

## Revista Científica General José María Córdova

(Revista colombiana de estudios militares y estratégicos)

Bogotá D.C., Colombia

ISSN 1900-6586 (impreso), 2500-7645 (en línea)

Web oficial: <https://www.revistacientificaesmic.com>

## El control de convencionalidad y las garantías jurídicas en el proceso para el subrogado penal

**Diana María Ramírez Carvajal**

<https://orcid.org/0000-0001-7833-1393>

[dramirez@udem.edu.co](mailto:dramirez@udem.edu.co)

Universidad de Medellín, Colombia

**Alexander Paniagua Galeano**

<https://orcid.org/0000-0003-4310-9068>

[alexander.paniaguag@campusucc.edu.co](mailto:alexander.paniaguag@campusucc.edu.co)

Universidad Cooperativa de Colombia, sede Medellín, Colombia

**Citación:** Ramírez Carvajal, D. M., & Paniagua Galeano, A. (2021). El control de convencionalidad y las garantías jurídicas en el proceso para el subrogado penal. *Revista Científica General José María Córdova*, 19(34), 407-423. <http://dx.doi.org/10.21830/19006586.762>

**Publicado en línea:** 1.º de abril de 2021

Los artículos publicados por la *Revista Científica General José María Córdova* son de acceso abierto bajo una licencia Creative Commons: Atribución - No Comercial - Sin Derivados.



**Para enviar un artículo:**

<https://www.revistacientificaesmic.com/index.php/esmic/about/submissions>



Miles Doctus



**Revista Científica General José María Córdova**  
(Revista colombiana de estudios militares y estratégicos)  
Bogotá D.C., Colombia

Volumen 19, número 34, abril-junio 2021, pp. 407-423  
<http://dx.doi.org/10.21830/19006586.762>

## El control de convencionalidad y las garantías jurídicas en el proceso para el subrogado penal

Conventionality control and the legal guarantees in the criminal subrogation process

**Diana María Ramírez Carvajal**

Universidad de Medellín, Colombia

**Alexander Paniagua Galeano**

Universidad Cooperativa de Colombia, sede Medellín, Colombia

**RESUMEN.** Las tradiciones jurídicas en extremo legalistas que aún se mantienen en el proceso penal colombiano sustentan las decisiones de los jueces e impiden que se apliquen fuentes del derecho que emanan de la Constitución y de las normas convencionales y los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dado que las políticas legislativas restringen los beneficios de la pena, se debe hacer un esfuerzo por avanzar en una interpretación judicial más acorde con la humanización del proceso. Así, este artículo investiga el abanico de normas y de precedentes con que cuenta el juez penal de conocimiento para lograr los fines de la justicia en la decisión judicial, promoviendo a la vez un cambio en la vulneración masiva de derechos de las personas privadas de la libertad.

**PALABRAS CLAVE:** convencionalidad; derecho procesal; derechos humanos; garantías jurídicas; juez; subrogado penal

**ABSTRACT.** The extremely legalistic legal traditions still maintained in the Colombian criminal process underpin judges' and prevent the application of sources of law that emanate from the Constitution, conventional norms, and precedents of the Inter-American Court of Human Rights. Given that legislative policies restrict the benefits of sentencing, an effort must be made to advance in a judicial interpretation more in line with the humanization of the process. Thus, this article examines the range of norms and precedents available to the criminal judge to achieve the ends of justice in the judicial decision, while promoting a change in the massive violation of the rights of persons deprived of liberty.

**KEYWORDS:** conventionality; criminal subrogation; human rights; judge; legal guarantees; procedural law

Sección: JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS • Artículo de investigación científica y tecnológica

Recibido: 1 de diciembre de 2020 • Aceptado: 25 de enero de 2021

**CONTACTO:** Diana María Ramírez Carvajal ✉ [dramirez@udem.edu.co](mailto:dramirez@udem.edu.co)

## Introducción

Una pregunta que emerge permanentemente en el proceso penal es si el juez puede usar los poderes de dirección en el proceso para integrar la norma penal con la norma de convencionalidad. Esto implica un análisis complejo porque la actualidad jurídico-penal del país se centra en un seguimiento estricto del principio de legalidad, con la intención especialmente de salvaguardar la seguridad jurídica y la legalidad de las formas, ambos principios integrados en el debido proceso. Estas precisiones del proceso penal impiden que, de manera armónica, el juez ponga en consideración el derecho convencional para tomar sus decisiones.

Aun así, es importante tener en cuenta las integraciones del derecho. Justamente, no es otro el sentido de que en la academia se construyan teorías y análisis críticos, como el que aquí se trazará, para brindar herramientas prácticas al proceso y a la actividad de los jueces. En este sentido, el artículo plantea la viabilidad de aplicar el precedente judicial de manera flexible, en atención a las garantías constitucionales, integrando a las normas positivas las normas del bloque de constitucionalidad. Para ello, se expone la necesidad de que el juez penal fundamente sus argumentos con las herramientas otorgadas por la Constitución y el derecho convencional. Este es un estudio propio del Estado constitucional dirigido a fortalecerlo, pues el arraigo en las leyes y las formas muchas veces propicia situaciones adversas para los procesados, como cuando se niega sin suficiente fundamento el subrogado penal, lo que, en consecuencia, desborda los sistemas penitenciario y carcelario del país.

En este sentido, cabe reconocer que el Estado social de derecho adoptado por Colombia recoge las teorías de la constitucionalización de la justicia que, respecto del área penal, significan la incorporación de importantes garantías, transversalizando en el proceso principios fundamentales para su inmediata aplicación. Ya no prevalece en el proceso el principio de legalidad legislativa, sino que este se integra con otro ordenamiento superior: el sistema constitucional. Ello, por supuesto, complejiza su estructura.

