

Hacinamiento carcelario: reflexiones críticas en el constitucionalismo colombiano

Prison Overcrowding: Critical reflections in Colombian constitutionalism

*Jeffrey Arcos-Troyano**

Fecha de recepción: 10 de septiembre de 2017

Fecha de aceptación: 29 de enero de 2019

RESUMEN

Este artículo intenta poner de presente una crítica de implicaciones ético-jurídicas que subyacen al momento de ser decretado, por parte de la Corte Constitucional colombiana, un estado de cosas inconstitucional frente al problema del hacinamiento en las cárceles. Se resalta no solo la vulneración masiva de derechos fundamentales, sino también la indiferencia con la que operan los ciudadanos en Colombia, que relegan a una minoría de la población que se vuelve vulnerable ante ese trato residual de la sociedad y de un Estado que se niega a resolver ese problema, aduciendo un déficit presupuestal y una incapacidad de sus instituciones para hacerle frente, atacando desde varios frentes la labor hecha por la Corte en esta trascendental sentencia.

Palabras clave: hacinamiento carcelario, dignidad humana, sentencias estructurales, estado de cosas inconstitucional, neoconstitucionalismo, Corte Constitucional.

ABSTRACT

This article attempts to present a critique of ethical and legal implications underlying at the moment of declaring an unconstitutional state of affairs against the problem of overcrowding in prisons by the Colombian Constitutional Court, highlighting not only the massive violation of fundamental rights, but also the indifference with which operate citizens in Colombia, relegating to a minority of the population becomes vulnerable to the residual treatment of society and a State that refuses to solve that problem, citing a budget deficit and an inability of its institutions to face them; attacking on many fronts the work done by the Court in this important decision.

Keywords: prison overcrowding, human dignity, structural judgments, unconstitutional state of affairs, neoconstitutionalism, Constitutional Court.

* Candidato al título de abogado en la Universidad Santiago de Cali, estudiante de Licenciatura en Filosofía en la Universidad del Valle. Editor legal del portal Actualícese.com. Correo electrónico: jotarcos@live.com

INTRODUCCIÓN

La Sentencia T-153 de 1998 de la Corte Constitucional, presidida por la ponencia del magistrado doctor Eduardo Cifuentes Muñoz, constituye un pilar fundamental para el constitucionalismo colombiano, a razón de que puso en vista del país una crisis carcelaria ignorada por la mayoría de la ciudadanía hasta ese momento. A partir de allí se propusieron debates éticos y jurídicos respecto a la calidad de vida a la que debía ajustarse el sistema carcelario en Colombia. Muchos compromisos se hicieron desde las instituciones del Estado por encontrarse con la presión de los medios de comunicación, sin embargo, tales compromisos no se materializaron en hechos concretos que resolvieran realmente el problema del hacinamiento de las cárceles.

Pese a los intentos fallidos que dejó esa sentencia, es importante rescatar el impulso que dio al activismo judicial en el que se encontraba la Corte Constitucional en esos momentos, porque en ella se defendieron categorías de derechos fundamentales de una población invisible que no se podía defender por encontrarse proscrita de la actividad ciudadana, una población despreciada y segregada a la que todos habían olvidado a razón de la comisión de conductas punibles. No obstante, la Corte Constitucional, en su operativa objetividad, no podía seguir ignorando tan aberrante situación de deficiencia en la calidad de vida de esta población, y se encargó de analizar tal situación en aras de proponer una solución que, primero que todo, pusiera en el mapa a dicha población y, segundo, les asegurara unas garantías mínimas de dignidad a sus miembros como sujetos de derechos.

Este artículo defiende que la acción de tutela es el mecanismo jurídico idóneo para proteger este tipo de derechos, aun cuando exista una evidente precariedad institucional y financiera por parte del Estado colombiano para hacerle frente a este problema social. En esa medida, se sostiene en este trabajo que los derechos fundamentales en este caso vulnerados no pueden desplazarse argumentando que existen otras prioridades en la agenda en las que deban ser invertidos los recursos del fisco, bajo la tesis del interés general y con la excusa de la incapacidad administrativa. Para defender esta postura, se acude a la doctrina que hace defensa de los derechos que se adhieren al principio de la dignidad humana, pilar fundamental en el que descansa el Estado social de derecho. En la medida en que se realicen esas aproximaciones teóricas, se hará referencia a ciertos apartados de la sentencia que permitan hacer un ejercicio reflexivo sobre el sentido del fallo de la Corte que legitime, en esa medida, el curso de acción ofrecido por esta entidad para la protección de la población carcelaria.

