

BOADA ACOSTA, JUAN CAMILO. "Pandemia, prisiones y Derecho Penal: Cuando las Cortes no están a la Altura. Comentarios al Auto AP1073-2020 del 3 de junio de 2020 (51983) de la Corte Suprema de Justicia", *Nuevo Foro Penal* 95, (2020).

**Pandemia, prisiones y Derecho Penal:
Cuando las Cortes no están a la Altura.
Comentarios al Auto AP1073-2020 del 3 de
junio de 2020 (51983) de la Corte Suprema
de Justicia**

Pandemic, prisons and Criminal Law: When the Courts are not up to par. Comments to Order AP1073-2020 of June 3, 2020 (51983) of the Supreme Court of Justice

JUAN CAMILO BOADA ACOSTA*

Resumen

En este trabajo se reflexiona en torno al Auto AP1073-2020 del 3 de junio de 2020 (rad. 51983) de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, providencia en la cual se analizó una de las solicitudes presentadas en cuanto a la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad frente al artículo 6° del Decreto Legislativo 546 del 2020 del proferido por el Gobierno Nacional en el marco de la pandemia provocada por el Covid-19. De acuerdo a esto, se da una revisión de los principios de necesidad y proporcionalidad en relación al caso.

Abstract

This work reflects on the Auto AP1073-2020 of June 3, 2020 (rad. 51983) of the Criminal Cassation Chamber of the Supreme Court of Justice, an order in which one of the requests submitted regarding the application of the exception of unconstitutionality

* Abogado de la Universidad de los Andes y estudiante de la Maestría en Derecho (en investigación) de la misma universidad. Fue Asistente Administrativo en la Sala de Amnistía o Indulto de la Jurisdicción Especial para la Paz en 2019. Actualmente se dedica al litigio en materia penal. Correo: jc.boada10@uniandes.edu.co.

against article 6 of Legislative Decree 546 of 2020, issued by the National Government in the framework of the pandemic caused by Covid-19. Afterwards, a review about the principles of necessity and proportionality in relation to the case is given.

Palabras claves

Auto AP1073-2020, excepción de inconstitucionalidad, Covid-19, pandemia, principios de necesidad y proporcionalidad.

Keywords

Auto AP1073-2020, exception of unconstitutionality, Covid-19, pandemic, principles of necessity and proportionality.

Sumario

1. Introducción; 2. Estructura; 3. Resumen de la providencia; 4. Las cárceles y la pandemia Covid 19: El Decreto 546 de 2020; 5. Excepción de inconstitucionalidad; 6. Los fines de la pena; 7. La excepción de inconstitucionalidad por la falta de necesidad y proporcionalidad en el marco de la pandemia; 8. Conclusiones; Bibliografía.

1. Introducción

Este comentario tiene como objetivo analizar el Auto AP1073-2020 del 3 de junio de 2020 (rad. 51983) de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (en adelante, “la CSJ”, “la Corte Suprema” o “la Sala Penal”). En dicha providencia, la Corte Suprema analizó la solicitud de prisión domiciliaria presentada por el procesado Alcides Elías Pimienta Rosado. Este solicitó que se aplicara la excepción de inconstitucionalidad frente al artículo 6º del Decreto Legislativo 546 de 2020 proferido por el Gobierno Nacional en el marco de la pandemia provocada por el Covid-19¹. Dicho artículo contiene una lista demasiado amplia de delitos sobre los que la prisión domiciliaria no procede, independientemente de la gravedad de la enfermedad que padece el interno. Así, este texto hará un corto repaso sobre los fines del Decreto 546, la excepción de inconstitucionalidad² y los principios de la pena de prisión.

1 Decreto Legislativo 546 de 2020 [Ministerio de Justicia y del Derecho]. 14 de abril de 2020.

2 Es importante señalar que para la fecha de la solicitud y de la providencia, la Corte Constitucional no se había manifestado frente a la constitucionalidad del Decreto 546 de 2020. Sin embargo, para la fecha en que se escribe este texto recién acaba de ser publicado el texto completo de la Sentencia C-255 de 2020, la cual posiblemente sea comentada en otro momento.

2. Estructura

El texto seguirá la siguiente estructura. En primer lugar se hará un resumen del Auto analizado. En segundo lugar, se presentará una breve descripción del Decreto 546 de 2020, incluyendo los fines que persigue y las razones por las cuales se profirió. Luego, se explicará la figura de la excepción de inconstitucionalidad. Posteriormente, se explicarán los principios de necesidad y proporcionalidad para concluir que en efecto debía aplicarse la excepción de inconstitucionalidad. Finalmente, se cierra el comentario con las conclusiones.