En este marco normativo, las garantías procesales constitucionales son de tal magnitud que limitan a gran escala el uso por parte del Estado de los poderes de represión, que durante épocas previas a la constitucionalización de la justicia promovieron el uso del derecho penal como herramienta de dominación y sometimiento legítimo. Es sabido cómo estos poderes no pocas veces ocasionaron someter en la picota pública a los sancionados, tal como en “el caso Damiens en 1757, donde el cuerpo fue cosificado como consecuencia de una sanción sin límite alguno, sin consideración a la persona humana y a su dignidad” (Foucault, 2018, p. 12).

Hoy en día se reconduce este carácter peligrosista y deshumanizado al centrar la discusión en la importancia de las herramientas interpretativas que tiene el juez para transformar el derecho según las circunstancias. Esto hace parte de la legitimación democrática en el proceso, a partir del principio de independencia judicial. Esta legitimación se pro-

duce, como sostiene Ferrajoli (2016, p. 26), por la validez constitucional de las normas en el Estado constitucional de derecho y, al mismo tiempo, por la relación material entre la “democracia política” (o formal) y la “democracia sustancial”, que se refleja en el reforzamiento del papel de la jurisdicción y en una nueva y más fuerte legitimación democrática del poder judicial y de su independencia.

En esta perspectiva, es plausible sostener que el centro del principio democrático en el proceso se encuentra en el control de constitucionalidad que, por vía de excepción, pueden aplicar los jueces, haciendo uso del artículo 4 de la Constitución Política colombiana. Esta norma asienta un sistema de control mixto: uno concentrado en la Corte Constitucional y el otro difuso, aplicable a un sinnúmero de situaciones, por cualquier autoridad del Estado.

En el proceso penal, la excepción de inconstitucionalidad permite dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución, una vía de saneamiento que el juez puede realizar en un caso concreto cuando así lo requiera. Más allá de lo expuesto, este es un poder que opera de manera rogada pero también de oficio, lo cual es potencialmente más favorable para el procesado.

Esta perspectiva garantista es la que permite sustentar que en el sistema penal acusatorio es viable la aplicación del derecho convencional, a través de una integración flexible de los precedentes. Esto se debe a que en Colombia se le reconoce prioridad normativa constitucional a los tratados y convenios sobre derechos humanos, los cuales no pueden ser limitados, ni siquiera durante los estados de excepción, por formar parte del bloque de constitucionalidad (art. 3, Ley 906 de 2004).

Sin embargo, las estadísticas han dado cuenta de la aplicación sistemática de unas políticas punitivas (Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario [INPEC], 2015, p. 6). Nótese que el artículo 68A de la Ley 600 de 2000, que ordena la negación de beneficios y del subrogado penal a procesados que han sido condenados por delitos dolosos o preterintencionales dentro de los cinco años anteriores, ha sido mantenido en su materialidad por normas posteriores como la Ley 1453 de 2011, la Ley 1709 de 2014 y la Ley 1944 de 2018. Estas políticas del Estado favorecen el hacinamiento carcelario, pero, más allá de esto, potencialmente producen vulneraciones a las garantías constitucionales y a los derechos fundamentales de los condenados. En tal sentido, la responsabilidad de estudiar caso a caso estos desequilibrios está en el juez, pues aplicar literalmente estas normas restrictivas de la libertad aporta a este gran problema denominado por la Corte Constitucional como un “estado de cosas inconstitucionales” (Sentencia T-025 de 2014).

Una conclusión que se anticipa es que, para el juez de conocimiento, más que una posibilidad se trata de una obligación: en cada una de sus decisiones deberá contrastar las normas penales aplicables a cualquier caso en estudio con los precedentes nacionales e internacionales expedidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Igualmente, es su deber motivar suficientemente una decisión restrictiva a los dos más

importantes derechos humanos: libertad y vida digna. Esto es lo que se llama la humanización del proceso.

## Marco teórico

### Las garantías penales

Uno de los efectos más importantes del garantismo es avanzar en lo que desde varias perspectivas se denomina la humanización del proceso. “Que las penas sean moderadas y proporcionadas a los delitos, que la muerte no se pronuncie ya sino contra los culpables de asesinato y que los suplicios que indignan a la humanidad sean abolidos” (Foucault, 2018, p. 86). Este fue el pronunciamiento de la cancillería francesa en el año de 1789, cuando el cuerpo humano era el recipiente donde la pena descargaba su poder estatal.

Así, desde el siglo XVIII, los juristas han explorado nuevas formas de imponer penas a quienes las merecen, suprimiendo el enfrentamiento físico entre el soberano y el condenado. Esto busca velar por la humanidad física y mental del condenado, separando su condición de procesado de su condición de individuo considerado en sí mismo. Esto no significa desatender los intereses de la víctima; es atender la separación de las perspectivas humanas en el proceso, lo cual es necesario para atender adecuadamente las garantías penales y la liberación del suplicio físico como medida principal del castigo.

En esta perspectiva, el juez penal de conocimiento en el sistema penal acusatorio debe construir, mediante una decisión razonable, los fines de las garantías procesales en el derecho penal. No puede el juez circunscribirse únicamente a la aplicación de la norma de carácter especial, pues la norma ordinaria especial no puede ser el único camino para que el juez penal desarrolle las garantías. La interpretación de la legislación colombiana debe articularse con normas constitucionales, de origen nacional o internacional, fundadas en los derechos humanos de las personas.