Este artículo se compone de tres partes: en la primera parte, se hace una aproximación, en clave constitucional, a la pertinencia de la defensa de los

derechos fundamentales de los reclusos desde el mecanismo de la acción de tutela, para validar jurídicamente la vía que se ha optado para poner en relieve este problema de orden nacional; en la segunda parte, se eleva la abstracción del discurso jurídico hasta un nivel deontológico en clave ética, para poner de presente una crisis de la ciudadanía, que de fondo es culpable de la situación actual de hacinamiento de los reclusos en Colombia; por último, se traslada la discusión a la obligación para el Estado colombiano de seguir creando, desde el neoconstitucionalismo, apuestas eficientes tendientes a la solución del problema que se trabaja.

1. ACCIÓN DE TUTELA FRENTE A LOS DERECHOS DE LOS RECLUSOS

La acción de tutela es una garantía constitucional que se encuentra prevista en el artículo 86 de la Constitución Política. Fue una de las grandes conquistas que se alcanzaron con la expedición de la Constitución de 1991, sin embargo, ha sido una especie de piedra en el zapato para muchas instituciones y agentes que en ocasiones se quejan de la imposibilidad de hacer efectiva la materialización o restitución de derechos ordenada por los jueces de tutela. De hecho, existe un debate sobre el alcance de este mecanismo judicial, que aparentemente otorga unos poderes exorbitantes a la Corte Constitucional, entidad creada para confiarle la guarda de la Constitución, según el artículo 241 de la Carta Política. Esos poderes la han llevado a que en sus interpretaciones le dé un alcance más significativo a la jurisprudencia con referencia a las fuentes del derecho, pasando de tener un carácter meramente auxiliar, como se establece literalmente en el artículo 230, a tener un vínculo obligatorio de alcance *erga omnes*, con ciertos argumentos optimistas frente a la doctrina del precedente que se podrían sintetizar básicamente en tres postulados fundamentales:

La imposibilidad de trazar una barrera fronteriza entre la creación del derecho mediante la ley y su aplicación “mediante la jurisprudencia [...] para garantizar (i) la coherencia del sistema jurídico [...] (ii) su estabilidad [...] y (iii) el respeto del principio de igualdad” (Bernal Pulido, 2008, p. 86).

El desarrollo de estos argumentos se hace por vía de la propia jurisprudencia de la Corte a partir de 1992. Este desarrollo jurisprudencial es analizado en el libro *El derecho de los jueces* (López Medina, 2006), a través de una doctrina denominada *nuevo derecho*, en oposición al *derecho tradicional*, en la que se resalta el papel de los principios por encima de las reglas o el derecho legislado que agoniza en eventos en los que la ley es incapaz de proteger ciertos derechos que se garantizan por vía de constitucionalidad. En ese sentido, lo que argumenta Diego López Medina en defensa del nuevo derecho es que los jueces en ocasiones se ven maniatados para resolver casos difíciles porque el

legislador no ha previsto ciertas situaciones para resolverse a través de la ley (22006, pp. 323-324), momento en el cual el juez debe arreglárselas haciendo un equilibrio discrecional de los principios generales del derecho para resolver el caso que tiene en sus manos, intentando garantizar los derechos fundamentales que se encuentren vulnerados. Sin embargo, esa corriente no ha terminado de convencer a todos los juristas en Colombia, debido a que cierto círculo se opone a esa visión altruista y activista de la Corte Constitucional, y considera que el nuevo derecho es una doctrina que va en contravía de la naturaleza del Estado de derecho y vulnera el principio de legalidad, toda vez que no aplica las reglas establecidas en el derecho legislado, abriendo un margen de interpretación tan amplio que deja el sentido de la justicia al antojo del juez de turno. De esa forma lo ha propuesto Javier Tamayo¹, cuando señala que: “un sistema que desconozca las leyes y el mundo normativo en general, como lo hace el nuevo derecho, para entregarle a los jueces en un sistema de derecho escrito como el nuestro, toda la capacidad creativa incluida la de hacer leyes con carácter general, bajo el maquillaje de la interpretación, es la negación misma del Estado de derecho” (Tamayo Jaramillo, 2011, p. 133).