3. Resumen de la providencia

Alcides Elías Pimienta Rosado fue condenado el 31 de octubre de 2017, en primera instancia, por el Tribunal Superior de Riohacha. Dicha autoridad lo condenó como autor de los delitos de concusión, prevaricato por acción y prevaricato por omisión. También le impuso, entre otras, la pena de 135 meses de prisión y le negó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el acceso a la prisión domiciliaria. En su solicitud a la CSJ, autoridad que debe resolver en segunda instancia sobre su responsabilidad penal, Pimienta Rosado afirmó que el artículo 6º del mencionado Decreto debía ser inaplicado en su caso mediante una excepción de inconstitucionalidad. Según reseña la decisión, el solicitante señala que el Decreto “establece un trato desigual e irrazonable y por tanto discriminatorio entre los detenidos que padezcan enfermedades graves como coronarias o diabetes, y se encuentren procesados por delitos excluidos y no excluidos”. El procesado, según el dictamen de Medicina Legal entregado a la CSJ, padece, entre otras enfermedades, Bursitis, Osteocondritis, Hipertensión Arterial Estadio 2, Diabetes Mellitus tipo 2, Hipercolesterolemia, Obesidad Mórbida y Síndrome metabólico.

La Sala Penal rechazó la solicitud afirmando lo siguiente:

El régimen de exclusiones que allí se consagra no se muestra arbitrario, caprichoso o violatorio de alguna garantía fundamental, sino que al contrario es una norma de carácter general que se aviene con precisas razones de Política Criminal que persigue armonizar las necesidades sanitarias que impone la pandemia del Covid 19 en materia carcelaria con las garantías de seguridad, confianza ciudadana, vida y orden económico y social.

Luego de eso, señaló que el Decreto establece en su artículo 2º las situaciones que hacen procedente la prisión domiciliaria, pero que a su vez el artículo 6º señala

las exclusiones. Con base en ello, al ver que dos de los tres delitos por los cuales el solicitante había sido condenado hacían parte de la lista de exclusiones (el único que no es el de prevaricato por omisión), concluyó que no procedía el beneficio. Sin embargo, dando aplicación al parágrafo 5º del mismo artículo 6º, ofició a la Dirección del Establecimiento Carcelario EPMSC de Riohacha (Guajira) para que “a la mayor brevedad posible ubique al interno Alcides Elías Pimienta Rosado “en un lugar especial que minimice el eventual riesgo de contagio””.

Antes de cerrar este apartado, vale la pena hacer referencia al salvamento parcial de voto del Magistrado Eugenio Fernández Carlier. Este se aparta de la opinión de sus compañeros y cuestiona que no haya una manifiesta incompatibilidad entre el artículo 6º y la Constitución Política. También señala que las decisiones judiciales, en especial las penales, “deben hacer prevalecer los valores superiores en casos problemáticos”. Afirmó que el problema que buscaba resolver el Decreto era uno de salud, no de inocencia, culpabilidad o de justicia penal. De manera contundente afirmó que el riesgo de la pandemia en las cárceles colombianas se daba tanto frente a los incluidos como a los excluidos del Decreto en su artículo 6º, por lo que la prisión domiciliaria no puede dejarse de aplicar en términos absolutos frente a los procesados o condenados por delitos que hacen parte de la mencionada norma. Sin embargo, luego de fijar unas reglas para la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad frente al artículo 6º, concluye que no todas se cumplían en el caso concreto, aunque no señala en específico cuál o cuáles no se cumplieron en el mismo.

4. Las cárceles y la pandemia Covid 19: El Decreto 546 de 2020

No es un secreto que la situación de hacinamiento de las cárceles colombianas afecta de manera directa y negativa el proceso de resocialización de los condenados. Ya hace mucho tiempo viene siendo reconocida dicha situación por la jurisprudencia constitucional en las diversas sentencias en las que se ha declarado el estado de cosas inconstitucional en las prisiones colombianas³. Igualmente, la doctrina ha resaltado la misma situación⁴. Además, se ha señalado también que es muy importante entender que los problemas de las cárceles colombianas no se reducen

3 Corte Constitucional. Sentencia T-153. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, 1998); T-388. (M.P. María Victoria Calle Correa, 2013); y T-762. (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, 2015).

4 NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ. *El derecho penal de la cárcel*. (Bogotá: Siglo del hombre editores, 2018). En particular, el capítulo 2 describe la situación carcelaria en Colombia y hace un estudio de caso en la cárcel La Modelo de Bogotá.

simplemente a que haya un número mucho más alto de internos que de cupos, sino que también factores como la alimentación o la salud dificultan los procesos de resocialización⁵.

Sumado a todo lo anterior, este año se presentó una situación que puso en evidencia los peligros que representa el hacinamiento para los internos: la pandemia del Coronavirus 2019. Este virus, debido a la facilidad y rapidez de su contagio, ha implicado un reto a nivel mundial para el manejo de las prisiones⁶. En el caso colombiano, supuestamente con el fin de que se disminuyera el riesgo para la vida y salud de los internos, el Gobierno Nacional profirió el Decreto Legislativo 546. En su motivación se dejó muy claro que el hacinamiento en las cárceles implicaba un riesgo de contagio masivo, “lo que puede poner en riesgo el Estado de salud de todas las personas que interactúan en dicho entorno”. Adicionalmente, señaló de manera también muy clara quiénes serían objeto de dicho beneficio:

Que debido a la concentración de personal en los establecimientos penitenciarios y carcelarios, se hace necesario implementar normas inmediatas, de carácter apremiante, para evitar el contagio y la propagación de la enfermedad coronavirus COVID-19 dentro de los establecimientos penitenciarios y carcelarios del país, por lo cual resulta pertinente conceder la detención domiciliaria y la prisión domiciliaria transitorias *a personas que pertenezcan a los grupos poblacionales con mayor vulnerabilidad, como los adultos mayores, las mujeres en estado de embarazo y personas con enfermedades crónicas, entre otras.*

Sin embargo, a pesar de hacer evidente la necesidad de disminuir el hacinamiento en las cárceles para reducir el contagio, el artículo 6º incluyó un listado excesivamente largo de delitos que quedarían excluidos de dicho beneficio. No vale la pena aquí transcribir las tres páginas que necesitó el Gobierno para desarrollar dicha norma y con ella evitar cualquier posibilidad de mejora de la situación en las prisiones. Basta con señalar que, como era de esperarse, de cara a su finalidad, el Decreto fue un fracaso, pues no pudo si quiera conseguir que saliera de las cárceles

5 LIBARDO JOSÉ ARIZA HIGUERA Y MARIO ANDRÉS TORRES GÓMEZ. “Definiendo el hacinamiento. Estándares normativos y perspectivas judiciales sobre el espacio penitenciario”, *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, 21, No. 2 (2019): 227-258. DOI: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.7632>

6 CRISTINA RODRÍGUEZ YAGÜE. “Covid-19 y prisiones: un desafío no sólo sanitario y de seguridad, también humanitario”, *Revista General de Derecho Penal*, No. 33 (2019). URL: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_revista=422466

el risible número de internos que en principio se había planteado⁷. No sobra decir que, tal como se advirtió en el editorial del anterior número de esta revista, el Decreto llegó mal:

“en primer lugar, porque un problema de salud pública, que debería abordarse desde el enfoque científico de la epidemiología, fue abordado desde una perspectiva de política criminal y seguridad ciudadana. En efecto el Gobierno, para la adopción de las medidas previstas en el Decreto, se centró en la pregunta por el “quiénes” debían salir de los centros penitenciarios y carcelarios, y olvidó la pregunta que tendría que haber orientado el Decreto: “¿cuántos internos deberían salir de las prisiones para garantizar de forma efectiva y oportuna sus derechos a la salud, la vida y la dignidad, así como los de aquellos internos que permanezcan reclusos?”⁸

5. Excepción de inconstitucionalidad

La Constitución Política es la norma de normas, lo cual implica que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma, se aplicarán las disposiciones constitucionales⁹. Por esto, la principal garantía de la supremacía de la Constitución es el control de constitucionalidad abstracto, que se encuentra en cabeza de la Corte Constitucional -y excepcionalmente del Consejo de Estado-, cuya finalidad es que el sistema jurídico esté integrado únicamente por normas que respeten las disposiciones de la Carta.

Sin embargo, existen normas que, a pesar de ser consideradas exequibles en el control abstracto, al ser aplicadas en un caso específico, en sede de control concreto de constitucionalidad, resulten inconstitucionales por violar derechos fundamentales del accionante. En virtud de ello surge el mecanismo de excepción

7 La entonces Ministra Margarita Cabello señaló el pasado 4 de junio de 2020 lo siguiente: “Aspirábamos a que 5.000 internos salieran y pasaran a detención domiciliaria transitoria, pero a la fecha solo han salido unos 1.000 y nos falta por resolver en los juzgados la situación de otros 2.500”. En: ‘Decreto de excarcelación no ha dado resultado esperado’: Minjusticia. En: *El Tiempo*, 4 de junio de 2020. URL: eltiempo.com/justicia/servicios/coronavirus-minjusticia-habla-de-poco-resultado-del-decreto-de-excarcelacion-502936

8 “Editorial”, en: *Nuevo Foro Penal*, 16, No. 94. (2020): 7-9. URL: <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/6406>

9 Constitución Política de Colombia de 1991. El artículo 4º afirma lo siguiente: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.”

de inconstitucionalidad. Este se refiere al deber-facultad que tienen los operadores jurídicos de inaplicar una norma exequible a un caso en concreto cuando su aplicación pueda vulnerar derechos fundamentales y por tanto contravenga disposiciones constitucionales.

La Sentencia T-681 de 2016 de la Corte Constitucional recoge las circunstancias por las cuales se puede ejercer la excepción de inconstitucionalidad de manera oficiosa o a solicitud de parte. Estas son:

1. Que la norma sea contraria a la Constitución y no haya habido pronunciamiento sobre su constitucionalidad.
2. Que la norma, a pesar de ser válida formalmente, reproduzca en su contenido otra que ya ha sido declarado inexecutable o nula, según sea el caso.
3. Que la norma, a pesar de ser considerada constitucional en abstracto, acarree consecuencias que no son acordes a la Constitución debido a la especificidad de las condiciones del caso particular¹⁰.

6. Los fines de la pena

En una anterior oportunidad se señaló que la pena en un Estado Social y Democrático de Derecho tiene finalidades eminentemente preventivas, ajenas a cualquier concepción retributiva¹¹. No vale la pena entonces hacer un repaso de las diferentes teorías de la pena, pues en nuestro modelo de Estado son las finalidades preventivas las que se buscan con la pena. Así lo señala de manera clara el artículo 4º del Código Penal¹², y así lo han explicado también las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia.