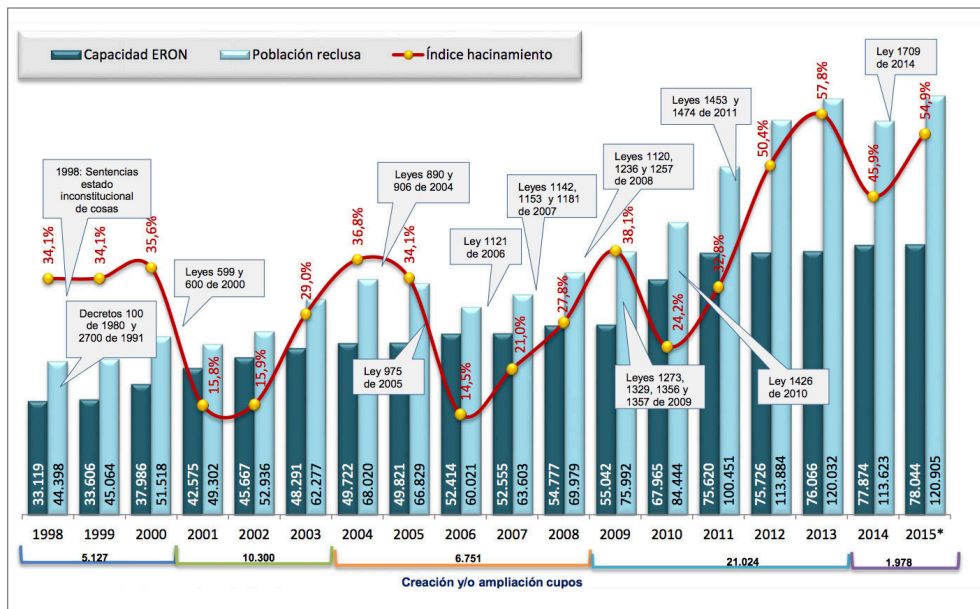
### El subrogado penal

El subrogado penal es un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad. Esta institución se concede a las personas que han sido condenadas por un delito, siempre y cuando se cumplan los requisitos objetivos y subjetivos establecidos por el legislador. Como afirma la Corte Constitucional, corresponde a la suspensión condicional de la ejecución de la pena (Sentencia C-806 de 2002, numeral 3). En esta perspectiva, su fundamento es la humanización del derecho penal, ya que los subrogados penales procuran la resocialización del condenado antes que el castigo.

No obstante, la potestad punitiva sigue siendo una política del Estado, y es el legislador quien, a través de las leyes, determina los postulados de aprobación para estos beneficios. En esta línea, el legislador colombiano aún vela por mayores restricciones para los condenados sin que se produzcan suficientes argumentos sobre la razonabilidad de

estas medidas restrictivas, que van en contravía de políticas de protección a los derechos humanos que surgen de los tratados internacionales.

Es cierto, como afirma la Corte Constitucional, que un régimen especial para cierto tipo de delitos no pugna con la Constitución, especialmente si se trata de narcotráfico y terrorismo (Sentencia C-426 de 1993), ya que estos son delitos transnacionales de alto impacto global. Sin embargo, las políticas legislativas restrictivas deben ser fundamentadas cuando incluyan delitos locales, pues el efecto dominó que están ocasionando las diversas leyes en el sistema carcelario y consecuentemente en la vulneración de los derechos humanos de los reclusos tiene un alto impacto social, tal como lo muestra el estudio del INPEC (Figura 1).



**Figura 1.** Impacto de la legislación penal en la población penitenciaria y carcelaria a cargo del INPEC, 1998-2015.

Fuente: INPEC (2015, p. 12).

En este marco, la eliminación sistemática de los subrogados penales propicia un incremento desmesurado en el hacimiento, lo que incrementa el estado de cosas inconstitucionales y la afectación a los derechos fundamentales de los condenados. Esto ha sido expuesto por la Corte Constitucional en su seguimiento al hacimiento carcelario en el país, cuyas conclusiones fueron desbordantes:

Los derechos constitucionales de las personas privadas de la libertad eran violados de manera masiva y generalizada. Las obligaciones de respeto, protección y garantía de los derechos de las personas privadas de la libertad habían sido incumplidas de forma

prolongada. El sistema penitenciario y carcelario había institucionalizado prácticas inconstitucionales. (Sentencia T-762 de 2015)

## **El control de convencionalidad**

Siguiendo a García (2014), el control de convencionalidad:

Se estudia como un mecanismo judicial creado al interior del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, con la finalidad de fortalecer la defensa de los principios democráticos y los derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos, lo cual comporta uno de los asuntos de mayor importancia jurídica y política en la región. (pp. 1199-1205)

Actualmente se reconoce la importancia de la aplicación del control de convencionalidad en el derecho interno latinoamericano, gracias al estudio de casos como el de Almonacid Arellano y otros versus Chile. En esta providencia se decidió sobre la muerte del señor Almonacid de 42 años, causa sobreseída insistentemente por el Estado. El desentramamiento de este juego de poder entre el ciudadano y el Estado se produjo con la sentencia de la CIDH, que decidió desestimar las excepciones preliminares interpuestas por el Estado para concluir que:

El Estado incumplió sus obligaciones derivadas de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y violó los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25 al pretender amnistiar a los responsables de delitos de lesa humanidad. El Decreto Ley No.2.191 es incompatible con la Convención Americana y, por tanto, carece de efectos jurídicos, a la luz de dicho tratado. (CIDH, 2006)

Casos como este dan cuenta de la importancia de que el marco jurídico internacional se adapte sistemáticamente a la normativa nacional. Esto se basa en una perspectiva de doble control de constitucionalidad: un control concentrado, ejercido de manera directa por la CIDH al aplicar las normas de la Convención; y otro difuso, con la aplicación de los precedentes que expide la CIDH en las jurisdicciones internas de los Estados miembros. Ello sin duda provee otros instrumentos de decisión derivados de Convenios ratificados por el Estado (Suárez, 2015, p. 35).

