la profesión de abogados en materia penal como representantes de confianza y, además genera una distinción que afecta negativamente la igualdad de los representados en el acceso a los beneficios penales mencionados.

12. Para dar solución a la cuestión planteada, la Sala, abordará el estudio de los siguientes temas: i) la importancia constitucional del derecho a la defensa

técnica en materia penal y el papel de los apoderados judiciales; ii) la pena privativa de la libertad, la naturaleza jurídica de los mecanismos alternativos o sustitutivos de la pena de prisión y la importancia de este instrumento desde la perspectiva de la función constitucional de resocialización de la pena; iii) la libertad de configuración normativa del Legislador en materia penal y penitenciaria; iv) el alcance del principio de igualdad en el proceso penal y su proyección en el ejercicio de las garantías procesales fundamentales de quienes han sido condenados a pena privativa de la libertad; v) el juicio de igualdad y su aplicación. Finalmente, vi) la Corte analizará la constitucionalidad de la norma objeto de censura.

Importancia constitucional del derecho fundamental a la defensa técnica en el derecho penal y el papel de los apoderados judiciales

13. Uno de los elementos del debido proceso (art. 29 Superior) como garantía fundamental intocable de las personas, es el derecho de defensa históricamente reconocido como esencial en cualquier sociedad civilizada, de manera que en ningún caso, una persona pueda ser condenada sin permitirle procurar personalmente o a través de apoderado judicial sus propios intereses en el juicio, en otras palabras, sin que el Estado otorgue los medios necesarios para que quien se enfrente a un proceso penal no lo haga en condiciones de indefensión.

14. En este sentido, la Corte ha señalado que en todo proceso judicial o administrativo es constitucionalmente imperioso que el inculpado pueda hacer frente a los reproches formulados en su contra y que los argumentos que presente se consideren en la sentencia, ya que dicha actuación no sólo sirve al interés individual del mismo, sino también al esclarecimiento de la verdad⁴⁰.

15. En el plano de los sistemas interamericano y universal de protección de derechos humanos, la regulación del derecho a la defensa técnica se encuentra consagrado en los artículos 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 23 de noviembre de 2010, proferida dentro del caso *Vélez Loor contra Panamá*⁴¹, consideró que el derecho a la defensa obliga al Estado a considerar al individuo como un verdadero sujeto del proceso y no como un objeto del

⁴⁰ Cfr. T-436 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Vélez Loor contra Panamá*, Sentencia del 23 de noviembre de 2010, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C – 218, párrafos 145-146.

mismo, por lo que conforme a los literales d) y e) del artículo 8.2 de la Convención, el procesado tiene derecho a defenderse personalmente o a ser asistido por un defensor de su elección o, en caso de imposibilidad de hacerlo, a que el Estado se lo proporcione. De tal manera que en aquellos procedimientos judiciales en los que se adopten decisiones que afecten, por ejemplo, la libertad personal, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de quienes afrontan el proceso se requiere para evitar la vulneración a las garantías del debido proceso y envuelve un imperativo del interés de la justicia⁴².

16. Por su parte, a nivel nacional el Constituyente estableció en el artículo 29 de la Carta, la siguiente regla: "*Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento...*" (lo énfasis agregado). Desde esta perspectiva, "*(...) el derecho de defensa nace en el momento en que se atribuye a una persona una conducta delictiva y debe garantizarse durante el desarrollo de todo el proceso*"⁴³, de ahí derivan las dos opciones que tiene el investigado para garantizar su defensa, una principal consistente en escoger su abogado de confianza y, la otra subsidiaria, en la cual es el Estado el que designa un profesional del Derecho que apoyará al procesado en la salvaguarda de sus intereses cuando aquel no cuente con los medios económicos para procurarse la representación de un apoderado, a través del cual, además se efectiviza el derecho de acceso a la administración de justicia (Art. 229 Superior) de las personas que somete al *ius puniendi*.

17. De lo expuesto se concluye que una de las manifestaciones del derecho fundamental a la defensa técnica es la asistencia judicial del inculpado, la cual puede ser prestada de dos formas: i) mediante abogado escogido por él; o, ii) a través de defensor público, sin que las disposiciones internacionales y constitucionales otorguen privilegios en el ejercicio de su labor a alguno de los profesionales del derecho que asesore al penado.

18. En materia penal, la figura del defensor público adquiere mayor relevancia. Su funcionamiento está consagrado constitucionalmente en el artículo 282 numeral 4° de la Carta, que estableció las funciones del Defensor

⁴² Cfr. Eur. Court HR, *Benham v. United Kingdom* (Application no 19380/92) Judgment of 10 June 1996, párrs. 61 ("La Corte concuerda con la Comisión que cuando se trata de la privación de la libertad, los intereses de la justicia en principio requieren de la asistencia letrada") y 64 ("En consideración de la severidad de la pena que podía imponerse al señor Benham y la complejidad del derecho aplicable, la Corte considera que los intereses de la justicia exigían que, para recibir una audiencia justa, el señor Benham debía haberse beneficiado de asistencia letrada gratuita durante el procedimiento ante los magistrados") (traducción de la Secretaría).

⁴³ Cfr. SU-014 de 2001. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.



de Pueblo, entre las que se encuentra la de organizar y dirigir la defensoría pública en los términos consagrados por la ley.

Acorde con lo expuesto, el artículo 21 de la Ley 24 de 1992, estipuló que la defensoría pública se prestará a favor de las personas que se encuentren en imposibilidad económica o social para proveerse por sí mismos la defensa de sus derechos, asumir su representación judicial o extrajudicial y con el fin de garantizar el pleno o igual acceso a la administración de justicia. En materia penal, esta figura opera por petición del imputado, sindicado o condenado, del Ministerio Público, del funcionario judicial o por iniciativa del Defensor del Pueblo cuando lo estime necesario.

Conforme al artículo 22 de la norma mencionada, el servicio será prestado por: i) los abogados que como defensores públicos formen parte de la planta de personal de la entidad; ii) los abogados titulados e inscritos contratados como defensores públicos; iii) por los estudiantes de los dos últimos años de las facultades de derecho oficialmente reconocidas por el Estado; y, iv) por los egresados de las facultades de derecho oficialmente reconocidas por el Estado que escojan la prestación gratuita del servicio como defensor público durante 9 meses como requisito para optar al título de abogado.

Por su parte, la Ley 941 de 2005⁴⁴, reguló el Sistema Nacional de Defensoría Pública, mediante el cual se garantiza el acceso de las personas a la administración de justicia en materia penal, en condiciones de igualdad y en los términos del debido proceso, con pleno respeto de los derechos y garantías sustanciales y procesales⁴⁵. El servicio de defensoría pública es prestado por profesionales de derecho que estén vinculados al Sistema, los egresados de derecho que requieran hacer judicatura o por los estudiantes de consultorios jurídicos⁴⁶.

La figura del defensor público es un instrumento que materializa los derechos fundamentales a la defensa técnica y de acceso a la administración de justicia contenidos en los artículos 29 y 229 Superior. Esta Corporación ha afirmado que tanto el Constituyente como el Legislador han previsto los mecanismos adecuados para garantizar el ejercicio del derecho a la defensa en materia penal, entre los que se encuentra el defensor público⁴⁷; forma de asistencia judicial a la que la Constitución no le ha otorgado privilegios ni ventajas en

⁴⁴ Por medio de la cual se organiza el Sistema Nacional de Defensoría Pública.

⁴⁵ Artículo 1° Ley 941 de 2005.

⁴⁶ Artículos 15, 16 y 17.

⁴⁷ Sentencia T-436 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón.

relación con su labor de representación y asesoramiento de procesados y condenados dentro de un proceso penal, por lo que en el ejercicio de sus facultades procesales se encuentra en un plano de igualdad frente a los apoderados que son designados directamente por el penado.

19. En definitiva, el derecho de defensa comprende la facultad que tiene toda persona de concurrir a un proceso en el que es destinataria de reproches por parte del Estado y participar activamente para proteger sus intereses, bien sea de manera directa o a través de apoderado judicial nombrado por el encausado o proporcionado por el Estado a través de la defensoría pública. En cualquier caso, los apoderados que asesoran y representan a los procesados, se ubican en un escenario de igualdad en el ejercicio de sus labores profesionales, puesto que la Constitución no privilegió ninguna forma de postulación procesal.

La pena privativa de la libertad y su trascendencia constitucional

20. Establecida la responsabilidad penal a partir de la verificación de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, el siguiente estadio es la imposición de la respectiva pena. Este elemento de la dogmática penal reviste trascendental importancia, puesto que es a partir de la punibilidad que se restringen derechos fundamentales como la libertad personal.

La pena configura la sanción legal, la expresión del poder punitivo del Estado por la realización de un acto considerado típicamente como delito. Para **JAKOBS** “(...) *el contenido y la función de la pena no se pueden configurar (ni siquiera limitándose a la pena estatal) con independencia de la existencia del orden en el que se pune, ni de la comprensión de su sentido*”⁴⁸. Por tal razón, a continuación se presentan las teorías que tratan de explicar las funciones y fines de la pena.

21. Las *teorías de la pena* buscan justificar su aplicación. Para **ZUGALDIA ESPINAR** son perspectivas, puntos de vista que tienen como finalidad explicar de manera racional la existencia del derecho penal, que permite que algunas personas (jueces o tribunales), a nombre de la sociedad impongan a sus semejantes el sufrimiento de una sanción legal punitiva⁴⁹.

⁴⁸ Jakobs G. Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. 2ª Ed. Corregida. Trad. De Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons Editores, Madrid, 1997. Pág. 8.

⁴⁹ Zugaldía Espinar, J.M., Fundamentos de derecho penal. 3ª ed., Valencia, 1993, pág. 59-60.

Para un sector de la doctrina la legitimación de la pena se encuentra con la función que se le asigne al derecho penal. En tal sentido, **BACIGALUPO** expresa que “(...) *toda teoría de la pena es una teoría de la función que debe cumplir el Derecho penal.*”⁵⁰

Conforme a lo expuesto, las teorías de la pena la justifican a partir de su función y finalidad. Las teorías que justifican la imposición de penas a partir de sus fines son absolutas o relativas.

Las *teorías absolutas* de la pena indican que ésta tiene una finalidad en sí misma, con una marcada tendencia compensatoria, que busca resarcir el daño cometido por el infractor.