La Corte Constitucional, desde sus inicios, ha dicho que la pena busca que el condenado regrese a la vida social una vez cumplido su castigo¹³. Ha fundamentado dicha idea tanto en la dignidad humana como valor que emana del artículo 1º de

10 Corte Constitucional. Sentencia T-681. (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, 2016).

11 JUAN CAMILO BOADA ACOSTA. "La pena natural en el ordenamiento jurídico colombiano. Comentarios a la Sentencia del 6 de agosto de 2019 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Radicado 52750. M.P. Eyder Patiño Cabrera", *Nuevo Foro Penal*, 15, No. 93. (2019): 267 y siguientes. URL: <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/6170>.

12 Ley 599 de 2000. DO No. 44.097.

13 Corte Constitucional. Sentencia T-218. (M.P. Carlos Gaviria Díaz, 1994).

nuestra Carta¹⁴, como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁵ y la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁶. En este sentido, la Corte Constitucional ha sido muy reiterativa al decir que la finalidad principal en la ejecución de la pena es la resocializadora¹⁷, incluso fomentado medidas menos graves que la pena en la cárcel:

Por lo anterior, la resocialización en un Estado Social de Derecho exige que se limite la privación de la libertad en los establecimientos carcelarios, pues los mismos dificultan la reinserción del individuo a la sociedad y lo condenan a la estigmatización y al aislamiento, lo cual no implica renunciar a la pena de privación de la libertad, sino combinarla con mecanismos que permitan que el individuo no pierda contacto con su familia y con la sociedad como la prisión domiciliaria, la libertad condicional o la vigilancia electrónica.¹⁸

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, siguiendo dicha línea, ha dicho que la pena debe ser necesaria, útil y proporcionada¹⁹. Así, su más reciente jurisprudencia ha explicado que la pena busca resocializar en la fase de ejecución. En la sentencia de radicado 46.647 del 3 de febrero de 2016²⁰, señaló que en cuanto al delito de inasistencia alimentaria la cárcel resulta contraproducente para el bien jurídico que se quiere proteger (la familia). Y, por ende, con miras a la resocialización y la prevención especial, la prisión domiciliaria resulta el medio idóneo. Igualmente,

14 Corte Constitucional. Sentencia C-261. (M.P. Alejandro Martínez Caballero, 1996).

15 Numeral 3o. del artículo 10: "El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados...". En ONU: *Asamblea General. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI)*, (1966).

16 Numeral 6o. del artículo 5: "Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados". En *Organización De Los Estados Americanos (OEA). Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"*, (1969).

17 Corte Constitucional. Sentencia C-430. (M.P.: Carlos Gaviria Díaz, 1996); C-144. (M.P. Alejandro Martínez Caballero, 1997); C-679. (M.P. Carlos Gaviria Díaz, 1998); C-757. (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, 2018); C-233. (M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva, 2016); T-640. (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, 2017); Sentencia T-100. (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, 2018).

18 Corte Constitucional. Sentencia T-767. (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 2015).

19 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 33.254. (M.P. José Leonidas Bustos Martínez, 27 de febrero de 2013); Rad. 41.712. (M.P. José Leonidas Bustos Martínez, 24 de febrero de 2016).

20 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 46.647. (M.P. José Leonidas Bustos Martínez, 3 de febrero de 2016).

ha resaltado la importancia de dicha finalidad resocializadora, acudiendo, al igual que la Corte Constitucional, a instrumentos internacionales²¹. Además de citar el ya mencionado Pacto de Derechos Civiles y Políticos, ha citado las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no privativas de la Libertad (Reglas de Tokio)²², que promueve, precisamente, la aplicación de medidas alternativas a la privativa de la libertad. Dicha línea también fue seguida en la sentencia de radicado 47.475 del 26 de junio 2019²³, en la que consideró que la finalidad preventivo especial resocializadora también se cumple en la prisión domiciliaria. Finalmente, en una reciente sentencia de tutela, afirmó que la pena no responde únicamente a la búsqueda de justicia de la víctima y la sociedad, sino también a “la resocialización como garantía de la dignidad humana”²⁴.

7. La excepción de inconstitucionalidad por la falta de necesidad y proporcionalidad en el marco de la pandemia

En este apartado se describen los principios constitucionales de necesidad y proporcionalidad para concluir que los mismos debieron ser tenidos en cuenta por la Corte Suprema de Justicia al decidir sobre la excepción de inconstitucionalidad. Debe recordarse que el sistema penal se ve limitado, en el Estado Social y Democrático de Derecho, por los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad²⁵.

a. Necesidad

Bajo este principio, el juez debe analizar la pena como el medio para un fin²⁶.

21 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 41.712. (M.P. José Leonidas Bustos Martínez, 24 de febrero de 2016).

22 ONU: Asamblea General. Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio). Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990.

23 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 47.475. (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, 26 de junio de 2019).

24 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sala de Decisión de Tutelas No. 1. Sentencia STP4236-2020. (M.P. Eugenio Fernández Carlier).