Tal vez los defensores del derecho tradicional tengan razón en cuanto al poder político que en algún momento pueda ganar la Corte Constitucional con el alcance de sus sentencias. No obstante, vale advertir que hasta que otra institución del Estado con más representación democrática, como el Congreso de la República o el Gobierno nacional, valore y decrete prerrogativas para grupos en estado de vulnerabilidad e invisibilización, como los reclusos hacinados, no podemos seguir pensando que una lucha de élites estatales está por encima de los intereses y derechos individuales de esta población, que se encuentra bajo la responsabilidad del Estado colombiano y que lo obliga a través del derecho al debido proceso, establecido en artículo 29 de la Constitución Política, más aún cuando uno de los accionantes de la T-153 de 1998 manifiesta que:

Si uno cae a una cárcel debería de tener un mínimo espacio para dormir y tener servicio de agua, en estos momentos después de una hora de habernos encerrado el calor es insoportable la temperatura debe pasar de 30 grados, no hay donde recibir aire, el aire que se respira es caliente lo mismo que el aire que circula, al cual le podíamos dar interpretación como derecho a la propiedad, lo que quiero con la presente acción de tutela es que el gobierno haga la forma de buscar soluciones pues no se justifica que haya que haber violencia, muerte o destrucción para poder que el Estado entre a arreglar soluciones como las que estamos viviendo, yo por mi parte me mantengo atemorizado oyendo rumores de que no esperamos si no que cualquiera

1 Volveré sobre este punto con detalle en la sección titulada “Interpretación judicial garantista”.

arranque para mostrarle a este gobierno que en Bellavista somos capaces de destruir este pabellón en menos de medio día.

Teniendo la evidencia de una declaración de este tipo, no se puede seguir desviando la atención hacia otras implicaciones de fondo que acarrea el uso de la acción de tutela como mecanismo idóneo de protección efectiva de derechos fundamentales, porque, como ya se ha dicho reiteradamente, la incompetencia y la falta de voluntad de las instituciones democráticas frente a la solución de este problema no puede seguir siendo la excusa que exonere a los agentes públicos de implementar soluciones efectivas que controlen el hacinamiento en las cárceles.

2. LA DIGNIDAD HUMANA Y LAS EMOCIONES QUE LA INSPIRAN

Colombia, como Estado social y democrático de derecho, descansa en el principio de la dignidad humana, tal y como se ha establecido en el artículo 1º constitucional. Tal principio tiene un carácter generalísimo en el que cabe una multiplicidad de derechos que se orientan bajo su linaje, y que involucran así mismo algunos deberes por parte del Estado

De esta manera, la forma del Estado supone una interesante relación entre derechos y deberes que en algunos casos supone la condición de posibilidad de su ejercicio recíproco. En el marco de la solidaridad, solo es posible el goce de los derechos si se ejecutan los deberes (Upegui Mejía, 2009, p. 77).

Esa relación armónica que se predica de los derechos y deberes no puede arrebatárseles a los reclusos por su condición de condenados, pues ello no les excluye sus derechos fundamentales como personas y ante todo conservan su estatus de nacionales colombianos, sin importar la conducta punible por la que se les condene judicialmente. Se configura así el respeto por la igualdad en relación con la dignidad humana. En ese sentido, vale la pena considerar un aparte escrito por Dworkin en *La democracia posible* (2008), en el que se abordan implicaciones éticas sobre los derechos humanos de las personas acusadas de terrorismo reclusas en la Cárcel de Guantánamo, jurisdicción de los Estados Unidos de América, para analizar el papel de la dignidad humana en relación con la responsabilidad de los gobiernos:

Debemos decir que el derecho fundamental es el derecho a ser tratado con una determinada actitud, una actitud que exprese el reconocimiento de que toda persona es un ser humano cuya dignidad importa. Un gobierno puede respetar este derecho humano aun cuando algunas veces cometa errores a la hora de identificar qué derechos políticos más concretos debe respetar,

siempre que su equivocación sea honesta o bienintencionada. (Dworkin, 2008, p. 53)

No podemos, en ese sentido, seguir tratando con repugnancia a la población recluida en centros carcelarios a razón de la vergüenza que les inyecta la sociedad a través del límite a la libertad de movilidad que se genera con ocasión de su pena, haciéndolos sentir como anormales a través de nuestra actitud poco ciudadana, de la forma en la que lo denuncia la filósofa política Martha Nussbaum, de la Universidad de Harvard: “Respecto de la vergüenza como de la repugnancia, las sociedades seleccionan de modo ubicuo ciertos grupos e individuos para considerarlos vergonzosos, marcándolos como *anormales* y exigiendo que se sonrojen por lo que son y por quienes son” (Nussbaum, 2006, p. 207).

Nussbaum sostiene que la repugnancia es una emoción que se utiliza para justificar la criminalización de ciertas conductas reprochables por las mayorías, como la necrofilia, que perturban al *hombre medio*, y por ello es apenas lógico que la ley deba proteger a los ciudadanos de lo que les repugna. Eso es lo que proponen autores comunitaristas, como Amitai Etzioni (2001, p. 37): un buen ejemplo sería raparles la cabeza y enviar a casa quitándoles los pantalones a los jóvenes que expenden drogas ilegales. Sin embargo, una cosa es estar de acuerdo con penalizar por vía del derecho aquellas conductas que generan repugnancia en la mayoría de ciudadanos apelando a la racionalidad humana, y otra cosa es llevar esa repugnancia a las condiciones de vida en las que se va a mantener a esas personas en el tiempo que se encuentren recluidas. Trasladar esa repugnancia a las esferas carcelarias desnaturaliza la esencia del derecho penal y es indefendible si se intenta apelar al argumento de la racionalidad humana, por infligir daño directo a la dignidad de los reclusos.

Me interesa seguir trabajando estos tipos de categorías de la mano de Nussbaum porque considero que es una filósofa que entiende bien la categoría de emociones humanas y es muy didáctica a la hora de estructurar sus ideas. Por ejemplo, en *Emociones políticas* (2014), usa a Filoctetes, un héroe griego que luchó en la Guerra de Troya, para aproximarse al asco desde la historia de este personaje que fue abandonado por sus comandantes de camino a Troya en una isla, sin más compañía que su arco y sus flechas, y que luego enfermó gravemente a causa de la mordedura de una serpiente en el pie que le provocó intensos dolores e insoportables olores. Nussbaum escribe un pasaje que lleva a pensar inexorablemente en el padecimiento de las personas privadas de la libertad:

Al imaginarse tan vívidamente la vida de un hombre que ningún ojo humano ha visto en diez años, un hombre cuya humanidad misma ha quedado invisibilizada por culpa del ostracismo y el estigma, los hombres del coro hacen las veces de, y apelan a, la vida mental de los espectadores. Estos

son invitados así a imaginarse una vida de necesidad y sin hogar, un tipo de vida hacia el que las gentes prósperas rara vez dirigen su atención, un tipo de vida [...] que podría terminar siendo el destino incluso de los más afortunados en cualquier momento dado. (Nussbaum, 2014, p. 312)

Lo que se intenta hacer notar es que el espectador debe tener una emoción de compasión ocasionada por los infortunios del otro, de modo que ese espectador sea consciente de que la compasión tiene tres elementos fundamentales:

(i) El pensamiento de que el sufrimiento del otro es grave; (ii) el pensamiento de que esa persona no es la causa principal de su propio sufrimiento; y (iii) (en muchos casos sino en todos) el pensamiento de que ese sufrimiento se debe a cosas “como las que le pueden pasar a cualquiera” que vive una vida humana, y que, por lo tanto, es una posibilidad para los espectadores como lo era para los personajes que sufren. (Nussbaum, 2014, p. 316)