La *teoría de la expiación* es una de las concepciones de la tendencia absolutista, en la que según **LESCH** la pena supone una expiación moral, una especie de reconciliación del sujeto activo con la norma penal transgredida y con la sociedad, de ahí que la pena tenga una dimensión de arrepentimiento del delincuente y la aceptación social de aquel acto de contrición, que se traduce en la liberación de su culpa⁵¹.

Por su parte, la *teoría de la retribución* considera de una parte la realización del anhelo de justicia como fundamento del derecho o necesidad moral o social, y de otra, la prohibición de instrumentalizar al individuo en procura del bienestar social o común, es decir, se encuentra proscrita cualquier forma de utilitarismo penal.

Por ejemplo, para **KANT** el hombre es un fin en sí mismo, por lo que no puede ser instrumentalizado a través de la pena, con la finalidad de generar a la sociedad o al delincuente una determinada utilidad, sino que su imposición se justifica por tratarse de una necesidad moral generada por el acto delictivo⁵².

Las *teorías relativas* pretenden, a través de la pena, el cumplimiento de determinados fines como son la prevención del delito y la protección de determinados bienes jurídicos, que se derivan de las obligaciones del Estado, fundadas en el mantenimiento de un orden social.

⁵⁰ Bacigalupo, E. Principios de Derecho penal. Parte general. 4ª Ed. Akal/Iure, Madrid, 1997, Pág. 7.

⁵¹ Lesch, H. la función de la pena. Dykinson, Madrid, 1999. Pág. 7.

⁵² Kant. I. Grundlegung Zur Metaphysic de Sitten, Pág. 52, citado por LESCH, H. Op. Cit. Pág. 9.

La **teoría de la prevención general negativa** parte de la idea de que la pena tiene una finalidad intimidatoria, pues busca coaccionar psicológicamente a los potenciales delincuentes, de tal manera que mediante la amenaza y la ejecución posterior de la pena se logre hacer desistir la comisión de hechos punibles.

De otra parte, la **teoría de la prevención general positiva**, reitera su fundamento a partir del fin socialmente útil de la pena. Según **JAKOBS**, la pena positivamente considerada es “(...) *una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal, pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino solo con la estabilización de la norma lesionada.*”⁵³ (Lo énfasis agregado)

La base de esta teoría es el **respeto al orden social**, que se configura como un modelo de orientación para las *interacciones sociales, por lo que los hombres puedan esperar siempre, en sus relaciones con los demás, que las normas vigentes serán respetadas por sus semejantes.*

La **teoría de la prevención especial, por su parte se dirige al autor concebido individualmente**. Según **VON LISZT**, la pena no se deduce de un criterio abstracto de justicia, sino que es sinónimo de coacción. Este criterio es bifronte, pues busca proteger los bienes jurídicos a través de la lesión de otros bienes jurídicos, bien sea de forma indirecta o psicológica (corrección o intimidación), o de manera directa y física (inocuidación)⁵⁴.

Las **teorías mixtas** pretenden una explicación acerca de los fines de la pena a partir de la combinación de las teorías absolutas y las relativas. Las teorías que otorgan **preferencia a la retribución** contemplan que la pena debe perseguir simultáneamente fines retributivos, de prevención general y de prevención especial, sin embargo le otorgan a la retribución un lugar preponderante.

En otro sentido, **las que no le otorgan preferencia a la retribución** le confieren a la pena un fin exclusivamente preventivo. **ROXIN** expuso su teoría unificadora aditiva, a partir de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo Federal alemán, para quienes la retribución, la prevención especial y la prevención general, son fines de la pena que tienen igual rango o jerarquía⁵⁵.

⁵³ Jakobs, G. Derecho penal parte general, fundamentos y teoría de la imputación. 2ª edición. Marcial Pons, Madrid. 1997. Pág. 20.

⁵⁴ Von Liszt, F. La idea del fin en el Derecho Penal, Programa de la Universidad de Marburgo, 1882. Comares 1995, pág. 83.

⁵⁵ Roxin, C. Derecho penal, parte general. Tomo I. Civitas, Madrid. 1997 Pág. 94.

Los fines de la pena en el Código Penal colombiano y su trascendencia constitucional

22. Los artículos 3° y 4° de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) establecen los principios y las funciones de la pena. De esta suerte, la imposición de la pena o medida de seguridad deberá responder a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. Sin embargo, el principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan.

Por su parte, la pena cumple las funciones de: i) prevención general; ii) retribución justa; iii) prevención especial; iv) reinserción social; y, v) protección al condenado.

23. La Corte ha analizado los fines constitucionales de la pena, con especial preferencia a los objetivos de resocialización (función preventiva especial). En efecto, en **sentencia C-261 de 1996**⁵⁶ expuso que la resocialización guarda una íntima relevancia con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, pues la reeducación y la reinserción social del condenado son el objetivo de los esfuerzos legales e institucionales del Estado.

Posteriormente en la **sentencia C-430 de 1996**⁵⁷, este Tribunal dijo que la pena en nuestro sistema jurídico tiene un fin preventivo, representado en el establecimiento legal de la sanción penal, un fin retributivo que se manifiesta con la imposición judicial de la pena y un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma, a partir de principios humanistas contenidos en la Carta y en los tratados internacionales.

En la **sentencia C-144 de 1997**⁵⁸, la Corte manifestó que las penas tienen como finalidad la búsqueda de la resocialización del condenado, dentro del respeto por su autonomía y dignidad, puesto que el objeto del derecho penal en el Estado Social de Derecho no es excluir al delincuente del pacto social sino buscar su reinserción.

Esta finalidad ha sido reconocida por esta Corporación en la **sentencia C-806 de 2002**⁵⁹, en la que manifestó que la pena debe pretender la resocialización

⁵⁶ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁵⁷ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁵⁸ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁵⁹ M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

del condenado, dentro de la órbita del respeto de su autonomía y dignidad, puesto que el objeto del derecho penal no es la exclusión del infractor, sino su reinserción al pacto.

La posición jurisprudencial descrita fue reiterada en la **sentencia C-061 de 2008**⁶⁰, que analizó la constitucionalidad de la norma que contemplaba la pena denominada “*los muros de la infamia*”.

Estos criterios también se han proyectado a fallos de tutela. En efecto, la Corte en la **sentencia T-267 de 2015**⁶¹, expresó que se trata del objetivo más importante de la sanción penal, en especial en su fase de ejecución, pues impide que se instrumentalice al individuo y garantiza su proceso de resocialización con estricto apego al respeto por su dignidad humana.

Recientemente en **sentencia T-718 de 2015**⁶², este Tribunal reiteró que de acuerdo con la legislación y la jurisprudencia vigentes, la educación es la base de la resocialización, puesto que la figura de la redención de la pena es la materialización de la función resocializadora de la sanción.

24. Sin embargo, esta Corporación ha podido establecer que las políticas de resocialización y de reintegración de las personas condenadas, presentan serios problemas, que se agravan de manera profunda y que generan la vulneración sistemática y periódica de los derechos de los internos que se encuentran en los establecimientos carcelarios, por lo que se ha declarado el estado de cosas inconstitucional⁶³.

Conforme a lo expuesto, cobran mayor importancia aquellos mecanismos que permitan alcanzar de manera más efectiva y eficaz los fines de resocialización, sin perder de vista la necesaria humanización de la condena penal, pues los costos de los problemas penitenciarios y carcelarios identificados son muy altos en materia de déficit de protección de los derechos fundamentales. En efecto, esta Corporación manifestó en la **sentencia T-388 de 2013**⁶⁴ que:

i) Se evidencia un costo sobre los derechos del sindicado, puesto que la restricción de la libertad de una persona, también puede afectar su salud, la

⁶⁰ M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Reiterada en sentencia C-370 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, entre otras.

⁶¹ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁶² M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁶³ Al respecto ver sentencia T-388 de 2013 M.P. María Victoria Calle Correa y sentencia T-762 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁶⁴ M.P. María Victoria Calle Correa.



integridad personal, sus capacidades de educación, de recreación o de trabajo, además impacta fuertemente sobre su núcleo familiar y social y lo somete a la exposición de una subcultura carcelaria que puede ser nociva para sus propios valores.

ii) Los costos desde el punto de vista económico se reflejan en relación con la entrada a un sistema penitenciario y carcelario que desconoce múltiples derechos y omite proteger otros tantos, aunque parezca gratuito y aparentemente no implique un fuerte impacto en el gasto en el corto plazo. Sin embargo, tal posición es contraria a la dignidad humana que garantiza el orden constitucional vigente, además, los costos tendrán que asumirse en el mediano o en el largo plazo.

iii) Por último, se generan costos para la legitimidad del Estado, pues la vulneración de los derechos fundamentales generada por el sistema penitenciario y carcelario, desestima la propia razón de su existencia y mina la confianza de sus ciudadanos.

25. Como resultado del anterior análisis, se puede concluir que la pena implica una reacción del Estado ante la infracción del ordenamiento jurídico, lo que en algunos casos es consecuencia de la pretensión de reafirmación de su facultad punitiva. Ahora para justificar las finalidades de la pena, se encuentran diferentes teorías. De una parte, las absolutas que tienden a la retribución y la prevención y de otra, aquellas que se fundamentan en la simbiosis de ambos postulados.

El Código Penal colombiano le otorga a la pena funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. Por su parte, la Corte ha estudiado el fenómeno de los fines de la pena y ha admitido que la resocialización es un fin constitucionalmente válido de la pena.

En la actualidad se tienen problemas en las políticas públicas de resocialización y reintegración de los condenados a la sociedad civil, lo que ha generado la declaratoria, por parte de este Tribunal, de un estado de cosas inconstitucional en materia de cárceles. Esta situación genera la implementación y uso de mecanismos que alternen con la pena privativa de la libertad y permitan alcanzar de manera más eficiente el objetivo de resocialización con la utilización de medidas que humanicen la sanción penal.

Clases de penas

26. El Código Penal del año 2000 estableció las siguientes clases de penas:

Principales: son aquellas determinadas en cada tipo penal como consecuencia punitiva específica de la conducta definida como punible, es decir, el tipo penal las define como tal y se aplican de forma autónoma e independiente, sin sujetarse a otras. En esta categoría se encuentran la pena privativa de la libertad, penas pecuniarias y las privativas de otros derechos.