25 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 47.475. (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, 26 de junio de 2019).

26 Si bien este principio se dirige al legislador a la hora de tipificar conductas, también obliga al juez pues así lo dispone el artículo 3°. Así se ha pronunciado la Corte Constitucional en Sentencias C-565. (M.P. Hernando Herrera Vergara, 1993); Sentencia C-19. (M.P. Alejandro Linares Cantillo, 2016).

Dicho fin es el ya explicado de prevenir delitos. No solo por la jurisprudencia recién reseñada sino también porque así lo dispone el artículo 3º del Código Penal: “El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención (...)”. De este modo, el análisis puede darse principalmente de dos maneras. La primera se refiere a la existencia de medios menos lesivos que la pena privativa de la libertad en la cárcel para cumplir la finalidad²⁷. Así, “si los fines de la pena pueden conseguirse por otros medios menos costosos o menos aflictivos, la pena no es necesaria y por lo tanto no puede ser útil”²⁸. En este sentido, cobran suma importancia los diferentes subrogados penales que existen como la suspensión condicional de la pena, la prisión domiciliaria o la libertad condicional. Estos pueden servir mucho más a la prevención de delitos que la pena de prisión.

La segunda se da cuando el fin se ha conseguido por otros medios²⁹. Como la pena es un medio para prevenir delitos, y en la fase de ejecución prima la prevención especial positiva, puede prescindirse de la misma. Puede incluso declararse responsabilidad y en consecuencia cumplirse la finalidad preventivo general con la sola imposición de la pena. El ejemplo más claro es el de la pena natural³⁰. En dicho caso no hay necesidad de pena porque el daño sufrido por el autor consiguió los mismos efectos, incluso en términos preventivo generales.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta lo dicho en el artículo 4º del Código Penal, según el cual “[l]a prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión”. En este sentido, en cuanto a la ejecución debe verificarse la necesidad de pena de cara a la prevención especial y la resocialización³¹.

27 Corte Constitucional. Sentencia T-596. (M.P. Ciro Angarita Barón, 1992); Sentencia C-679. (M.P. Carlos Gaviria Díaz, 1998); Sentencia C-806. (M.P. Clara Inés Vargas Hernández, 2008); Sentencia T-767. (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 2015). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 47.475. (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, 26 de junio de 2019); Rad. 33.254. (M.P. José Leonidas Bustos Martínez, 27 de febrero de 2013). Con respecto a la medida de aseguramiento se da el mismo análisis de medios y fines: Corte Constitucional. Sentencia C-318. (M.P. Jaime Córdoba Triviño, 2008).

28 Corte Constitucional. Sentencia T-596. (M.P. Ciro Angarita Barón, 1992).

29 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 52.750. (M.P. Eyder Patiño Cabrera, 6 de agosto de 2019).

30 Sobre esta figura se hizo un análisis en esta misma revista. BOADA ACOSTA, “La pena natural en el ordenamiento jurídico colombiano”.

31 “De esta manera, el principio de necesidad de pena deberá examinarse exclusivamente en el marco de la prevención especial, para determinar si el sentenciado requiere tratamiento penitenciario resocializador, en lugar de buscar otros objetivos de prevención (general o especial) con la imposición

b. Proporcionalidad

Dicho principio busca que haya simetría entre el daño causado por el delito y el daño que causa la pena³². Busca evitar que la sanción sea exagerada frente al hecho³³, razón por la cual se le conoce también como “prohibición de exceso”. Ha dicho la Corte Constitucional que se deduce de los artículos 1º, 2º, 5º, 6º, 11º, 12º, 13º y 214º de la Constitución. Ahora bien, debe precisarse que generalmente este principio se entiende en un sentido amplio y en un sentido estricto. En el primero se entiende que se debe hacer un análisis frente a la necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto³⁴. El de necesidad como principio autónomo ya fue analizado. Por su parte, el de idoneidad debe entenderse como utilidad como sub principio del de necesidad³⁵. En esa línea, la pena solamente debería imponerse cuando es útil³⁶. Por lo tanto, conviene describir el de proporcionalidad en sentido estricto.

Frente a esta modalidad, ha dicho Lopera Mesa que:

requiere efectuar una ponderación entre los principios que operan en

de la sanción”. En: Iván González Amado. “La punibilidad” En Lecciones de Derecho Penal. Parte General. (Bogotá: Universidad Externado, 2011), 507.