## **El precedente judicial**

El precedente judicial es una institución originaria de los países cuyo ordenamiento jurídico pertenece a la tradición del *common law*. No obstante, en los países de tradición *civil law*, como Colombia, a pesar de las fuertes discusiones a su alrededor, el concepto se ha formulado a partir de jurisprudencia, aunque, la mayoría de veces, esta se centre en corregir errores jurídicos (Taruffo, 2018, pp. 16-17). La discusión al respecto no radica en si esta es una norma con sentido concreto o si es útil o importante, pues está demostrado

el impacto que la jurisprudencia ha tenido en la interpretación del derecho. Por el contrario, la premisa de análisis, dada la complejidad de su formulación, tanto en la justicia civil como en la justicia penal, se relaciona con su obligatoriedad, es decir, con la posibilidad de adoptar precedentes impositivos. Esto se produce porque, como explican Landes & Posner (1976):

Las reglas generadas durante un proceso de decisión se distinguen por ser implícitas en lugar de explícitas. La regla contenida en una sola decisión no está explicitada como tal, o en absoluto, como una regla; más bien, consiste en la postura de la corte, esto es, la regla mínima (esté o no expresamente articulada) necesaria para explicar el resultado del caso. La regla creada por una sola decisión tendrá un alcance muy reducido; una regla más amplia generalmente requerirá de una serie de decisiones judiciales —una cadena de fallos— pues solamente es a través de una serie de decisiones, cada una determinando la relevancia jurídica de una serie de hechos ligeramente diferentes, que puede inferirse una regla aplicable a una situación suficientemente común o general como para que pueda repetirse. (pp. 249-250)

Esta duda permanece en los sistemas de tradición legalista: ¿La regla creada por una sola decisión es suficiente para tomarse como norma aplicable a casos subsiguientes? La respuesta debe ser afirmativa, como afirma Cappelletti (1994):

Es importante estudiar y conocer el derecho desde una visión amplia, no dogmática, para ver el derecho como un fenómeno real, parte esencial de la cultura y de la sociedad humana, pues la dogmática tradicional quiere ver el derecho como pura norma separada de fenómenos sociales como: la economía, la política y la ética de la sociedad. (p. 24)

Esta visión amplia permite ver cómo el derecho se desarrolla en modelos culturales e ideológicos a partir de construcciones multidireccionales que modelan réplicas pero también crean divergencias. El derecho, desde esta visión contemporánea, debe avanzar para validar la diversidad de propuestas normativas, reconociendo que son múltiples los paradigmas que se van traslapando de una cultura a otra.

## Método

A partir de la pregunta sobre si un juez de conocimiento puede hacer uso de poderes del control de convencionalidad para la transformación judicial en la aplicación del derecho, esta investigación se orienta hacia un reto importante, esto es, dar cabida, de forma argumentada y razonable, al precedente internacional en las decisiones ordinarias de los jueces. Por tanto, el objetivo central ha sido analizar cómo el juez penal resuelve las prohibiciones legales frente a los derechos fundamentales y las garantías del investigado en el proceso, para proponer una transformación en la concepción de los subrogados penales al aplicar el control judicial de constitucionalidad y el control de convencionalidad.



La investigación responde a un estudio de tipo cualitativo que analiza los conceptos de *control judicial de constitucionalidad*, *control de convencionalidad*, *creación judicial del derecho por el juez* y *garantías constitucionales para el proceso penal*. Este análisis se desarrolla bajo la perspectiva de la norma constitucional, el bloque de constitucionalidad, la ley y la jurisprudencia. Además, se acudió al uso de estudios doctrinales relevantes.

Este estudio se sirve también de dos enfoques teóricos: 1) la hermenéutica como herramienta para la comprensión y la correcta interpretación de la experiencia humana en el mundo (Gadamer, 1998), y 2) la hermenéutica como carácter dialéctico a través del lenguaje (Habermas, 1988). Estos enfoques permiten acercar y comunicar experiencias culturales de sistemas jurídicos garantistas a Colombia, a través de estructuras normativas, pero también de vivencias, significados compartidos y símbolos en el análisis del derecho y su contexto.

Las fuentes de información fueron gestionadas mediante las bases de datos especializadas, donde se seleccionaron autores y conceptos doctrinarios, así como la normatividad y la jurisprudencia nacional e internacional, para brindar una amplia exposición y concreción del tema objeto de investigación.

Con esto, se presenta una propuesta de fortalecimiento a la constitucionalización del derecho penal, para garantizar los derechos fundamentales y las garantías procesales tanto de las personas investigadas como también de las personas condenadas.

## Resultados

### El control judicial de constitucionalidad y su relación con el derecho convencional

Colombia es reconocido como uno de los países con mayor tradición y fuerza en materia de control de constitucionalidad. La Corte Constitucional colombiana es seguida por varios tribunales latinoamericanos, lo que se debe, como afirma Amaya (2015, p. 320), a que la carta política colombiana ha sido influenciada directamente por el modelo estadounidense, como también por el autor australiano Hans Kelsen, lo que ha ayudado a consolidar diversos criterios.

Esta dimensión hace que la sociedad colombiana tenga a disposición herramientas novedosas en materia de control constitucional de las leyes, como la acción popular de inexecutable o la acción ciudadana de inconstitucionalidad, las cuales permiten que cualquier persona pida el control de las leyes. Esto es así porque las constituciones democráticas, como afirman Durango & Garay (2015, pp. 101-102), hacen uso del control de constitucionalidad como una garantía jurisdiccional de protección, tanto de la Constitución —garantía “contramayoritaria” en favor de las minorías políticas— como de los derechos fundamentales de las personas.