La pena de **prisión** es una restricción al ejercicio de la libertad personal por parte de quien la padece, surgió históricamente como un triunfo contra las instituciones propias del Estado absolutista, pues significó un sustituto benéfico frente a la pena de muerte, la tortura, trabajo forzado y la esclavitud.

Por su parte, las **penas pecuniarias** están representadas por la pena de **multa**, definida como la obligación de pagar determinada cantidad de dinero, no con finalidad de resarcimiento o indemnización, sino como una consecuencia jurídica de la realización de una conducta punible que presenta las características y funciones de la sanción penal.

Las **penas accesorias privativas de otros derechos** son aquellas específicamente determinadas en la Parte General del Código y entre las cuales se encuentran: a) inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas; b) la pérdida del empleo o cargo público; c) la privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas; d) la expulsión del territorio nacional para los extranjeros, entre otros.

La medidas alternativas y sustitutivas de la pena de prisión

27. Como ha quedado expuesto, la pena de prisión configura la sanción más significativa en materia de restricción y suspensión de diversos derechos constitucionales como la libertad de locomoción, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal y familiar, la inviolabilidad de la correspondencia privada, el derecho a la información, el derecho de propiedad, los derecho de reunión y asociación y la libertad de expresión⁶⁵.

Conforme a lo expuesto, el proceso de resocialización de los condenados penales se complejiza debido a la fuerte afectación de los derechos fundamentales impuesta por la sanción, por lo que la pena privativa de la libertad no es suficiente y requiere de mecanismos alternativos o sustitutivos,

⁶⁵ Sentencia T-388 de 2013 M.P. María Victoria Calle Correa, reiterado en la sentencia T-267 de 2015 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

que efectivicen dicha finalidad constitucional. Para, la concesión de los mencionados instrumentos criminológicos deben tenerse en cuenta la condición personal del condenado, el comportamiento, el compromiso de no reincidencia, la situación familiar, las actividades resocializadoras y demás elementos que permitan realizar juicios de valor sobre la persona del recluso⁶⁶.

Las medidas dispuestas por el Legislador para afrontar de mejor manera el proceso de resocialización de los internos, se agrupan en aquellos mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad y medidas sustitutivas de la pena de prisión conocidas también como subrogados penales.

La prisión domiciliaria como mecanismo alternativo a la pena privativa de la libertad

28. La pena privativa de la libertad, por regla general, tiene una ejecución *intra mural*, con internamiento en centro carcelario o penitenciario, sin embargo, su ejecución puede ser sustituida a través de la prisión domiciliaria, en cuyo caso, “(...) *la prisión consistirá en la privación de la libertad en el lugar de residencia o morada del condenado o en el lugar que el Juez determine.*”⁶⁷

La Corte ha manifestado que la prisión domiciliaria es una institución jurídica penal que ofrece formas alternativas de ejecución de la pena diferente al internamiento en un centro de reclusión, pues permite evitar la configuración de los problemas y defectos de las penas tradicionales y efectiviza la función de resocialización de la pena⁶⁸.

Los requisitos para que los condenados puedan acceder a este mecanismo alternativo se encuentran consagrados en el artículo 38B del Código Penal, a saber: i) la pena mínima privativa de prisión debe ser de 8 años o menos; ii) los delitos sancionados no pueden ser los incluidos en el inciso 2º del artículo 68ª de 2000; iii) el condenado debe demostrar el arraigo familiar y social; iv) la constitución de una caución judicial.

29. En conclusión, la pena privativa de la libertad, por regla general se cumple *intra muros* en centro de reclusión, sin embargo, la misma puede tener una

⁶⁶ Sentencia C-185 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, y T-267 de 2015 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁶⁷ Artículo 38 de la Ley 599 de 2000.

⁶⁸ Sentencia de la Corte Constitucional C-184 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Ver también sentencia T-267 de 2015 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

pena alternativa de prisión domiciliaria, entendida por esta Corporación como un mecanismo eficaz para alcanzar los fines de resocialización de la pena. El acceso a esta pena alternativa, está condicionado al cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley.

Los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad

30. La etapa de punibilidad dentro del proceso penal puede finalizar con la imposición de una pena privativa de la libertad. En su ejecución, el condenado puede hacer uso de mecanismos sustitutivos de la misma, que le permiten la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la libertad condicional o la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave⁶⁹.

La *suspensión condicional de la ejecución de la pena* le permite al sentenciado la suspensión de la ejecución de la pena por un periodo de dos (2) a cinco (5) años, siempre que concurran los siguientes requisitos: i) la pena de prisión impuesta no puede exceder de 4 años; ii) si la persona carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos en el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el juez deberá conceder el subrogado únicamente con base en el requisito anterior; iii) si el condenado tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los 5 años anteriores, la concesión de la medida se realizará con base en los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado que permitan indicar que no existe necesidad de la ejecución de la pena⁷⁰.

Por su parte, la *libertad condicional* configura la oportunidad de una persona condenada penalmente para hacer cesar el estado de privación de la libertad impuesto mediante sentencia que lo sancionó con pena de prisión. Para su concesión, el juez competente debe previamente valorar la conducta punible, situación que fue declarada condicionalmente exequible por esta Corporación, mediante **sentencia C-757 de 2014**⁷¹, “(...) en el entendido de que las valoraciones de la conducta punible hechas por los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad para decidir sobre la libertad condicional de los condenados tengan en cuenta las circunstancias, elementos y consideraciones hechas por el juez penal en la sentencia condenatoria, sean éstas favorables o desfavorables al otorgamiento de la libertad condicional.”

⁶⁹ Artículo 63-68 del Código Penal.

⁷⁰ Artículo 63 del Código Penal.

⁷¹ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Realizada la anterior valoración, el juez debe verificar la acreditación de los siguientes requisitos: i) la persona debe haber cumplido las 3/5 partes de la pena; ii) su adecuado desempeño y comportamiento durante su reclusión, permite suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar con la ejecución de la pena; iii) que demuestre arraigo familiar y social; y iv) debe reparar a la víctima o asegurar el pago de la indemnización mediante garantía personal, real o bancaria. El tiempo que falta para el cumplimiento de la pena será tenido en cuenta como periodo de prueba⁷².

En ambos casos, tanto en la ejecución condicional de la pena y de la libertad condicional, **los beneficiarios de las medidas deberán observar las siguientes obligaciones**: i) informar cambio de residencia; ii) observar buena conducta⁷³; iii) reparar los daños ocasionados con el delito; iv) comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la sentencia, cuando así lo requiera; v) no salir del país sin previa autorización del funcionario que vigile la ejecución de la pena; y vi) prestar caución que garantice el cumplimiento de las obligaciones descritas⁷⁴.

El **incumplimiento** de cualquiera de estas obligaciones generará la ejecución inmediata de la sentencia en lo que haya sido suspendida y se hará efectiva la caución prestada⁷⁵.

Por último, **la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave** permite que el juez pueda autorizar la ejecución de la pena privativa de la libertad en la residencia de penado o en el centro hospitalario determinado por el INPEC, en caso de que se encuentre aquejado por una enfermedad muy grave que sea incompatible con la vida en reclusión formal. Para conceder este beneficio se requiere concepto médico legista especializado, y durante su cumplimiento, el juez ordenará exámenes periódicos para determinar si la enfermedad que dio origen a la concesión de la institución aun continua en términos de gravedad⁷⁶.

Según lo expuesto, la pena privativa de la libertad impuesta a un condenado puede ser objeto tanto de una medida alternativa como la prisión domiciliaria,

⁷² Artículo 64 Código Penal.

⁷³ Este numeral fue declarado condicionalmente exequible en sentencia C-371 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil, bajo el entendido que “siempre que se entienda que, en este contexto, la obligación de observar buena conducta solo es relevante en función del efecto que las eventuales infracciones de los específicos deberes jurídicos que la misma comporta, pueda tener en la valoración acerca de la necesidad de la pena en cada caso concreto, de conformidad con lo previsto en el apartado 3.2.2. de esta providencia”

⁷⁴ Artículo 67 Código Penal.

⁷⁵ Artículo 66 Código Penal.

⁷⁶ Artículo 68 Código Penal.

como de mecanismos sustitutivos de la misma como la ejecución condicional de la pena, la libertad condicional o la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave. Estos beneficios le permiten al condenado tener alternativas diferentes a la ejecución de la pena de prisión, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la ley, con la finalidad de alcanzar finalidades constitucionalmente válidas como se verá a continuación.

Trascendencia constitucional de los mecanismos alternativos o sustitutivos de la pena de prisión como instrumentos que permiten alcanzar los fines de resocialización de la sanción penal

31. El acceso de los condenados a los mecanismos alternativos o sustitutivos de la pena de prisión en las condiciones establecidas por la ley, constituye para aquellos una herramienta invaluable para alcanzar los fines constitucionales de resocialización de la pena y para reintegrarse a la normalidad de su vida.

Frente a este aspecto, esta Corporación ha considerado que para muchas personas la permanencia en un centro de reclusión puede generar los efectos contrarios en términos de resocialización, por lo que el cumplimiento de la condena en un ambiente familiar o social, favorece su proceso de reintegración al pacto social⁷⁷.

32. Los mecanismos alternativos o sustitutivos de la pena de prisión, encuentran su fundamento en principios constitucionales como la excepcionalidad, la necesidad, de adecuación, la proporcionalidad y razonabilidad, por tal razón se justifica que la pena privativa de la libertad pueda ser alternada por la prisión domiciliaria⁷⁸ o ser sustituida por la ejecución condicional de la pena o libertad condicional, entre otros beneficios que le permiten al condenado un proceso de resocialización más humanizante.

Libre configuración normativa del Legislador en materia penal y penitenciaria

33. El derecho penal es la expresión de la política criminal del Estado, cuya definición con base en el principio democrático y en la soberanía popular (artículos 1º y 3º C.P.), le corresponde de manera exclusiva al Legislador⁷⁹. A

⁷⁷ Sentencia C-184 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Ver también Sentencia T-267 de 2015 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁷⁸ Sentencia T-643 de 2013, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁷⁹ Sentencia C-334 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Ver al respecto las sentencias de la Corte Constitucional: C-226 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis. En similar sentido Sentencias de la Corte Constitucional C-916 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-248 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar

su vez los artículos 114 y 150 de la Carta, le otorgan al Congreso de la República la función de “*hacer las leyes*” y de expedir y reformar los Códigos en todos las ramas de la legislación.