- 32 Corte Constitucional. Sentencia T-596. (M.P. Ciro Angarita Barón, 1992); Sentencia C-806. (M.P. Clara Inés Vargas Hernández, 1992); Sentencia C-591. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, 1993); Sentencia C-365. (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 2012; Sentencia C-261. (M.P. Alejandro Martínez Caballero, 1996; Sentencia C-144. (M.P. Alejandro Martínez Caballero, 1997; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 33.254. (M.P. José Leonidas Bustos Martínez, 27 de febrero de 2013).
- 33 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 41.350. (M.P. Eugenio Fernández Carlier, 30 de abril de 2014).
- 34 GLORIA PATRICIA LOPERA MESA. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. (Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2006), 27; Carlos Bernal Pulido. *El Derecho de los derechos*. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005), 134-135. En esa línea: Corte Constitucional. Sentencia C-670. (M.P. Clara Inés Vargas Hernández, 2004).
- 35 Corte Constitucional. Sentencia T-596. (M.P. Ciro Angarita Barón, 1992); Sentencia C-647. (M.P. Alfredo Beltrán Sierra, 2001); Sentencia C-312. (M.P. Rodrigo Escobar Gil, 2002); Sentencia C-806. (M.P. Clara Inés Vargas Hernández, 2002); Sentencia C-939. (M.P. Eduardo Montealegre Lynett, 2002); Sentencia T-767. (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 2015. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 29.183. (M.P. José Leonidas Bustos Martínez, 18 de noviembre de 2008; Rad. 41.350. (M.P. Eugenio Fernández Carlier, 30 de abril de 2014).
- 36 Sin embargo, vale tener en cuenta una gran crítica a este punto que menciona Nicolás Martínez: “si se exige que la pena efectivamente resocialice, reintegre, reincorpore, de lo contrario se vuelve inútil, cuál juez no conoce las condiciones de las cárceles colombianas para estar seguro de que ellas producen efectos completamente contrarios y que por eso la Corte Constitucional las declaró en “estado de cosas inconstitucional””. En: Mauricio Martínez Sánchez. *La necesidad de pena en el derecho penal alemán*. (Bogotá: Editorial Ibáñez, 2002), 61.

contra y a favor de la constitucionalidad de la ley penal enjuiciada, esto es, por un lado, los derechos fundamentales afectados por la definición de la conducta prohibida y de la pena aplicable y, por el otro, el bien o los bienes que se aducen como fundamento de la intervención legislativa.³⁷

Si bien la anterior explicación se dirige en principio al legislador, esta es perfectamente aplicable en el caso del juez que analiza la imposición de una pena³⁸. En este sentido, el juez debe analizar la entidad de la afectación que implica la cárcel con el daño del delito cometido. Por supuesto que esto implica una cuantificación que se corresponda con el delito cometido y los daños producidos por este. Generalmente así se entiende la proporcionalidad, a tal punto de entender que este se debe mover únicamente dentro de los márgenes establecidos por el legislador³⁹. Sin embargo, se considera que también se refiere a un equilibrio entre fines y medios en abstracto⁴⁰, es decir, no a la mera determinación de una pena que se mueva dentro de los límites dispuestos por el legislador. Esto implica que incluso cuando haya necesidades preventivas, si la intervención es mucho más perjudicial que la utilidad que se busca en términos preventivos, el juez podría prescindir de la pena.

c. La excepción de inconstitucionalidad por ausencia de necesidad y proporcionalidad

En condiciones normales, es claro que existe una sujeción por parte de las personas privadas de la libertad frente al Estado. Ello es así, independientemente de si se trata de prisión en establecimiento carcelario, domiciliaria o de sistema de vigilancia electrónica⁴¹. Así, hay algunos derechos fundamentales que no pueden ser restringidos ni siquiera cuando una persona está privada de la libertad. Algunos de aquellos que no pueden ser limitados son la vida, la dignidad humana, el debido proceso, el habeas data y la salud, respecto de los cuales “surge un deber de

37 LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, 499.

38 GLORIA PATRICIA LOPERA MESA Y DIANA PATRICIA ARIAS HOLGUÍN. *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales en la determinación judicial de la pena*. (Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada, 2010), 169.

39 Corte Constitucional. Sentencia C-647. (M.P. Alfredo Beltrán Sierra, 2001); Sentencia C-328 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, 2016). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 46.283. (M.P. Eugenio Fernández Carlier, 24 de enero de 2018); Rad. 30.446. (M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, 3 de diciembre de 2009).

40 Corte Constitucional. Sentencia C-591. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, 1993).

41 Corte Constitucional. Sentencia T-163. (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza, 2012).

respeto, promoción y garantía por parte de las autoridades competentes⁴². En el caso particular del derecho de la salud, el Estado no puede limitar o suspender su protección debido a la restricción de la libertad⁴³. Es más, la salud para las personas que están privadas de la libertad implica para el Estado tres deberes específicos:

1. Brindar atención integral y oportuna a las necesidades médicas del interno.
2. Garantizar la integridad física del recluso al interior del establecimiento carcelario.
3. Garantizar unas adecuadas condiciones de higiene, seguridad, salubridad y alimentación, al interior del establecimiento carcelario⁴⁴.

Teniendo eso en cuenta, puede decirse que la decisión de la Corte Suprema de Justicia no tuvo en cuenta los principios de proporcionalidad y necesidad en el caso concreto. Ante las actuales condiciones de pandemia que atraviesa el mundo y de hacinamiento en las prisiones colombianas, siempre deben buscarse medios alternativos que impliquen menos afectaciones a los internos debido al grave riesgo que existe para su salud y en consecuencia para su vida. Si se tiene en cuenta, como se expuso anteriormente, que la finalidad principal en el momento de la ejecución de la pena es la resocialización, pueden usarse otros medios que garantizan la misma finalidad. Además, no puede olvidarse que, como se dijo al inicio del texto, el señor Pimienta Rosado no tiene una condena en su contra en firme. Él se encuentra privado de la libertad en virtud de la incoherente y absurda línea jurisprudencial de la CSJ según la cual desde que se dicta una sentencia condenatoria en primera instancia se puede privar de la libertad a una persona así la decisión no esté en firme⁴⁵. Esto hace aún más grave su situación, pues se le está poniendo en grave riesgo a la salud y a la vida a una persona que sigue siendo inocente para el ordenamiento jurídico colombiano.