Pero lo más importante es cómo se incorpora el control judicial constitucional, que comparte la Corte Constitucional con los jueces de conocimiento, según se autoriza por

el artículo 241 y el 4 de la Constitución Política. De igual forma se aplica el control difuso en el derecho convencional. Este supone la obligación de ejercer el control de constitucionalidad supra, lo cual

[...] convierte al juez nacional en juez interamericano: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana, de sus protocolos adicionales (eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la CIDH que interpreta dicha normatividad. Tienen los jueces y órganos de impartición de justicia nacionales la importante misión de salvaguardar no solo los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino también el conjunto de valores, principios y derechos humanos, que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales y cuyo compromiso asumió. (Quinche, 2017, p. 110)

La legitimidad de las decisiones judiciales se fundamenta así, en primer lugar, en la Constitución en sentido ampliado, esto es, en el bloque de constitucionalidad. Como sostiene Waldron (2018, pp. 11-12), el control judicial de la legislación no goza de la misma legitimidad que otorga el proceso democrático; este recibe parte de su legitimidad gracias al gran número de personas que simpatizan con los valores sustantivos que dichas decisiones judiciales respaldan y reivindican. La legitimidad sustantiva persuade a aquellas personas que respaldan el resultado de la decisión judicial y que comparten sus méritos sustanciales.

Al respecto, cabe mencionar que la Corte Constitucional no ha logrado una posición pacífica respecto de la prevalencia del precedente convencional:

Un ejemplo de esta línea progresista, que trabaja en beneficio del principio *pro homine*, es la sentencia T-352 de 2016, que determinó bajo criterios del derecho de gentes la no caducidad de la acción como medio de control de reparación directa, en los casos de responsabilidad del Estado por lesa humanidad. (Santofimio, 2017, p. 135)

Esta es la tendencia que debe imponerse en el futuro cercano.

## **La aplicación del derecho penal y el derecho convencional**

En el proceso penal colombiano, la legalidad y la justificación de la decisión judicial se bifurca en dos realidades diversas, una teórica y otra práctica. La primera acoge tendencias, doctrinas y estudios de relevancia nacional e internacional; la segunda se centra en la aplicación estricta de la ley, aunque desde la implementación de la Carta Política de 1991 y la concepción del Estado social de derecho se incluyeron como prioritarios para la actividad judicial un grupo vertebral de derechos fundamentales y de garantías procesales.

Desde esta perspectiva, es plausible sostener que la institución de la excepción de inconstitucionalidad, que ordena dar prevalencia a las disposiciones constitucionales “en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley y otra norma jurídica” (Constitución Política, art. 4), significa el abandono de la ley como norma principal para

las decisiones de los jueces, tal como lo sostiene la Corte Constitucional (Sentencia T-406 de 1992). Es bajo esta perspectiva que la excepción de inconstitucionalidad se convierte en una herramienta que puede ser aplicada de oficio por los jueces de conocimiento. De hecho, se configura como un deber ante casos de contradicción entre la disposición legal aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales.

Pero, además, su utilización no afecta las fuentes del derecho, por cuanto su efecto es inter-partes, pues vela por la protección de los derechos fundamentales que, en el caso a resolver, se encuentran en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía. Ello es así porque en un Estado constitucional, como el vigente hoy para Colombia, deben prevalecer los derechos humanos y los derechos fundamentales. Para el juez, constituye un imperativo trabajar por la materialización de “la dimensión constitucional, que se manifiesta en la búsqueda de aquellos valores fundamentales que en otras épocas se esgrimían como derechos naturales” (Cappelletti, 1994, p. 94).

Así, en el desarrollo ordinario de sus funciones, los jueces deben realizar varios análisis en pro de la justicia, puesto que, como diría Taruffo (2008, p. 112), el ideal de justicia en el proceso está centrado en la decisión del juez, y la decisión judicial debe ser producto de la sustentación conjunta de tres instituciones: el respeto al debido proceso, la validación de los hechos a través de la prueba y la selección e interpretación adecuada de la norma aplicable al caso.

De lo expuesto puede colegirse que el juez centra su actividad decisoria en la protección de los derechos humanos, por varias razones. Primero, porque el debido proceso ha sido declarado como un derecho humano y, por tanto, el juez debe vigilar pulcramente su respeto en cualquier causa. Segundo, porque la justicia de la decisión en sí misma depende de la verdad que se obtenga de los hechos; en ningún caso podría defenderse como justa una decisión que se fundamente en hechos falseados. Y tercero, porque interpretar y seleccionar las normas adecuadas incluye el respeto de los derechos fundamentales del procesado, no de otra manera se podría entender la actual configuración de las fuentes del derecho sustantivo, que incluyen principios y precedentes.

Esto implica propugnar por un juez que justifica y motiva suficientemente cada una de sus decisiones; un juez que asume perspectivas garantes adoptando criterios de corrección —necesarios y permanentes— ante la amplitud de significados que se reflejan en el estudio de las normas y su diversidad.

Este equilibrio, para el derecho contemporáneo, se modela en un círculo virtuoso que representa la integralidad de la sentencia justa y verídica con la implementación —para el caso concreto— de las normas más adecuadas para su solución. Así, el proceso debido se muestra como un sistema dinámico que tiene su expresión en las sentencias de los jueces. En esta perspectiva, el precedente se constituye en una ayuda normativa para el ejercicio correctivo de la norma que debe conjugar el juez. Así, para comprender el cumplimiento del tercer criterio para la decisión justa que se ha referenciado con Taruffo

(2008, p. 112), es imperativo sustentar que el proceso no procesa el derecho, no procesa las normas, no procesa la ley; el proceso procesa los hechos, aquellos que dan cuenta de una posible tipificación y culpabilidad. En esta perspectiva del proceso penal centrada en los hechos, se entiende que la aplicación de la ley es un sucedáneo que realiza el juez, haciendo uso de herramientas hermenéuticas complejas.