En consecuencia, en el ámbito penal y penitenciario, el Legislador goza de un amplio margen para determinar el contenido concreto del derecho punitivo. De tal suerte que en ejercicio de esta competencia le corresponde determinar: i) las conductas punibles; ii) el *quantum* de las penas correspondientes; y iii) las circunstancias que las disminuyen o aumentan⁸⁰. Por ello, la Corte ha establecido que:

“(...) el legislador puede entonces adoptar diversas decisiones, como las de criminalizar o despenalizar conductas, atenuar, agravar, minimizar o maximizar sanciones, regular las etapas propias del procedimiento penal, reconocer o negar beneficios procesales, establecer o no la procedencia de recursos, designar las formas de vinculación, regular las condiciones de acceso al trámite judicial de los distintos sujetos procesales, entre otros, siempre y cuando con ello no comprometa la integridad de los valores, principios y derechos establecidos por la Constitución.”⁸¹

34. No obstante lo anterior, dichas facultades no son absolutas, pues encuentran como límites la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos⁸², lo que hace que el margen de configuración del Legislador este sometido al contenido material de los derechos fundamentales y al de los derechos humanos consagrados en la Carta y en los instrumentos internacionales ratificados por Colombia⁸³.

Este Tribunal en **sentencia C-365 de 2012**⁸⁴, sistematizó los límites constitucionales del libre margen de configuración del Legislador en materia penal, sin pretensión de definición exhaustiva, los cuales se sintetizan a continuación:

Principio de necesidad de la intervención penal relacionado a su vez con el carácter subsidiario, fragmentario y de ultima ratio del derecho penal: para

Gil; C-034 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis.; C-822 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-355 de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería, Clara Inés Vargas Hernández; C-575 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-962 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa;

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Sentencia C- 248 de 2004 MP. Rodrigo Escobar Gil.

⁸² Sentencia C-387 de 2014 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁸³ C-742 de 2012 M.P. Maria Victoria Calle Correa.

⁸⁴ Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

esta Corporación, el derecho penal se enmarca dentro del principio de mínima intervención, conforme al cual el *ius puniendi* debe operar solamente cuando las demás alternativas de control han fallado. No existe obligación para el Estado de sancionar penalmente todas las conductas reprochables. Por ello:

“(...) la decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer, y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir el Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales. La jurisprudencia legitima la descripción típica de las conductas sólo cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la comunidad.”⁸⁵

Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos: es decir, de valores esenciales de la sociedad⁸⁶. El derecho penal implica una valoración social de aquellos bienes jurídicos que ameriten protección penal, las conductas reprochables que puedan lesionar tales intereses, los elementos para establecer la responsabilidad al sujeto activo y el *quantum* de la pena aplicable.

En ese orden de ideas, no existe una obligación constitucional de criminalizar determinadas conductas con la finalidad de proteger bienes jurídicos específicos, de tal suerte que:

“La opción de criminalizar una conducta, en aquellos eventos en que no está constitucionalmente impuesta o excluida, implica que el legislador ha considerado que para la protección de cierto bien jurídico es necesario acudir a mecanismos comparativamente más disuasivos que otros que podrían emplearse, no obstante su efecto limitativo de la libertad personal. Sin embargo, en el Estado de Derecho, a esa solución sólo puede llegarse cuando se ha producido una grave afectación de un bien jurídico, mediante un comportamiento merecedor de reproche penal y siempre que la pena resulte estrictamente necesaria.”⁸⁷

⁸⁵ Sentencias C-636 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo y C-742 de 2012 M.P. María Victoria Calle Correa. Reiterada recientemente en sentencia C-387 de 2014 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁸⁶ Sentencia C-387 de 2014 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁸⁷ Sentencia C-489 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil. En este sentido la sentencia C-420 de 2002 M.P. Jaime Córdoba Triviño expuso: “*haciendo abstracción de las distintas fases, escuelas y esquemas que han confluído en el derecho penal, lo cierto es que el único elemento común a cualquier sistema de imputación penal radica en el contenido de injusticia que se atribuye al delito, esto es, la antijuridicidad. El delito debía tener un contenido de ilicitud no solo formal frente a la norma sino también un contenido material que consistía en la lesión o, al menos, en la puesta en peligro de un bien jurídico. Así, la injusticia del delito radicaba en la*

Principio de legalidad: El deber de observar el principio de legalidad tiene 3 dimensiones: a) reserva de ley en sentido material, puesto que la creación de los tipos penales es una competencia exclusiva del Legislador; b) la definición de la conducta punible y su sanción de manera clara, precisa e inequívoca; y c) la irretroactividad de las leyes penales, salvo su aplicación favorable⁸⁸.

Principio de culpabilidad: Conforme al artículo 29 Superior, el derecho penal en Colombia es de acto y no de autor, lo que implica que de acuerdo con el postulado del Estado Social de Derecho y el respeto de la dignidad de la persona humana “*nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa.*”.

Principios de razonabilidad y proporcionalidad en materia penal: De acuerdo con los cuales deben ponderarse las finalidades de prevención y represión del delito con derechos fundamentales de las personas como los derechos a la libertad y al debido proceso⁸⁹. En ese orden de ideas, la Corte ha manifestado que si bien existe un margen amplio de configuración normativa del Legislador, la misma se encuentra limitada particularmente por los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En ese sentido:

“Dichas limitaciones, ha dicho la Corporación, encuentran adicional sustento en el hecho que en este campo están en juego, no solamente importantes valores sociales como la represión y prevención de delito, sino también derechos fundamentales de las personas como el derecho a la libertad y al debido proceso. Así las cosas, la Corte ha explicado que si bien el Legislador cuenta con una amplia potestad de configuración normativa para el diseño de la política criminal del Estado y, en consecuencia, para la tipificación de conductas punibles es evidente que no por ello se encuentra vedada la intervención de la Corte cuando se dicten normas que sacrifiquen los valores superiores del ordenamiento jurídico, los principios constitucionales y los derechos fundamentales”⁹⁰.

afección de derechos ajenos. El delito se dotó de un referente material que, a través de la categoría del bien jurídico, racionalizó el ejercicio del poder punitivo. Siendo así, el solo tenor literal de la ley no definía ya el delito, pues se precisaba también de un contenido sustancial que remitiera a la afección de derechos ajenos.”

⁸⁸ Sentencia C-365 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁸⁹ Sentencia C-334 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁹⁰ Sentencia de la Corte Constitucional C-247 de 2004, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Bloque de constitucionalidad y otras normas constitucionales: Las cuales deben ser observadas al momento de la redacción de las normas penales, puesto que:

“Además de los límites explícitos, fijados directamente desde la Carta Política, y los implícitos, relacionados con la observancia de los valores y principios consagrados en la Carta, la actividad del Legislador está condicionada a una serie de normas y principios que, pese a no estar consagrados en la Carta, representan parámetros de constitucionalidad de obligatoria consideración, en la medida en que la propia Constitución les otorga especial fuerza jurídica por medio de las cláusulas de recepción consagradas en los artículos 93, 94, 44 y 53. Son éstas las normas que hacen parte del llamado bloque de constitucionalidad”⁹¹.

35. De otra parte, esta Corporación ha determinado que si bien en materia penal y penitenciaria el Legislador puede crear o suprimir conductas reprochables, clasificaciones, modalidades punitivas, graduar penas aplicables⁹², así como el establecimiento de las modalidades para la ejecución de las sanciones impuestas en sentencia condenatoria y la concesión de beneficios penales, **debe ser respetuoso del principio de igualdad**⁹³, puesto que puede consagrar regímenes diferenciados para el juzgamiento y tratamiento de delitos y sus respectivas sanciones, pues puede realizar tratamientos específicos dentro de cada grupo de delitos y de sanciones, siempre que se fundamenten en la valoración objetiva de elementos como la gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tengan en el interés general⁹⁴, o la consagración de beneficios penales en materia de ejecución de condenas ejecutoriadas con la finalidad de alcanzar los objetivos de resocialización de la política punitiva del Estado, sin que se establezcan tratos discriminatorios injustificados que impidan el acceso a las garantías procesales de los procesados establecidas durante el proceso penal o de los internos durante la ejecución de la sanción penal impuesta mediante sentencia condenatoria.

El principio de igualdad en el proceso penal y su proyección en el ejercicio de las garantías procesales fundamentales de los condenados

⁹¹ Sentencia de la Corte Constitucional C-488 de 2009, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁹² Sentencia C-013 de 1997 M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁹³ Sentencia C-317 de 2002 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁹⁴ Sentencia C-840 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

36. En términos generales, el proceso debe entenderse como aquel instrumento que permite la realización de la función jurisdiccional del Estado, a través de una serie de actos dirigidos a solucionar los litigios puestos a consideración de la jurisdicción y mediante los cuales el Estado cumple sus objetivos, en especial el de garantizar una tutela judicial efectiva⁹⁵.

Para la Corte, el proceso es el medio obligado y necesario para hacer efectivos los derechos consagrados en las normas, se caracteriza por ser instrumental, público⁹⁶ y servir de herramienta para la materialización del derecho sustancial, a través del respeto por las garantías fundamentales de quienes son parte en el mismo.

En materia penal, el proceso es la expresión del poder punitivo del Estado y requiere que las garantías procesales otorgadas a los encausados se encuentren reforzadas debido a los bienes jurídicos que se encuentran en juego, en especial por las medidas restrictivas que surgen de las sanciones impuestas y que afectan derechos fundamentales de los procesados como la libertad personal.

37. Uno de los principios procesales que debe orientar la causa penal es la igualdad, el cual ha sido definido por la Corte a partir de una interpretación integral de la Constitución como la proscripción de cualquier forma de discriminación por motivos de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, etc.

Conforme a lo expuesto, la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional⁹⁷ estableció la regla básica para abordar problemas jurídicos en los que esté involucrado el principio de igualdad, en virtud de cual: *“el punto de partida del análisis (...) es la fórmula clásica, de inspiración aristotélica, según la cual ‘hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual’⁹⁸”⁹⁹*. Asimismo, señaló que el concepto de igualdad es relativo o relacional¹⁰⁰.