Los colombianos hemos marcado a los reclusos a través del olvido, desentendiéndonos de sus necesidades, de sus problemas y de su seguridad, y los encomendamos a una institución que se declara abiertamente incapaz de sostenerlos dignamente, situación ante la cual no nos inmutamos para hacer algo al respecto. Debemos recordar que el hombre, por naturaleza, es un ser que tiende al progreso personal. Nadie está condenado en Colombia a pasar el resto de sus días en prisión. La función de esta es resocializar al recluso para integrarlo luego a la vida civil, pero para ello debe asegurarse primero un proyecto existencial digno de ser vivido, escogido por él, y para que esto se cumpla se necesita poner en marcha un plan de educación y productividad que funcione efectivamente en las cárceles, pues es claro que, en los términos en que lo han denunciado los accionantes de la Sentencia T-153 de 1998: “aproximadamente 2400 internos tienen oportunidad de trabajar o de estudiar, pero [...] los espacios para trabajo no alcanzan para la cantidad de personas que solicitan un cupo”. Otros afirman: “¿Usted cree que esta gente se va a resocializar así? ¡Olvídense! Vea, por ejemplo, uno puede llegar aquí sano, pero uno aquí conoce la delincuencia. Aquí la gente le dice a uno: lo que usted hizo no lo debió haber hecho así, sino de esta otra forma. Si uno perfecciona el delito se vuelve un mejor delincuente, hasta consigue cartón, se puede graduar”.

Otro interno anota: “¡Cómo va a haber resocialización si la cárcel es para 1500 internos y solo en este patio hay 1300 internos! Entonces, ¿cuáles son las capacidades de rehabilitación, dónde están los centros educativos, los centros de trabajo? No hay nada, no hay nada que hacer”.

Volviendo al valor trascendental de la dignidad, el profesor de filosofía Ángel Papacchini, de la Universidad del Valle, exalta, siguiendo a Kant, el papel

determinante de la razón humana para reclamar ante el mundo la comprensión del respeto por la dignidad del hombre, aduciendo que:

El hombre posee el privilegio de regirse por una ley asumida libremente por su propia razón, a diferencia de los demás seres vivientes que obedecen pasivamente a las leyes del instinto. Por cierto esta libertad, el don máspreciado de la humanidad, puede engendrar grandes males, debido a la presencia de impulsos y pasiones; pero la propensión al mal, que parecería comprometer el valor y la dignidad del ser humano, hace más meritorios los intentos de edificar un ordenamiento social fundado sobre el respeto de la igual, libertad y dignidad de todos. (Papacchini, 1997, pp. 223-224)

La intención de proponer este planteamiento de Papacchini está atada a la idea de construir en la conciencia no solo de los reclusos, sino de la ciudadanía en general, la esperanza de que el hombre sí puede resocializarse en algún momento para erigir con virtudes cívicas la construcción de un proyecto de vida alejado de la ilegalidad y la delincuencia, y que impulse la construcción de una nación más próspera e igualitaria. No se trata de plantear un modelo de vida por encima de otro, como en una especie de Estado paternalista o perfeccionista, lo que se intenta es sembrar liberalmente el optimismo por la humanidad creyendo que las personas pueden en algún momento resocializarse en su comunidad para llegar a transformarla.

No se puede renunciar a una salida sostenida en las virtudes cívicas que se cultiven democráticamente. Sé que la reflexión que haré a continuación presenta problemas por considerarse superflua y por no resolver de fondo el problema que he intentado denunciar en este artículo, sin embargo, creo fielmente que estas aspiraciones éticas sacuden en muchas ocasiones la conciencia de los buenos ciudadanos que cultivan en su personalidad el respeto por las humanidades. Coincido con el profesor Martín Urquijo (2011, p. 104) cuando afirma que se necesita una ética ciudadana en la que se hagan explícitos los valores, las normas y las costumbres que rigen socioculturalmente una buena sociedad. Esta sería aquella en la que cada ciudadano, junto con las instituciones sociales en su conjunto, tienden a que sus acciones propicien la generación, la protección y el bienestar de la vida humana. Urquijo sostiene en otro texto que a través de “las virtudes cívicas se puede combatir la indiferencia y la apatía por los asuntos públicos” (Urquijo, 2016, p. 127). Lo que intento decir no es cosa distinta a que es deber de todos los ciudadanos preocuparse por los padecimientos dolorosos de sus connacionales, en este caso de los reclusos hacinados en las cárceles.