Desde esta perspectiva, el precedente ingresa como una norma más al caudal interpretativo, conformada “por una decisión que, posteriormente, se establece como una norma que también se aplica en casos subsiguientes” (Taruffo, 2018, p. 9). Pero también salta a la vista que el precedente es de alta complejidad interpretativa, dado que no es simple encontrar el sustrato específico de la decisión que se comporta como norma aplicable a casos posteriores. Cross & Harris (2012) explican, al respecto, lo siguiente:

[...] de acuerdo con el método de Goodhart, existen entonces dos pasos necesarios para determinar la *ratio decidendi* de un caso: en primer lugar, es necesario determinar cómo fueron considerados por el juez todos los hechos del caso concreto, y en segundo lugar, debe determinarse cuáles de esos hechos fueron considerados como relevantes por el juez. Es precisamente mediante la elección de los hechos relevantes que el juez crea Derecho. (p. 90)

De esta manera, la adopción del precedente se valida en la sentencia mediante un primer argumento o justificación, que se compone de los hechos relevantes para solucionar el caso. No se trata de un comparativo de normas; por ello, “en el alcance del carácter vinculante del precedente de la jurisprudencia constitucional, se infiere que los funcionarios judiciales cuentan con un margen de ‘autonomía funcional’ [...] para, de manera excepcional y justificada, apartarse de dicho precedente” (Corte Constitucional, Sentencia C-588 de 2012).

En esta especial configuración normativa, cuando de derechos humanos protegidos se trata, se debe prestar mayor atención a los precedentes que provienen de las cortes internacionales. Aquí se habla de un entorno judicial globalizado, del cual “no se puede ignorar su importancia, de donde emerge la tendencia ‘de globalización’, a apoyarse en principios comunes (pensados como universales) para crear una jurisprudencia lo más coherente y constante posible en la protección de los derechos fundamentales” (Taruffo, 2018, p. 24).

Surge así la doble connotación del juez contemporáneo: el que transforma el derecho al aplicarlo y el que controla el cumplimiento de las garantías constitucionales. Sus decisiones en el proceso están transversalizadas no solo por la ley, sino por los principios en relación directa con los derechos humanos. Se trata de un llamado al uso de los poderes discrecionales para buscar la mejor alternativa en la resolución del caso y en la protección de los derechos fundamentales, donde se trabaja con la ley, con precedentes de las altas cortes nacionales, pero teniendo en cuenta especialmente los pronunciamientos de las cortes internacionales.

Por la importancia que, a nivel internacional, suscitan las decisiones del juez penal, que restringe los más importantes derechos humanos, este debe atender diversos criterios en el proceso ordinario. Esto es así porque cada vez más

[Es] probable que se pueda hablar de precedente en el sentido propio de la palabra, tanto por su dimensión vertical, ya que se dirige a los jueces “inferiores”, como por su aplicación a los casos posteriores, generalmente basados en la analogía de las situaciones fácticas referidas en los juicios previos y subsiguientes. (Taruffo, 2018, pp. 22-23)

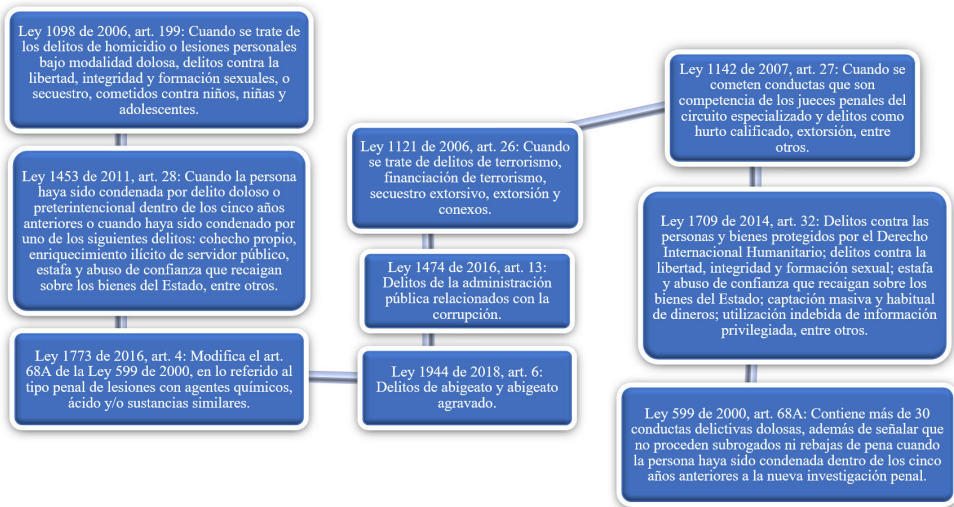
### **El derecho convencional y su uso en el subrogado penal**

Colombia ha adoptado las normas que surgen de los tratados internacionales como parte de su derecho aplicable. En este sentido, la Constitución ordena que “los tratados y convenios internacionales, ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno” (Constitución Política de Colombia, art. 93). Esto se denomina el bloque de constitucionalidad.

Esta norma da vida a la aplicación del derecho internacional en el entorno del proceso penal, lo que implica un llamado a integrar el derecho convencional a la actividad judicial, como una herramienta supranacional que le permite al juez velar por la protección de los derechos que contiene la Convención, esto es, por el respeto de las garantías procesales (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, arts. 8, 9 y 10). La Convención ordena que en cualquier tipo de proceso, pero especialmente en el proceso penal, el juez debe cuidar las garantías mínimas del procesado, el principio de legalidad y retroactividad de la ley penal, así como la protección a la honra y a la dignidad.

Desde esta perspectiva, el proceso penal colombiano, contenido en la Ley 906 de 2004, adscribe al juez de conocimiento como actor principal, pues es él quien desde la etapa de indagación debe fungir como protector de los derechos fundamentales y de las garantías procesales. Esta responsabilidad comporta serias dificultades, especialmente para sustentar las decisiones en los términos que hasta aquí se han expuesto, como la justicia de la decisión. Así, se espera que el juez de conocimiento abandone un modelo de silogismo clásico para “elaborar modelos más confiables del razonamiento del juez que aplica la ley según este principio (legalidad). independientemente de los modelos; de todos modos, el valor fundamental sigue siendo el de la racionalidad de la decisión judicial como garantía de justicia” (Taruffo, 2008, p. 186).