En este sentido, es indiscutible que *“hablar de igualdad o desigualdad, siguiendo alguna variante de la fórmula clásica (como la contenida en el artículo 13 de la Constitución Política), tiene sentido sólo en la medida en*

⁹⁵ Vescoví. E. Teoría general del proceso., Temis, Bogotá, 1984. Pág. 103.

⁹⁶ Sentencia C-918 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁹⁷ Cfr. C-022 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz

⁹⁸ Aristóteles, *Política* III 9 (1280a): *“Por ejemplo, parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales.”*

⁹⁹ Sentencia C-022 de 1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁰⁰ Cfr. C-748 de 2009. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

que se respondan las siguientes tres preguntas: ¿igualdad entre quiénes?, ¿igualdad en qué?, ¿igualdad con base en qué criterio? Los sujetos pueden ser todos, muchos o pocos; los bienes a repartir pueden ser derechos, ventajas económicas, cargos, poder, etc.; los criterios pueden ser la necesidad, el mérito, la capacidad, la clase, el esfuerzo, etc.”¹⁰¹

38. En materia penal, este principio se proyecta en los artículos 29 y 229 Superiores, que contienen los elementos nucleares del debido proceso y consagra el acceso a la administración de justicia¹⁰², este último denominado también derecho a la tutela judicial efectiva, entendida como la posibilidad de todas las personas de acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos o intereses legítimos,

La garantía de este derecho se basa en la estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos en la ley, lo que le otorga a los individuos una protección real y efectiva, anterior al proceso y que previene cualquier grado de indefensión, es decir, la ausencia del derecho a alegar y la imposibilidad de defender en juicio los propios derechos, bien sea entre los individuos o entre estos y el Estado¹⁰³, situación última que se aprecia en el escenario del proceso penal.

39. Conforme a lo expuesto, el principio de igualdad es uno de los pilares fundamentales del proceso, a partir del cual se efectiviza la garantía de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia. Ahora bien, en materia penal este principio y sus efectos procesales adquiere mayor importancia por las fuertes afectaciones a los derechos fundamentales de los condenados.

El principio de igualdad y los derechos fundamentales de los condenados penalmente

40. La ejecución de la sanción penal implica una fuerte afectación a los derechos fundamentales de los condenados, porque la pena impuesta genera la restricción o suspensión de derechos como la libertad física y la libre locomoción, sin embargo, otros permanecen intactos y deben ser respetados y garantizados por las autoridades públicas encargadas del cumplimiento de la

¹⁰¹ Cfr. C-022 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz

¹⁰² Sentencia C-1194 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁰³ Sentencia C-426 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil.



condena, pues entre estas últimas y el recluso existe una relación de especial sujeción¹⁰⁴.

Por esa razón, la Corte ha sostenido una línea jurisprudencial constante y uniforme que identifica los derechos fundamentales de los internos y los clasifica en tres grupos¹⁰⁵:

Los derechos suspendidos: como consecuencia lógica y directa de la pena impuesta, lo cual tiene justificación constitucional y legal a partir del cumplimiento de los fines de la sanción penal. En este grupo se encuentran la libre locomoción y los derechos políticos como el sufragio, entre otros.

Los derechos restringidos o limitados: por la especial situación de sujeción de los internos con el Estado, la cual se fundamenta en la contribución al proceso de resocialización del condenado, la garantía de la disciplina, seguridad y salubridad en las cárceles. Entre este grupo se encuentran los derechos a la intimidad personal y familiar, de reunión, de asociación, al libre desarrollo de la personalidad, la libertad de expresión, al trabajo y a la educación entre otros. Debe aclararse que la validez constitucional de las limitaciones a estos derechos depende de la observancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Por último se encuentran los **derechos intocables o intangibles:** es decir, aquellos conformados por los derechos fundamentales de la persona privada de la libertad que permanecen intactos, porque encuentran su fundamento en la dignidad del ser humano y no pueden ser limitados ni suspendidos, no obstante que su titular se encuentre sometido al encierro¹⁰⁶. Son ejemplos de aquellos la vida, la integridad personal, la dignidad, **la igualdad**, la salud, de petición y el **debido proceso**, entre otros.

41. En definitiva, la especial situación de sujeción entre los internos y el Estado generan fuertes tensiones sobre sus derechos, debido a que son penalmente responsables de cometer una conducta punible y han sido condenados a una pena de prisión, lo que les genera una suspensión y restricción de algunos de sus derechos. Sin embargo, aquellas garantías constitucionales inherentes a la dignidad del ser humano, permanecen intactas y el Estado está obligado a procurar su respeto y protección¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Sentencias de la Corte Constitucional T-153 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-815 de 2013 M.P. Alberto Rojas Ríos.

¹⁰⁵ Sentencia T-511 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁰⁶ Sentencia T-267 de 2015 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁰⁷ Sentencia T-388 de 2013 M.P. María Victoria Calle Correa.

El test de igualdad, sus elementos y su intensidad

42. La Corte ha expresado que el examen de validez constitucional de un trato diferenciado entre dos sujetos o situaciones (*tertium comparationis*), consiste en determinar si el criterio de diferenciación utilizado por el Legislador fue utilizado con estricta observancia del principio de igualdad (artículo 13 C.P)¹⁰⁸, a través de un juicio simple¹⁰⁹ compuesto por distintos niveles de intensidad (débil, intermedio o estricto) que permiten el escrutinio constitucional de la medida. En otras palabras, se trata de una escala de intensidades que permiten la verificación de la aplicación del principio de igualdad, en un acto proferido del Legislador¹¹⁰.

El *test de igualdad es débil*: cuando la materia analizada es de aquellas en las que el Legislador goza de una amplia libertad de configuración normativa, por lo que por regla general se desarrollan las exigencias del principio democrático. Esta Corporación ha manifestado que el examen de constitucionalidad tiene como finalidad establecer si el trato diferente que se enjuicia establece una medida potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento¹¹¹. Como resultado de lo anterior, la intensidad leve del test requiere: i) que la medida persiga un objetivo legítimo; ii) el trato debe ser potencialmente adecuado; y iii) no debe estar prohibido por la Constitución.

Se requiere la aplicación de un *test intermedio de igualdad* cuando: i) la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental; o ii) cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia¹¹². En estos eventos, el análisis del acto jurídico es más exigente que el estudio realizado en el nivel leve, puesto que requiere acreditar que: i) el fin no solo sea legítimo, sino que también sea *constitucionalmente importante*, en razón a que promueve intereses públicos contenidos en la Carta o por razón de la dimensión del problema que el Legislador trata de resolver. Además: ii) debe demostrarse que el medio no solo sea adecuado, sino *efectivamente conducente* para alcanzar el fin buscado con la norma objeto de control constitucional¹¹³.

¹⁰⁸ Sentencia C-539 de 2009 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, entre otras.

¹⁰⁹ La Corte ha establecido la existencia de un test integrado de igualdad, en el que concurren elementos del juicio de proporcionalidad y de igualdad simple. Al respecto ver sentencia C-093 de 2001 M.P. Alejandro Martínez Caballero, entre otros pronunciamientos.

¹¹⁰ Sentencia C-093 de 2001 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² Sentencia C-673 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹¹³ *Ibidem*.

Por último, el *test estricto de igualdad*: surge cuando las clasificaciones efectuadas por el Legislador se fundan en criterios “*potencialmente discriminatorios*”, como son la raza o el origen familiar, entre otros (artículo 13 C.P.), desconocen mandatos específicos de igualdad consagrados por la Carta (artículos 19, 42, 43 y 53 C.P.), restringen derechos a ciertos grupos de la población o afectan de manera desfavorable a minorías o grupos sociales que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta (artículos 7º y 13 C.P.)¹¹⁴.

En este escenario, el análisis del acto jurídico objeto de censura de constitucionalidad por desconocimiento del principio de igualdad debe abarcar los siguientes elementos: i) la medida utilizada debe perseguir ya no solo un objetivo no prohibido, sino que debe buscar la realización de un fin constitucionalmente imperioso; y ii) el medio utilizado debe ser necesario, es decir no basta con que sea potencialmente adecuado, sino que debe ser idóneo¹¹⁵.

La robustez del control que realiza la Corte al utilizar el test estricto es de aplicación excepcional, pues se limita a aquellas situaciones en las que el Legislador no tiene un amplio margen de configuración como son: i) las prohibiciones no taxativas contenidas en inciso 1º del artículo 13 de la Constitución; ii) medidas normativas sobre personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares o discretas; iii) medidas diferenciales entre personas o grupos que *prima facie*, afectan gravemente el goce de un derecho fundamental; o iv) cuando se examina una medida que crea un privilegio¹¹⁶ en términos del ejercicio de derechos fundamentales.

De igual manera, en el análisis del escrutinio estricto de igualdad se presenta una inversión de la carga de la prueba y de la argumentación, puesto que el Legislador es el que debe justificar su actuación, so pena que se mantenga “*la presunción de trato inequitativo*”¹¹⁷.

En conclusión, la aplicación del test de igualdad para verificar la violación a ese principio, implica un análisis a partir de niveles cada uno con un grado

¹¹⁴ Sentencia C-445 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹¹⁵ Sentencia C-093 de 2011 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹¹⁶ Sentencia C-673 de 2001 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹¹⁷ Sentencia T-230 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

diferente de intensidad, de tal suerte que el juicio será leve, intermedio o estricto, conforme a la norma objeto de estudio.

Análisis de la constitucionalidad de la norma demandada

43. La demanda que conoce la Corte en esta oportunidad cuestiona la constitucionalidad parcial del artículo 5° de la Ley 1709 de 2014, que introdujo el artículo 7A en la Ley 65 de 1993 “*Por medio de la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario*”, en el sentido que de su literalidad surge una interpretación en el sentido de establecer las obligaciones especiales de los Jueces de Penas y Medidas de Seguridad, en especial el reconocimiento de los mecanismos alternativos o sustitutivos de la pena de prisión, que le soliciten la persona privada de la libertad, su apoderado de la defensoría pública o la Procuraduría General de la Nación.