En esa línea, no hay necesidad de que el señor Pimienta Rosado, quien padece Bursitis, Osteocondritis, Hipertensión Arterial Estadio 2, Diabetes Mellitus tipo 2,

42 Corte Constitucional. Sentencia. T-163. (M.P. Luis Guillermo Guerrero, 2016).

43 Corte Constitucional. Sentencia T-536. (M.P. Myriam Ávila Roldán, 2015).

44 Corte Constitucional. Sentencia T-391. (M.P. Luis Guillermo Guerrero, 2015).

45 Una de las decisiones más recientes al respecto de este tema, que además recoge la posición de la Corte Constitucional, es la siguiente: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 51142. (M.P. Patricia Salazar Cuéllar, 29 de enero de 2020). De manera realmente absurda e inexplicable, tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional han dicho que a pesar de que la sentencia condenatoria no esté en firme se puede privar al condenado de la libertad para que empiece a ejecutar la pena. A pesar de dicha comprensión, afirman absurdamente que el privado de la libertad mantiene su presunción de inocencia.

Hipercolesterolemia, Obesidad Mórbida y Síndrome metabólico, deba seguir en una prisión. La medida idónea sería entonces la prisión domiciliaria transitoria descrita en el Decreto 546 de 2020 en su artículo 1º. La aplicación estricta del artículo 6º implicaría la vulneración en ese caso concreto de la Constitución Política. Se concluye entonces que la Corte Suprema de Justicia no estuvo a la altura de la circunstancias pues evidentemente debió haber aplicado la excepción de inconstitucionalidad frente a dicha norma para conceder la prisión domiciliaria transitoria al solicitante.

8. Conclusiones

La Corte se equivoca por muchas razones. Pero vale destacar no solo que consideró que detrás del absurdo y extensísimo listado de excepciones del Decreto 546 de 2020 existen razones de política criminal, sino que, incluso si así fuera, ese no debía ser el fundamento del Decreto. Como bien lo señaló la editorial de esta misma revista en su pasada edición, el Gobierno olvidó que la pregunta que debía guiar el Decreto era la de cuántos presos deben salir, y no quiénes.

Además, incluso si esa hubiera sido la pregunta a orientar el Decreto, eso no debería ser determinante de cara al análisis de la procedencia de la excepción de inconstitucionalidad. Precisamente esta figura implica el análisis de un caso concreto. En dicho caso concreto las razones que orientan una norma de carácter general no deben ser las que hagan procedente o no la excepción de inconstitucionalidad. Por el contrario, ello depende de que la aplicación particular implica la vulneración de la norma fundamental en nuestro ordenamiento jurídico: la Constitución Política. De esta manera, es claro que la Corte Suprema de Justicia no estuvo a la altura, pues no fue capaz de reconocer una situación claramente inconstitucional que implica riesgos muy graves para el solicitante y para muchos otros internos. La posibilidad de atacar esta grave situación recaerá en los jueces de menor jerarquía que, acudiendo a la Constitución y a los principios que de ella derivan, tienen el fundamento necesario para hacer respetar derechos fundamentales.

9. Bibliografía

- "Editorial". *Nuevo Foro Penal*, 16, No. 94 (2020): 7-9. URL: <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/6406>
- ARIZA HIGUERA, Libardo José y Mario Andrés Torres Gómez. "Definiendo el hacinamiento. Estándares normativos y perspectivas judiciales sobre el espacio penitenciario". *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, 21, 2 (2019): 227-258. DOI: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.7632>
- BERNAL PULIDO, CARLOS. *El Derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- BOADA ACOSTA, JUAN CAMILO. "La pena natural en el ordenamiento jurídico colombiano. Comentarios a la Sentencia del 6 de agosto de 2019 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Radicado 52750. M.P. Eyder Patiño Cabrera". *Nuevo Foro Penal*, 15, No. 93 (2019): 263-280. URL: <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/6170>.
- Constitución Política de Colombia de 1991.
- Corte Constitucional. Sentencia C-144. (M.P. Alejandro Martínez Caballero, 1997).
- Corte Constitucional. Sentencia C-191. (M.P. Alejandro Linares Cantillo, 2016).
- Corte Constitucional. Sentencia C-233. (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, 2016).
- Corte Constitucional. Sentencia C-261. (M.P. Alejandro Martínez Caballero, 1996).
- Corte Constitucional. Sentencia C-312. (M.P. Rodrigo Escobar Gil, 2002).
- Corte Constitucional. Sentencia C-318. (M.P. Jaime Córdoba Triviño, 2008).
- Corte Constitucional. Sentencia C-328. (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, 2016).
- Corte Constitucional. Sentencia C-365. (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 2012).
- Corte Constitucional. Sentencia C-430. (M.P. Carlos Gaviria Díaz, 1996).
- Corte Constitucional. Sentencia C-565. (M.P. Hernando Herrera Vergara, 1993).
- Corte Constitucional. Sentencia C-591. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, 1993).
- Corte Constitucional. Sentencia C-647. (M.P. Alfredo Beltrán Sierra, 2001).
- Corte Constitucional. Sentencia C-670. (M.P. Clara Inés Vargas Hernández, 2004).
- Corte Constitucional. Sentencia C-679. (M.P. Carlos Gaviria Díaz, 1998).
- Corte Constitucional. Sentencia C-757. (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, 2014).
- Corte Constitucional. Sentencia C-806. (M.P. Clara Inés Vargas Hernández, 2002).
- Corte Constitucional. Sentencia C-939. (M.P. Eduardo Montealegre Lynett, 2002).
- Corte Constitucional. Sentencia T-100. (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, 2018).
- Corte Constitucional. Sentencia T-153. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, 1998).