En esta perspectiva, es plausible sostener que las leyes ordinarias que prohíben la aplicación de beneficios como el subrogado penal se han encargado de reducir el margen de maniobra razonable del juez en el proceso penal, como lo muestran los ejemplos de la Figura 2.



**Figura 2.** Leyes ordinarias que prohíben la aplicación de beneficios en el proceso penal.  
Fuente: Elaboración propia.

La aplicación literal de estos postulados, aun cuando está motivada por la importancia del principio de legalidad estricto, genera un desbalance entre los derechos fundamentales y las garantías procesales de los condenados. Lo que el derecho contemporáneo espera es que la proposición surja a partir de los razonamientos del juez, quien debe atender los hechos relevantes y específicos de cada caso. Así, el juez podrá hacer uso de los precedentes que emita la CIDH, pues debe recordarse que el fundamento de sus sentencias son los casos penales en cada uno de los países denunciados por violaciones a los derechos humanos en procesos penales cuyo objeto son homicidios, desplazamiento forzado o secuestro, entre otros.

Es así que entre las situaciones que debe atender el juez para pronunciarse favorablemente sobre el subrogado penal o no están las situaciones del contexto. Uno que se debe tener en cuenta especialmente, antes de negar un subrogado penal, es la situación de extrema vulneración de los derechos humanos en las cárceles colombianas. Actualmente, de manera excepcional por la pandemia de COVID-19, pero con fundamento en las sentencias de tutela sobre el estado de cosas inconstitucionales en materia penitenciaria y carcelaria, se puede afirmar que se ha recrudecido la violación masiva y sistemática de los derechos fundamentales de la población privada de la libertad en todo el país.

Con base en ello, la Corte Constitucional consideró necesario adoptar medidas de mejor aprovechamiento de rebajas y sustitutos de la pena, dirigidas a descongestionar los centros penitenciarios. De esta forma, ordenó a los jueces penales: “la priorización de audiencias de libertad y el estudio oficioso de sustitutos y subrogados penales” (Auto 157 de 2000, fundamento numeral 4). Esta medida da cuenta de que el contexto y la cultura son

determinantes para decidir sobre la libertad de un ser humano. Tomando varios de estos factores en cuenta, la Corte define que la vulneración de derechos masiva en las cárceles se debe atender con prioridad, ante el hecho de que existe un estado de cosas inconstitucional por las siguientes causas:

(i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial. (Corte Constitucional, Sentencia T-388 de 2013, fundamento numeral 4.1.5)

En conclusión, y siguiendo la línea expuesta por la Corte Constitucional, es plausible sostener que la fundamentación para negar o para aceptar un beneficio de penal o un subrogado penal, al resolver casos nacionales, debe provenir del análisis del contexto, para lo cual se deben tener en cuenta los precedentes de las cortes nacionales, especialmente los que surgen de la CIDH.

## **Discusión**

Se puede sostener que, en materia de política penal, el Estado colombiano ha emitido leyes que restringen en gran medida los beneficios y los subrogados penales, lo cual ha generado una crisis en el sistema procesal penal. Esto, a su vez, ha detonado una crisis humanitaria en el sistema carcelario, especialmente por la vulneración reiterativa de los derechos fundamentales que se relacionan con la dignidad humana de las personas condenadas, por lo cual se evidencia un “estado de cosas inconstitucionales” en el sistema, como en reiteradas sentencias lo ha expuesto la Corte Constitucional.

Desde esta perspectiva, parecería que la política criminal del Estado colombiano propicia una desconexión entre los fines del Estado constitucional y las funciones de la pena, de las cuales se espera que promuevan la resocialización de los condenados y la humanización de las relaciones sociales. Estas finalidades superiores de la sanción en el proceso penal se refieren a un deber de los Estados constitucionales, lo cual debe promoverse con eficiencia desde el proceso judicial, con la finalidad de hacerle cara a la sociedad actual; una sociedad cuya prioridad es desaparecer al delincuente, “en una cómoda postura moral, que nos libra de hacernos preguntas a nosotros mismos y de cuestionar la humanidad y la deshumanización del género humano” (Vergès, 2013, p. 64).

Ahí es donde se hace pertinente un llamado al estudio y análisis del bloque de constitucionalidad, que ofrece al juez penal un caleidoscopio de posibilidades para interpretar las normas, para fundamentar cada decisión en el respeto a los derechos humanos y las garantías procesales. Esta es una compuerta que transforma la interpretación del derecho y garantiza a los penados la dignidad humana mediante el uso de la excepción de inconstitucionalidad y del control de constitucionalidad ampliado en la perspectiva del derecho convencional. Todo ello permite una aplicación holística de los precedentes nacionales e internacionales.

Se propone, entonces, una transformación del proceso penal, que aparece como un espacio democrático que le permite al juez confrontar muy diversas normas de contenido sustantivo, siempre en favor de la sociedad, siempre a favor del ser humano. Esto, en consecuencia, conlleva tomar distancia de la cosificación del infractor de la ley penal que se da cuando es sometido a situaciones degradantes e inhumanas, especialmente por el efecto natural de las sistemáticas prohibiciones en las rebajas de penas y de subrogados que, en Colombia, ha propiciado el más grande hacinamiento carcelario de personas condenadas.

El juez penal, como una verdadera garantía, de acuerdo con la forma en que lo sustenta la ONU, como guardián de las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad, gira sobre su propio eje y así, además de proteger los derechos humanos de los procesados, protege las políticas carcelarias de un país, en aras de superar finalmente el estado de cosas inconstitucionales debido al hacinamiento carcelario y la desprotección sistemática de los fines de la pena.