El actor fundamentó el concepto de violación en que la norma censurada desconoce el principio de igualdad, pues de su literalidad se interpreta que sólo los apoderados de la defensoría pública pueden solicitar la aplicación de los mecanismos alternativos o sustitutivos de la pena de prisión, por lo que produce un trato discriminatorio frente a los abogados de confianza¹¹⁸. Por estas razones, solicita a la Corte la declaratoria de **inexequibilidad** de la expresión “*de la defensoría pública*” contenida en la disposición demandada.

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura manifestó que la norma demandada debe declararse **exequible**, pues no existe vulneración al principio de igualdad, puesto que todos los abogados titulados e inscritos tienen la facultad y la idoneidad para actuar en los distintos procesos judiciales.

De otra parte, para el Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico, Sala Administrativa y la Procuraduría General de la Nación, la disposición acusada debe ser declarada **inexequible** con base en que: i) la norma objeto de censura impone una limitación a las personas privadas de su libertad para que se les reconozcan los mecanismos alternativos o sustitutivos de la pena de prisión, por lo que no sólo se afecta el derecho a escoger profesión u oficio, sino también el acceso a la administración de justicia¹¹⁹; y ii) una lectura literal del artículo permite concluir que solo el apoderado vinculado a la defensoría pública es quien puede solicitar la aplicación de los mecanismos alternativos o sustitutivos de la pena de prisión, lo que desconoce el derecho fundamental de

¹¹⁸ Folio 3-4 cuaderno principal.

¹¹⁹ Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico, Sala Administrativa.

la asistencia judicial y técnica de las personas condenadas penalmente a través de apoderado de confianza, el cual se encuentra en igualdad de condiciones con aquel profesional vinculado a la defensoría pública, pues cumplen el mismo rol de asistencia y asesoramiento a la persona procesada. En conclusión se trata de una restricción que vulnera el principio de igualdad, pues establece una discriminación injustificada para los condenados que asumieron su defensa técnica a través de apoderado de confianza¹²⁰.

44. Conforme a lo expuesto, la Corte determinó que el análisis del presente asunto debía contemplar que el texto demandado por el actor tiene implicaciones que van más allá de la propia demanda, tal y como lo manifestaron algunos intervinientes. En efecto, el fragmento acusado no sólo incide en la presunta vulneración del principio de igualdad en el escenario del ejercicio de la profesión de abogado en materia penal, sino que trasciende hacia las garantías procesales de las personas privadas de la libertad representadas por sus apoderados de confianza, en especial aquellas que afectan el acceso de los condenados a los mecanismos alternativos o sustitutivos de la pena de prisión.

45. En consecuencia, se resolverá si la restricción contenida en la norma acusada, derivada de su interpretación literal, en el sentido de que solo los apoderados de la defensoría pública puedan solicitar medidas alternativas o sustitutivas de la pena privativa de la libertad dentro del proceso penal, desconoce el principio de igualdad de quienes ejercen la profesión de abogados en materia penal como representantes de confianza, distinción que necesariamente tiene consecuencias en la igualdad de los representados en el acceso a los beneficios penales mencionados.

Análisis del contenido jurídico de la norma demandada

46. La disposición bajo estudio de la Corte se encuentra ubicada en el artículo 5° de la Ley 1709 de 2014¹²¹, el cual adicionó un artículo 7A en la Ley 65 de 1993¹²², que regula las obligaciones especiales de los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

En el inciso primero, la norma parcialmente acusada establece que los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad tienen el deber de vigilar las

¹²⁰ Procuraduría General de la Nación.

¹²¹ “Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones”

¹²² “Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario.”

condiciones de ejecución de la pena y de las medidas de seguridad impuestas en la sentencia condenatoria.

De otra parte, la literalidad del inciso segundo que contiene la disposición acusada, permite interpretar que los mencionados jueces deberán reconocer los mecanismos alternativos o sustitutivos de la pena de prisión siempre que se cumplan con los requisitos establecidos en la ley, bien sea de oficio o mediante petición realizada por: i) la persona privada de la libertad; ii) su apoderado de la defensoría pública; o iii) la Procuraduría General de la Nación.

En los incisos siguientes se establece que la inobservancia de estos deberes será considerada como falta gravísima. Además que el Consejo Superior de la Judicatura, deberá garantizar la presencia permanente de al menos un Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad en aquellos establecimientos penitenciarios o carcelarios que así lo requieran.

47. Conforme a la interpretación literal del contenido de la disposición acusada y a las consideraciones generales expuestas previamente, para la Sala la norma demandada presenta los siguientes caracteres relevantes:

- i) Los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad tienen el deber de vigilar las condiciones en que se ejecuta la pena impuesta en la sentencia condenatoria.
- ii) La norma dispone que los mencionados jueces conocerán de las solicitudes de concesión de mecanismos alternativos o sustitutivos de la pena de prisión presentadas por: a) la persona privada de la libertad a nombre propio; b) su apoderado de la defensoría pública; o c) por la Procuraduría General de la Nación.

De lo expuesto es claro que la interpretación literal del precepto parcialmente acusado estableció que sólo los apoderados de la defensoría pública podrán solicitar la aplicación de medidas alternativas o sustitutivas de la pena de prisión en favor de personas privadas de la libertad, disposición que excluye de tal posibilidad a otros apoderados que asuman la representación de los condenados penalmente y que no hagan parte del servicio público de defensoría pública. De esta manera, contrario a lo afirmado por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria, el aparte censurado estableció una distinción a favor de aquellos profesionales que cumplen con ese servicio



de defensa ofrecido por el Estado, en detrimento de los abogados que ejercen sus labores como apoderados de confianza.

Además, como lo ha advertido la Sala, los efectos del contenido normativo censurado exceden aquellos considerados por el actor, pues dicha restricción también afecta a las personas que se encuentran privadas de la libertad, las cuales podrían beneficiarse de la concesión de los mecanismos alternativos o sustitutivos de la pena de prisión, solo si están representados por un defensor público.

El fragmento acusado violaría el derecho a la igualdad en dos dimensiones dependientes: de una parte, el ejercicio de la profesión de abogado de confianza en materia penal como manifestación de la defensa técnica de los condenados, pues sólo podrían solicitar los beneficios de la pena aquellos apoderados de la defensoría pública; y de otra, las consecuencias de dicha restricción afectan las garantías procesales de los internos como una especie de externalidad negativa, pues se impone como una limitación para aquellos reclusos que eligen a sus abogados y que por esta causa no pueden solicitar por su intermedio la concesión de beneficios penales.

Realizadas las anteriores precisiones, procede la Corte a verificar si la disposición demandada es inconstitucional por desconocer el principio de igualdad.

La interpretación literal de la disposición jurídica demandada contenida en el artículo 5° de la Ley 1709 de 2014 desconoce el principio de igualdad

48. Tal y como se expuso precedentemente, el Legislador cuenta con una amplia libertad de configuración normativa para regular aspectos de derecho penal y penitenciario. Sin embargo, dicha facultad no es absoluta, pues encuentra límites constitucionales. Esta Corporación ha establecido que el principio de igualdad configura una garantía constitucional sustancial que le impone al Legislador la obligación de no expedir normas que puedan implicar obstáculos injustificados para el ejercicio de derechos fundamentales en materia procesal, bien se trate de facultades de los apoderados judiciales para actuar en el proceso, las cuales en ocasiones indirectamente se reflejan sobre las garantías procesales de los internos.

49. En el caso que es objeto de estudio en esta oportunidad, considera la Sala que para verificarse la posible afectación al principio de igualdad, debe

utilizarse el test simple de intensidad estricta con fundamento en las siguientes razones:

i) En esta oportunidad, la utilización del test simple para verificar la posible afectación al principio de igualdad constituye una alternativa metodológica construida por la jurisprudencia de esta Corporación y se justifica porque la norma objeto de censura constitucional no tiene la naturaleza de medida restrictiva expresa en materia de derechos fundamentales, ni configuró una tensión entre principios constitucionales, que generara la necesidad de analizar su contenido bajo criterios de proporcionalidad, pues se trata de una disposición que consagró la garantía de acceso de los condenados penales a los subrogados penales, mediante las solicitudes que puedan presentar en nombre propio, su apoderado de la defensoría pública o por la Procuraduría General de la Nación, por lo que no se requiere un escrutinio con fundamento en el juicio integrado de igualdad¹²³.

ii) Ahora bien, en relación con la intensidad del test simple, entiende la Sala que la censura constitucional se dirige a una norma jurídica que estableció las personas legitimadas para presentar la solicitud de la concesión de los subrogados penales a los que pueden acceder quienes se encuentren privados de la libertad. La disposición objeto de reproche facultó sólo a los defensores públicos para agenciar tales beneficios, lo que podría constituir una limitación tácita e injustificada en el ejercicio de la profesión respecto de los abogados de confianza, consecuencias que se extiende hacia el ejercicio -en condiciones de igualdad- de los derechos fundamentales de los internos, en especial el derecho de defensa, el que, desde una perspectiva amplia y aplicada al escenario de la ejecución de la condena impuesta, se manifiesta como la posibilidad de proteger sus intereses judiciales (por ejemplo acceso a beneficios penales), de forma personal o a través de apoderado judicial.

En otras palabras, el precepto jurídico parcialmente acusado generó implícitamente un marco de acceso restringido para la solicitud de concesión de subrogados penales, situación que afecta a los apoderados de confianza en el ejercicio de sus funciones y obviamente puede debilitar las garantías procesales de los condenados a pena privativa de la libertad que ellos representan.

iii) El precepto jurídico bajo estudio impone una limitación que afecta a los apoderados que no hacen parte de la defensoría pública. No se trata de una categoría sospechosa y la medida no está dirigida a un grupo que requiera de

¹²³ Cfr. Sentencia C-093 de 2001 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

una especial protección constitucional. Bajo esas circunstancias, no se justificaría la utilización de un juicio estricto de igualdad. Sin embargo, el reproche de la norma genera implicaciones que se extienden a los internos que aquellos abogados representan, sujetos que sí se encuentran en una situación de especial sujeción con el Estado y pertenecen a un grupo en condición de vulnerabilidad.

Esta especial relación ha sido entendida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el **Caso Instituto de Reeducción del Menor contra Paraguay**, como aquella que genera una posición de garante del Estado frente a las personas privadas de la libertad, pues las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que están bajo su custodia. Esta especial sujeción se caracteriza por la intensidad con que el Estado regula sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en las que el interno no tiene la capacidad de satisfacer por su cuenta un conjunto de necesidades básicas esenciales para el desarrollo de una vida digna.