- Corte Constitucional. Sentencia T-163. (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza, 2012).
- Corte Constitucional. Sentencia T-218. (M.P. Carlos Gaviria Díaz, 1994).
- Corte Constitucional. Sentencia T-388. (M.P. María Victoria Calle Correa, 2013).
- Corte Constitucional. Sentencia T-391. (M.P. Luis Guillermo Guerrero, 2015).
- Corte Constitucional. Sentencia T-536. (M.P. Myriam Ávila Roldán, 2015).
- Corte Constitucional. Sentencia T-596. (M.P. Ciro Angarita Barón, 1992).
- Corte Constitucional. Sentencia T-640. (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, 2017).
- Corte Constitucional. Sentencia T-681. (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, 2016).
- Corte Constitucional. Sentencia T-762. (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, 2015).
- Corte Constitucional. Sentencia T-767. (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 2015).
- Corte Suprema de Justicia. Rad. 29.183. (M.P. José Leonidas Bustos Martínez, 18 de noviembre de 2008).
- Corte Suprema de Justicia. Rad. 30.446. (M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, 3 de diciembre de 2009).
- Corte Suprema de Justicia. Rad. 33.254. (M.P. José Leonidas Bustos Martínez, 27 de febrero de 2013).
- Corte Suprema de Justicia. Rad. 41.350. (M.P. Eugenio Fernández Carlier, 30 de abril de 2014).
- Corte Suprema de Justicia. Rad. 41.712. (M.P. José Leonidas Bustos Martínez, 24 de febrero de 2016).
- Corte Suprema de Justicia. Rad. 46.283. (M.P. Eugenio Fernández Carlier, 24 de enero de 2018).
- Corte Suprema de Justicia. Rad. 46.647. (M.P. José Leonidas Bustos Martínez, 3 de febrero de 2016).
- Corte Suprema de Justicia. Rad. 47.475. (M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, 26 de junio de 2019).
- Corte Suprema de Justicia. Rad. 51983. (M.P. Hugo Quintero Bernate, 3 de junio de 2020).
- Corte Suprema de Justicia. Rad. 52.750. (M.P. Eyder Patiño Cabrera, 6 de agosto de 2019).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 51142. (M.P. Patricia Salazar Cuéllar, 29 de enero de 2020).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sala de Decisión de Tutelas No. 1. Sentencia STP4236-2020. (M.P. Eugenio Fernández Carlier).

- 'Decreto de excarcelación no ha dado resultado esperado': Minjusticia. En: *El Tiempo*, 4 de junio de 2020. Acceso el 29 de agosto de 2020. URL: eltiempo.com/justicia/servicios/coronavirus-minjusticia-habla-de-poco-resultado-del-decreto-de-excarcelacion-502936
- Decreto Legislativo 546. [Ministerio de Justicia y del Derecho]. 14 de abril de 2020.
- GONZÁLEZ AMADO, IVÁN. "La punibilidad". En: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. 2ª ed.* Bogotá: Universidad Externado, 2011.
- HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, NORBERTO. *El derecho penal de la cárcel.* Bogotá: Siglo del hombre editores, 2018.
- Ley 599 de 2000. DO No. 44.097.
- LOPERA MESA, GLORIA PATRICIA Y DIANA PATRICIA ARIAS HOLGUÍN. *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales en la determinación judicial de la pena.* Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada, 2010.
- LOPERA MESA, GLORIA PATRICIA. *Principio de proporcionalidad y ley penal.* Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2006.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, MAURICIO. *La necesidad de pena en el derecho penal alemán.* Bogotá: Editorial Ibáñez, 2002.
- Organización De Los Estados Americanos (OEA). Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", 22 Noviembre 1969.
- Organización de Naciones Unidas (ONU): Asamblea General. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, 16 Diciembre 1966.
- Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio). Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, CRISTINA. "Covid-19 y prisiones: un desafío no sólo sanitario y de seguridad, también humanitario". *Revista General de Derecho Penal.* No. 33 (2019): RI §422466. URL: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=422466.