## Conclusión

En el proceso penal debe prevalecer la protección de los derechos humanos sobre las formas. Esta es una verdad que golpea las tradiciones, pero que se puede sustentar a través de la avanzada de los precedentes internacionales, para integrarse como una más de las fuentes del derecho. Para dar forma a esta nueva realidad, el juez se asume como garantía plena para la sociedad, una posición lejana a la del funcionario público, nombrado para aplicar la ley del legislador.

## Agradecimientos

Los autores desean agradecer a la Universidad de Medellín por su apoyo en la realización de este artículo.

## Declaración de divulgación

Los autores declaran que no existe ningún potencial conflicto de interés relacionado con el artículo. Este artículo es producto de la investigación denominada “El control de constitucionalidad y de convencionalidad como herramientas para la transformación judicial



del derecho”, realizada en el Grupo de Investigación en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín, en la línea de investigación “Hacia una nueva visión de la decisión jurisdiccional”.

## Financiamiento

Los autores no declaran fuente de financiamiento para la realización de este artículo.

## Sobre los autores

**Diana María Ramírez Carvajal** es doctora en derecho, con tesis *cum laude*, y magíster en derecho procesal. Es profesora investigadora, jefe del Doctorado en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín. Investigadora senior (Minciencias), directora de la red procesalyjusticia.org y autora de diversos libros y artículos. Conferencista internacional, exconsejera y evaluadora del CNA.

<https://orcid.org/0000-0001-7833-1393> - Contacto: [dramirez@udem.edu.co](mailto:dramirez@udem.edu.co)

**Alexander Paniagua Galeano** es doctor en derecho procesal contemporáneo y magíster en derecho penal. Es profesor investigador, jefe del área penal en la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Medellín. Ex juez penal municipal y ex asesor jurídico de la Unidad de Restitución de Tierras de Antioquia. Abogado senior en defensoría militar.

<https://orcid.org/0000-0003-4310-9068> - Contacto: [alexander.paniaguag@campusucc.edu.co](mailto:alexander.paniaguag@campusucc.edu.co)

## Referencias

- Amaya, J. A. (2015). *Control de constitucionalidad* (2.ª ed.). Astrea.
- Cappelletti, M. (1994). *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*. Il Mulino.
- Constitución Política de Colombia. (1991). *Gaceta Constitucional n.º 116*. <http://bit.ly/2NA2BRg>
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969, 22 de noviembre). Pacto de San José de Costa Rica. <https://bit.ly/3g2oInG>
- Corte Constitucional de Colombia. (1992, 5 de junio). Sentencia T-406 (Ciro Angarita, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-406-92.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (1993, 7 de octubre). Sentencia C-426 (Hernando Herrera, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-426-93.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2000, 6 de mayo). Auto 157 (Gloria Ortiz, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/autos/2020/A157-20.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2002, 17 de septiembre). Sentencia C-762 (Rodrigo Escobar, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-762-02.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2002, 3 de octubre). Sentencia C-806 (Clara Vargas, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-806-02.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2012, 25 de julio). Sentencia C-588 (Mauricio González, M. P.). <https://bit.ly/3sYNe75>
- Corte Constitucional de Colombia. (2013). Sentencia T-388 (María Calle, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>

- Corte Constitucional de Colombia. (2014, 27 de enero). Sentencia T-025 (Eduardo Cifuentes, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/T-025-14.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2015, 16 de diciembre). Sentencia T-762 (Gloria Ortiz, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006, 26 de septiembre). Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)
- Durango Á., G., & Garay H., K. (2015). El control de constitucionalidad y convencionalidad en Colombia. *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, 18(36). <https://doi.org/10.18359/dere.936>
- Ferrajoli, L. (2016). *Derechos y garantías, la ley del más débil*. Editorial Trotta.
- Foucault, M. (2018). *Vigilar y castigar, el nacimiento de la prisión*. Siglo XXI Editores.
- Gadamer, H. (1998). *Verdad y método*. Sígueme.
- García J., L. (2014). Quince Ramírez, Manuel Fernando, *El control de convencionalidad* [reseña de libro]. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 47(141). <https://bit.ly/3a2PNxy>
- Habermas, J. (1988). *La lógica de las ciencias sociales*. Tecnos.
- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC). (2015). *Impacto legislación penal en la población penitenciaria y carcelaria a cargo del INPEC. 1998-2015*. <https://bit.ly/3wQ0Dky>
- Landes, W. M., & Posner, R. A. (1976). Legal precedent: A theoretical and empirical analysis. *Journal of Law & Economics*. <https://doi.org/10.3386/w0146>
- Ley 599. (2000, 24 de julio). *Por la cual se expide el Código Penal*. Congreso de la República de Colombia. <https://bit.ly/3wXGjOa>
- Ley 600. (2000, 24 de julio). *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. Congreso de la República de Colombia. <https://bit.ly/3wVZF6n>
- Ley 906. (2004, 31 de agosto). *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. Congreso de la República de Colombia. <https://bit.ly/3daofZm>
- Quinche, M. (2017). *El control de convencionalidad*. Editorial Temis.
- Santofimio, J. (2017). *El concepto de convencionalidad, vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos*. Universidad Externado de Colombia.
- Suárez, I. (2015). *Control de convencionalidad y autoprecedente interamericano*. Editorial Ibáñez.
- Taruffo, M. (2008). *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*. Temis.
- Taruffo, M. (2018). *Aspectos del precedente judicial*. Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León.
- Vergès, J. (2013). *Justicia y literatura*. Atalaya.
- Waldron, J. (2018). Control de constitucionalidad y legitimidad política. *Dikaion*, 27(1), 7-28. <https://bit.ly/3g2QXgr>