Por estas razones, el Estado debe asumir una serie de responsabilidades particulares para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y garantizar el goce efectivo de aquellos derechos que no pueden restringirse o que no guarden relación de limitación con la privación de la libertad, pues la pena de prisión no despoja a la persona de su titularidad en relación con los derechos humanos¹²⁴.

De otra parte, este Tribunal ha construido la noción de relaciones especiales de sujeción como fundamento necesario para entender el alcance de los deberes y derechos recíprocos entre internos y autoridades carcelarias¹²⁵. De esta suerte, tales relaciones configuran las interacciones jurídico-administrativas en las cuales el administrado se inserta en la esfera de regulación de la administración, por lo que el recluso está sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales¹²⁶. En estos eventos, el Estado tiene el deber de respetar y garantizar integralmente aquellos derechos que no admiten restricciones o limitaciones como la vida, la dignidad humana, la salud, la igualdad, el debido proceso y la defensa técnica, entre otras¹²⁷.

¹²⁴ Caso “*Instituto de Reeducción del Menor*” Vs. Paraguay. Sentencia de septiembre 2 de 2004. Serie C N° 112, párrafos 152, 152 y 153.

¹²⁵ Sentencia T-077 de 2013 M.P. Alexei Julio Estrada.

¹²⁶ Ver la sentencia T-793 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹²⁷ Sentencia T-077 de 2013 M.P. Alexei Julio Estrada. Ver también sentencia T-153 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-578 de 2005 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Como resultado de esta especial relación de sujeción se encuentra, de una parte, la necesidad de determinar el nivel de protección de los derechos fundamentales de los reclusos, y de otra, las obligaciones de la administración en relación con el deber positivo de asegurar el goce efectivo de los derechos fundamentales que no permiten su restricción, suspensión o limitación, sobre los cuales los reclusos se encuentran en una especial situación de indefensión¹²⁸, acentuada por las causas que generaron la declaratoria de un estado de cosas inconstitucional¹²⁹.

En conclusión, las personas privadas de la libertad se encuentran en una especial situación de indefensión producto de la relación de sujeción frente al Estado. Si bien existen derechos que pueden ser restringidos o suspendidos, hay otros que son intangibles, sobre los cuales no pueden procurarse por sus propios medios su satisfacción, lo que exige del Estado una intensidad mayor en términos de deberes de garantía sobre los mismos. Actualmente la Corte ha declarado el estado de cosas inconstitucionales en materia carcelaria, pues se ha acreditado un déficit en materia de derechos fundamentales de los reclusos, lo que les ubica en un grupo social que se encuentra en condiciones de debilidad manifiesta.

50. De acuerdo con lo expuesto, el estudio integral del cargo y de la norma objeto de reproche, le permite establecer a la Sala que la disposición jurídica censurada impuso no solo una limitación a los abogados de confianza, sino que también generó una restricción legal sobre los internos que ellos representan. Bajo ese entendido, ese precepto consagró un trato diferente entre los reclusos que cumplen con la pena de prisión, pues se logran identificar dos grupos tácitos: i) aquellos que asumieron su defensa judicial con abogados que no hacen parte de la defensoría pública; y ii) los condenados a pena privativa de la libertad que son representados judicialmente por apoderados que prestan el servicio público de defensa judicial por parte del Estado.

La consecuencia de esta distinción es que quienes hacen parte del segundo grupo son los únicos que tienen la posibilidad de presentar ante los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, a través de su apoderado judicial de la defensoría pública, la solicitud de concesión de medidas alternativas o sustitutivas de la pena de prisión. Por el contrario, para el primer grupo la norma impone una restricción en el acceso a los subrogados penales, pues la

¹²⁸ T-881 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

¹²⁹ Sentencia T-153 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-388 de 2013 M.P. María Victoria Calle Correa.

disposición no contempla la posibilidad de que sus abogados de confianza presenten las solicitudes mencionadas, situación que justifica la aplicación de un juicio de intensidad estricta de igualdad, por tratarse de una regulación que indirectamente afecta a un grupo vulnerable que requiere de una especial protección constitucional.

A causa de lo expuesto, considera la Sala que la violación del mencionado principio debe verificarse a través del test estricto de igualdad. Este Tribunal ha decantado los elementos concurrentes que deben ser tenidos en cuenta para el referido el estudio, a saber¹³⁰: i) la medida utilizada debe perseguir la realización de un fin constitucionalmente imperioso; y ii) el medio utilizado para alcanzarlo, debe ser necesario.

51. Al aplicar estos elementos a la norma objeto de control de constitucionalidad, encuentra la Sala que los mismos no se encuentran acreditados, como pasa a verse a continuación:

i) ***Realización de un fin constitucionalmente imperioso***: este elemento no está presente en la norma objeto de estudio, pues al realizar un estudio de los antecedentes legales de la disposición, la Corte no encontró acreditado que con la misma se realice un objetivo superior apremiante tanto para el ejercicio de la profesión de abogado, como para la eficacia de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad.

En efecto, la Ley 1709 de 2014, fue tramitada en el Congreso de la República bajo el radicado 23 de 2013 Senado y 256 de 2013 Cámara. El proyecto de ley fue presentado por la Ministra de Justicia y del Derecho de la época. En la exposición de motivos presentada se fundamentó en la crisis estructural y de largo plazo del sistema penitenciario y carcelario, por lo que las soluciones deben tener la misma naturaleza. Dentro de los principales problemas se encuentran la sobrepoblación (hacinamiento), la insuficiencia de la guardia penitenciaria, la corrupción existente en los centros penitenciarios y la falta de infraestructura carcelaria, por lo que se buscó modificar la Ley 65 de 1993, entre otras disposiciones¹³¹. El espíritu de la norma contenida en el proyecto tuvo tres ejes fundamentales de atención¹³²:

¹³⁰ Sentencia C-445 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-093 de 2001 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹³¹ Gaceta del Congreso Número 217 del 22 de abril de 2013, pág. 1.

¹³² *Ibidem*. Páginas 3 y 4.

a. **La reorganización del sistema penitenciario y carcelario:** puesto que las condiciones actuales del mismo no son suficientes para cumplir con la función resocializadora de la pena, por lo que la responsabilidad del Estado en la ejecución de la sanción penal debe propender por lograr la reinserción social de los condenados penalmente a través de trabajo o estudio. Además se debe buscar la separación de las personas condenadas de las sindicadas, pues estas últimas deben tener un trato diferenciado.

b. **Condiciones dignas de reclusión:** con el proyecto se buscaba fortalecer la función judicial para hacer más expedita la decisión sobre solicitudes de libertad, mejores condiciones de alimentación, acceso al derecho a la salud y reiteración del trabajo como un derecho.

c. **Fortalecimiento institucional:** se requería robustecer las capacidades de acción de varios actores del sistema como la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios, los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, la Escuela Penitenciaria Nacional y el Ministerio de Justicia y del Derecho.

En relación con el contenido de la norma demandada, el proyecto inicialmente presentado por el Gobierno había contemplado que los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad conocerían de las solicitudes de mecanismos alternativos o sustitutivos de la pena de prisión, de oficio o por petición de la persona privada de la libertad, de la defensoría pública o de la Procuraduría General de la Nación. El contenido inicial de dicha disposición era del siguiente tenor:

“(...) la Dirección del establecimiento de reclusión respectivo, o su delegado, deberá solicitar de manera oficiosa ante los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad el reconocimiento de los mecanismos alternativos o sustitutivos de la pena de prisión que resulten procedentes a favor de las personas privadas de la libertad, de acuerdo con la información que posea sobre el tiempo que lleva recluido y la conducta o conductas punibles que le han sido imputadas o por las cuales se le condenó. Los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, de oficio o a petición de la persona privada de la libertad, de la defensoría pública o de la Procuraduría General de la Nación, también deberán reconocerlas cuando verifiquen el cumplimiento de los respectivos requisitos. La inobservancia de este deber será considerado

como falta gravísima, sin perjuicio de las acciones penales a las que haya lugar.”¹³³ (Lo énfasis agregado)

Esta norma sufrió modificaciones en la plenaria de Cámara, según el acta número 212 del 12 de junio de 2013, en la que el Representante Holger Díaz presentó una proposición para modificar el contenido de la norma, en el sentido de incorporar la expresión “*su apoderado*”. El alcance de la sugerencia es la siguiente:

“Los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la libertad, de oficio o a petición de las personas privadas de la libertad, le agrega entonces esta proposición ‘o su apoderado de la defensoría pública o de la Procuraduría General de la Nación también deberán reconocerlos cuando verifiquen el cumplimiento de los respectivos requisitos’.”¹³⁴

Por su parte, el Representante Carlos Edward Osorio Aguiar, en calidad de ponente, en relación con la proposición expuesta manifestó:

“Ya lo ha dicho el secretario, básicamente le agrega la expresión “o su apoderado” para que también pueda en un momento determinado así como pueda hacerse de oficio o a petición de la persona privada de la libertad, también puedan en un momento determinado su apoderado como es apenas natural solicitar los beneficios que se desprenden de esa disposición por eso se avala señor presidente.”

La norma objeto de censura fue aprobada en Plenaria de Cámara y el texto definitivo fue publicado en la Gaceta número 514 de 2013, en el que se observa la modificación:

*“Los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, de oficio o a petición de la persona privada de la Libertad o su apoderado de la defensoría pública o de la Procuraduría General de la Nación, también deberán reconocerles cuando verifiquen el cumplimiento de los respectivos requisitos.”*¹³⁵

¹³³ Ibídem pág. 8. Artículo 4º del proyecto inicial presentado por el Gobierno.

¹³⁴ Gaceta del Congreso 790 del 3 de octubre de 2013. Acta 212 del 12 de junio de 2013 pág. 41

¹³⁵ Página 6.

Durante el trámite en el Senado, se observa una modificación en el texto presentado en el informe de ponencia para primer debate, en el siguiente sentido:

“Los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, de oficio o a petición de la persona privada de la libertad o su apoderado de la defensoría pública o de la Procuraduría General de la Nación también deberán reconocer los mecanismos alternativos o sustitutivos de la pena de prisión que resulten procedentes cuando verifiquen el cumplimiento de los respectivos requisitos.”¹³⁶

Este texto fue el acogido durante el trámite legislativo en el Senado y en las sesiones de conciliación¹³⁷.