El sentimiento de solidaridad debe imprimirse aquí como lo hizo en el caso de los damnificados por el desbordamiento de los ríos Mulato y Sancoyaco, que provocó una avalancha sin precedentes en Mocoa (Putumayo) la noche del 31

de marzo de 2017 y que dejó más de 200 fallecidos. Esta tragedia movilizó a muchos sectores de la ciudadanía colombiana para socorrer a los damnificados. Algún contradictor dirá que en el caso de Mocoa las personas recibieron toda la compasión de los colombianos porque no eran culpables de la violencia de la naturaleza que los afectó, mientras que, en el caso de los hacinados, sí lo son, porque ellos incurrieron en comportamientos contrarios a derecho, en ocasiones aberrantes y despreciables, que no les inspiran a los ciudadanos compasión para movilizarse por ellos, es decir, ellos no se lo han ganado y, *contrario sensu*, bien merecido tienen el trato que reciben actualmente en la cárcel.

No obstante, ese sentimiento solo dice cosas desde una perspectiva pulsional sostenida desde una postura pragmática que en ningún caso puede ser defendida por una institución gubernamental en Occidente, y menos en un Estado social de derecho. La racionalidad humana debe despertar emociones como la compasión y el perdón para la construcción de una sociedad más humanizada, orientada por un espectro de virtudes construidas democráticamente desde el republicanismo y que aspiren a ese progreso, pero sin dejar de lado las consideraciones sobre la naturaleza humana, en la que existen agentes propensos a la villanía que nunca darán cumplimiento a las reglas sociales, por más que se les persuade de respetarlas y que constantemente son sancionados. Para ellos ha propuesto una salida Philip Pettit:

En el nivel inferior, puede haber sanciones aplicables a todas las autoridades públicas, e idealmente sostenedoras del cumplimiento: sanciones, digamos, de persuasión y respeto. Pero si las sanciones de este nivel se revelan incapaces de mantener a alguien en línea —sin la persona la regulación en cuestión se revela villanesca—, se puede apelar entonces a sanciones de nivel superior, más severas. El proceso puede remontarse a sucesivas etapas, recorriendo ascendentemente la jerarquía hasta llegar a lo que Ayres y Braithwaite llaman el gran cañonazo. (Pettit, 1999, p. 298)

Se espera que el gran cañonazo (*benign big gun*) sea usado en una ocasión muy extrema, no con el común de los agentes, sino solo con aquellos que se han resistido a las sanciones neutral u optimistamente motivadas. El gran cañonazo consiste en “una medida de tipo incapacitorio que puede consistir, dependiendo del contexto, en el encarcelamiento del agente, en la retirada de la licencia para operar en un mercado, etc.” (Tena Sánchez, 2015, p. 6).

Existe una preocupación más sobre el bienestar de esta población: la calidad de vida en el desarrollo individual de su proyecto existencial, pues este periodo de su vida, que tiene lugar en el encierro, es solo un episodio que no integra un objetivo dominante en sus expectativas por alcanzar un modo de vida deseable. Soy consciente de que, si pidieran al vulgo una concepción sobre la

naturaleza humana de los criminales, estaría provista de una versión hobbesiana de la conducta humana, es decir, una percepción pesimista del hombre que lo calificaría como un ser esclavo de sus pasiones y apetitos (Hobbes, 1982, p. 48), sin ningún compromiso moral por fuera de su propia conservación existencial que lo obligare a una vida en sociedad y que, como plantea Dworkin, “lleva una vida aburrida y convencional, sin amigos íntimos, sin desafíos o logros, como si marcara el tiempo que le resta en su camino a la tumba” (2011, p. 196). No obstante, de conformidad con el sistema penal colombiano, que es a todas luces garante del principio de la dignidad humana (art. 1º del Código Penal), es posible argumentar que los dispositivos acusatorios están propuestos para la resocialización de las personas que purgan pena privativa de la libertad en los centros carcelarios, así que en adelante jugaré discursivamente con una visión optimista de la naturaleza humana, proponiendo que el hombre es un ser que persigue estadios de la vida tendientes al progreso personal y, por eso, las personas que están privadas de su libertad no están en el último episodio de su existencia; ese es solo un paréntesis que las invita a reflexionar para volver a tomar las riendas de sus objetivos más sagrados y encausar sus pasos siguientes por el camino del recto juicio.

Joseph Raz, profesor de filosofía del derecho en la Universidad de Oxford, propone que la búsqueda de una vida de bienestar depende de los compromisos personales que cada individuo se trace, dejando de lado el odio por el tipo de vida que cada cual lleva, en el caso de no tener una vida de éxito, es decir, las vidas provechosas dependen de las actividades que ponen a los sujetos en movimiento hacia el progreso personal. En una idea, lo que expresa Raz es que “Una vida puede prosperar solo a través de la búsqueda exitosa de actividades, y estas deben proseguirse por voluntad propia, y con el espíritu pertinente a la actividad en cuestión” (Raz, 2001, p. 18). Pero ¿cómo se puede esperar que una persona recluida en Colombia busque actividades para su progreso personal, cuando lidia con el estrés del hacinamiento en el lugar donde se encuentra? Está bien, la cárcel no es vacaciones, pero tampoco es ostracismo, y si se quieren lograr los propósitos del sistema penal colombiano, deben garantizarse unos mínimos de dignidad que les permitan a los sujetos repensar su papel en el universo, en un camino ascensional por las esferas más incómodas que sus capacidades personales puedan lograr.

La reflexión sobre el progreso personal que hace un recluso en el presente para potencializar su futuro fuera de la cárcel no debe pensarse como una meta estática o fija en el espacio y el tiempo, que al alcanzarse lo desobligue de seguir buscando el progreso personal. Es decir, la evolución no es algo que deba concebirse como una especie de meta que se alcanza con una determinada suma de acciones tendientes al progreso humano.

Hay algo de infantilidad en la idea de que la «evolución», el progreso, significa una suma determinada de realizaciones lograda para siempre y que, en su monto exacto, disminuyen la cantidad de lo que está aún por hacerse, eliminando definitivamente el mismo número de perplejidades y avanzando exactamente la misma distancia en nuestro camino hacia una meta final estable y definida. (Dewey, 2014, p. 299)

Más bien debe pensarse como un ideal infinito en el que el hombre sea consciente de que la finitud de su existencia está condicionada por las contingencias del espacio y el tiempo, es decir, que cualquier hombre debe hacer varios ejercicios reflexivos sobre el sentido de su progreso personal a lo largo de su vida, sin creer que llegó a un momento donde conquistó todo lo que quería para sí. En la medida que vaya cumpliendo ciertas metas trazadas, debe involucrarse escalonadamente en nuevos propósitos, consciente de que un modo de vida bueno contiene todo un universo de valiosos estados de cosas a conquistar.

3. EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL Y EL GARANTISMO

De conformidad con lo señalado en la Sentencia T-025 de 2004, el estado de cosas inconstitucional es una figura usada por la Corte Constitucional cuando “se constata la vulneración repetida y constante de derechos fundamentales, que afectan a multitud de personas, y cuya solución requiere la intervención de distintas entidades para atender problemas de orden estructural”. En los términos de la Sentencia T-153 de 1998, esta figura se ha establecido con el fin de:

Buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general —en tanto que afectan a multitud de personas—, y cuyas causas sean de naturaleza estructural —es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades.

Esta misma corporación ha determinado en la misma sentencia que, en el caso de las cárceles, se configura el estado de cosas inconstitucional en la medida que:

Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud,

al trabajo y a la presunción de inocencia, etc. Durante muchos años, la sociedad y el Estado se han cruzado de brazos frente a esta situación, observando con indiferencia la tragedia diaria de las cárceles, a pesar de que ella representaba día a día la transgresión de la Constitución y de las leyes. Las circunstancias en las que transcurre la vida en las cárceles exigen una pronta solución. En realidad, el problema carcelario representa no solo un delicado asunto de orden público, como se percibe actualmente, sino una situación de extrema gravedad social que no puede dejarse desatendida. Pero el remedio de los males que azotan al sistema penitenciario no está únicamente en las manos del Inpec o del Ministerio de Justicia. Por eso, la Corte tiene que pasar a requerir a distintas ramas y órganos del Poder Público para que tomen las medidas adecuadas en dirección a la solución de este problema.