Como resultado de lo expuesto, es claro para la Corte que la inclusión de la expresión demandada durante el trámite legislativo creó un privilegio injustificado para los apoderados de la defensoría pública y generó una externalidad negativa inescindible para las garantías de quienes se encuentran privados de la libertad, pues dentro de este último grupo, los reclusos que son representados por abogado de confianza, no pueden solicitar la aplicación a su favor de los subrogados penales.

52. De los antecedentes analizados, la disposición objeto de censura constitucional fue expedida por el Legislador con base en la libertad de configuración normativa en materia penal y penitenciaria, por lo que no constituye una regulación sobre una materia prohibida constitucionalmente. Sin embargo, el Legislador desconoció el principio de igualdad, pues no existe justificación constitucional válida que permita inferir que con la misma se persigue la consecución de un objetivo Superior imperioso, ya que la fundamentación de la misma es precaria y ni siquiera se acredita que con la misma se alcancen los fines de la ley de la cual hacen parte. Por esta razón, el precepto censurado no logra superar la exigencia argumentativa del test estricto que se aplica en esa oportunidad.

Por el contrario, lo que observa la Corte es que la literalidad de la expresión contenida en la disposición jurídica demandada, estableció una situación discriminatoria injustificada para el grupo de apoderados de confianza y generó una consecuencia negativa para los internos que asumen su representación judicial a través de los mencionados profesionales que

¹³⁶ Gaceta número 668 del 2 de septiembre de 2013, pág. 5.

¹³⁷ Gacetas 941 del 2013, 1011 de 2013, 1016 de 2013 y 1017 de 2013.

desconoce el principio de igualdad y afecta el derecho fundamental de defensa de los reclusos, pues con la misma no se persigue la consecución de un fin constitucionalmente imperioso en relación con el ejercicio de la abogacía o de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad. Es de recordar que en aplicación del test estricto de igualdad, esta Corporación ha establecido la existencia de una presunción de trato inequitativo¹³⁸, por lo que le corresponde al Legislador la carga argumentativa y demostrativa de ausencia de desconocimiento del principio de igualdad, situación que no se acreditó en el presente asunto. Por lo expuesto, estima la Sala que no es necesario continuar con la verificación del siguiente elemento del juicio.

Dicho lo anterior, se encuentra acreditado el desconocimiento del principio de igualdad en el presente asunto de los abogados de confianza, cuyos efectos inescindiblemente se reflejan, como una restricción grave, sobre los derechos fundamentales de defensa, debido proceso y de acceso a la administración de justicia de los internos que representan, y se impone como un obstáculo insalvable para materializar los fines de resocialización de la pena, pues las medidas de alternativas o sustitutivas de la pena de prisión, como quedó expuesto, son instrumentos que permiten la humanización de la sanción penal impuesta y permite alcanzar los objetivos de resocialización y de reintegración de los condenados que orientan la política punitiva del Estado.

53. En consecuencia, la interpretación literal de la expresión “*de la defensoría pública*” contenida en el artículo 5º de la Ley 1709 de 2014, desconoció el principio de igualdad, pues estableció un privilegio a favor de los apoderados de la defensoría pública y con ello creó una categoría de internos (aquellos que tienen apoderado de confianza) que tienen un déficit de garantías procesales, pues les impuso una restricción para presentar solicitud de aplicación de mecanismos alternativos o sustitutivos de la pena de prisión, sin que con la misma se pretendiera alcanzar un fin constitucionalmente imperioso.

Ahora bien, la reparación de la discriminación normativa acreditada por este Tribunal hace necesario el análisis de la decisión que deben adoptarse, pues como se analizó en el capítulo sobre la aptitud de la demanda, la norma permite una interpretación a partir de la voluntad del Legislador, pues al haber incluido la expresión “*su apoderado*”, también se refirió al apoderado de confianza de la persona privada de la libertad, distinto del defensor público, en la medida en que su consagración no requería estar conectada con la de ser apoderado del recluso, ya que esta institución solo actúa en ausencia del mismo y tampoco puede existir un “*apoderado*” de la Procuraduría General de

¹³⁸ Sentencia T-230 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

la Nación, pues este organismo actúa en el proceso penal a través de un procurador judicial.

Esta reflexión lleva a la conclusión de que la facultad de la defensoría pública para solicitar la aplicación de beneficios penales, constituye una garantía procesal de los internos, pues se trata de una institución del Estado que en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, es decir, un actor procesal adicional que puede pedir a favor la concesión de los subrogados penales, con lo que se privilegia además, la voluntad expresada por el Legislador y que se aviene a los contenidos de la Carta.

Por estas razones, la Corte declarará la exequibilidad condicionada de la expresión demandada, bajo el entendido de que el apoderado de confianza de la persona privada de la libertad podrá solicitar el reconocimiento de los mecanismos alternativos o sustitutivos de la pena de prisión. De esta manera, se respeta: i) el principio de igualdad; ii) se garantizan los derechos fundamentales intangibles de los reclusos como es el derecho de defensa técnica; iii) se materializan los fines de resocialización de la pena; iv) se genera un alivio en términos de hacinamiento y sobrepoblación carcelaria; y v) se humaniza el sistema penitenciario y carcelario del país, como objetivos esenciales, urgentes, necesarios y de imperioso alcance constitucional, como lo ha reiterado esta Corte en **sentencias T-153 de 1998**¹³⁹ y **T-388 de 2013**¹⁴⁰, que declararon el estado de cosas inconstitucional en la materia.

Conclusiones

La Corte respondió al problema jurídico formulado en relación con el desconocimiento del principio de igualdad de los abogados de confianza y de los reclusos que aquellos representan por la restricción contenida en la norma demandada en el sentido de que solo los apoderados de la defensoría pública pueden solicitar medidas alternativas o sustitutivas de la pena privativa de la libertad, de la siguiente manera:

a. El derecho fundamental de defensa, puede ser ejercido a través de apoderado judicial escogido por el condenado (abogado de confianza) o proporcionado por el Estado a través de la figura de la defensoría pública. En el cumplimiento de su labor profesional, no existe consagración constitucional de privilegios a favor de uno u otro apoderado, por lo que la representación judicial de sus poderdantes debe ser realizada en condiciones de igualdad.

¹³⁹ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁴⁰ M.P. María Victoria Calle Correa.

b. La pena tiene una finalidad constitucional relevante en materia de resocialización del condenado, por lo que el sistema carcelario y penitenciario tiene la obligación de alcanzar este objetivo. Los subrogados penales son beneficios que aportan al proceso de resocialización del interno, pues les permite la aplicación de penas alternativas o sustitutivas a la prisión y además, humanizan el proceso de ejecución de la condena.

c. Los internos y el Estado tienen una relación especial de sujeción que justifica la suspensión y restricción de algunos derechos fundamentales (libertad, libre desarrollo de la personalidad, entre otros). Sin embargo, existe una categoría especial de derechos fundamentales intangibles, sobre los cuales no puede existir ninguna clase de limitación por parte de la administración, pues este grupo se encuentra en un estado de vulnerabilidad al no poder procurar la satisfacción personal de sus intereses, acentuada por la declaratoria de un estado de cosas inconstitucional.

d. El Legislador dispone de una libertad de configuración normativa en materia penal y penitenciaria, pero dicha facultad no es absoluta, pues debe respetar el principio de igualdad, pues, en materia punitiva, configura la habilitación para el ejercicio de los derechos fundamentales al debido proceso, de defensa y de acceso a la administración de justicia, los cuales son intocables para los reclusos que cumplen sus condenas de prisión.

e. El análisis de la vulneración del principio de igualdad, requiere la utilización de un juicio o test, que permite la valoración de la disposición normativa a partir de distintos niveles de intensidad que puede ser leve, intermedio o estricto.

f. El estudio del reproche constitucional de la interpretación literal de la disposición jurídica acusada se realizó a través del test estricto de igualdad, pues la Corte identificó que la norma censurada estableció una restricción legal a los apoderados judiciales que prestan sus servicios de representación a elección de los reclusos. Sin embargo, las implicaciones de la norma se extienden a las personas privadas de la libertad que aquellos apoderan, pues les restringe el derecho de defensa, en especial el acceso a los beneficios penales, lo que configura una limitación a los derechos fundamentales intangibles de los internos, grupo vulnerable y de especial protección constitucional.



g. El uso del test de igualdad estricto en materia carcelaria y penitenciaria está condicionado a que la norma objeto de estudio establezca un tratamiento diferenciado injustificado que configure una restricción que afecte los derechos fundamentales intangibles de los reclusos.

h. Aplicado el juicio estricto de igualdad, la Sala acreditó que la interpretación literal de la expresión demandada parcialmente vulneró el principio de igualdad, puesto que no obstante haber sido proferida por el Legislador con base en su libertad de configuración normativa, la misma no busca alcanzar un fin constitucionalmente imperioso y por el contrario, constituye una limitación para el grupo de internos que no asumen su defensa técnica a través de apoderados judiciales elegidos por ellos.

i. Conforme a lo manifestado, la Corte declarará la exequibilidad condicionada de la expresión censurada, bajo el entendido de que el apoderado de confianza de la persona privada de la libertad podrá solicitar el reconocimiento de los mecanismos alternativos o sustitutivos de la pena de prisión, pues de esta manera se garantizan: i) el principio de igualdad; ii) los derechos fundamentales intangibles de los reclusos como son el debido proceso, el derecho de defensa y el acceso a la administración de justicia; iii) se materializan los fines de resocialización de la pena; iv) genera un alivio en términos de hacinamiento y sobrepoblación carcelaria; y v) humaniza el sistema penitenciario y carcelario del país.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar **EXEQUIBLE** la expresión “*de la defensoría pública*” contenida en el inciso 2° del artículo 5° de la Ley 1709 de 2014 “*por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones*”, en el entendido de que el apoderado de confianza de la persona privada de la libertad podrá solicitar el reconocimiento de los mecanismos alternativos o sustitutivos de la pena de prisión.

Cópiese, notifíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.



MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Presidenta

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado
Ausente en comisión

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

ALBERTO ROJAS RIOS
Magistrado



LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General