La Corte sigue reconociendo en otros apartados de la sentencia que la situación actual de las cárceles es evidentemente una transgresión a los derechos fundamentales, que el Código Penal, de Procedimiento Penal y el Penitenciario y Carcelario son letra muerta, porque vulneran evidentemente el principio de la dignidad humana en múltiples dimensiones, aseverando que estos establecimientos no cumplen con la función para la que fueron creados por la Constitución y la ley, sino que, por el contrario, operan como escuelas del crimen, generadoras de ocio, violencia y corrupción.

En otro apartado, se llama la atención sobre el papel que juega la Corte como protectora de esa población, que, como se ha sostenido anteriormente, ha sido olvidada por los colombianos, aclarando que es la Corte quien en esos casos se abandera para reducir esa inequidad a través de sus mandatos:

La racionalidad constitucional es diferente de la de las mayorías. Los derechos fundamentales son precisamente una limitación al principio de las mayorías, con el ánimo de garantizar los derechos de las minorías y de los individuos. El juez constitucional está obligado a asumir la vocería de las minorías olvidadas, es decir de aquellos grupos que difícilmente tienen acceso a los organismos políticos. Por esta razón, la Corte Constitucional está llamada a actuar en ocasiones como la presente, llamando la atención sobre el estado de cosas inconstitucional que se presenta en el sistema penitenciario colombiano y que exige la toma de medidas por parte de las distintas ramas y órganos del poder, con miras a poner solución al estado de cosas que se advierte reina en las cárceles colombianas.

De esta forma, apela la Corte al activismo garantista, que pone de presente la crisis de la legalidad al momento de asegurar para los individuos garantías efectivas para la protección de sus derechos, teniendo que solventar la Corte

con su jurisprudencia esos problemas a los que el Congreso no responde, porque para el legislador resulta muy cómodo denunciar la usurpación de competencias por parte de la Corte Constitucional, pero, de no ser de esa forma, no habría quien velara por los derechos fundamentales de estos grupos históricamente marginados. En palabras de Ferrajoli:

El reto que hoy se deriva para la razón jurídica de las múltiples formas que adopta la crisis del derecho en acto no es más difícil que el afrontado, hace ahora dos siglos, por la ilustración jurídica, cuando emprendió la obra de la codificación bajo la enseña del principio de legalidad. Si bien, respecto a la tradición iuspositivista clásica, la razón jurídica actual tiene la ventaja derivada de los progresos del constitucionalismo del siglo pasado, que le permiten configurar y construir hoy el derecho —bastante más que en el viejo Estado liberal— como un sistema artificial de garantías constitucionalmente preordenado a la tutela de los derechos fundamentales. (Ferrajoli, 2009, pp. 18-19)

Lo que intenta poner de presente Ferrajoli es que los derechos fundamentales necesitan el respaldo de garantías que permitan materializarlos. Es decir, de entrada, hay que saber que cuando hablamos de derechos fundamentales no se está haciendo referencia a garantías para hacerlos efectivos. Los derechos están incorporados en las constituciones y las garantías son los mecanismos para darles vida a los derechos en un lenguaje normativo (estos no deben equipararse). Para Ferrajoli, el garantismo constitucional tiene una dimensión teórica y filosófica que se expresa en la siguiente cita:

Una teoría de garantismo además de fundamentar la crítica del derecho positivo respecto a sus parámetros de legitimación externa e interna, es consecuencia también de una crítica de las ideologías: políticas, ya sean estas iusnaturalistas o ético-formalistas, que confunden en el plano político externo la justicia con el derecho; y las ideologías jurídicas, tanto normativistas como realistas, que así mismo confunden, en el plano jurídico interno, la validez con la vigencia, o, al contrario, la efectividad con la validez. (Ferrajoli, 1995, p. 855)

El panorama incierto del hacinamiento en las cárceles puede reducirse con garantías eficaces, que no son otra cosa que, en palabras de Ferrajoli, “las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional” (Ferrajoli, 1995, p. 25).

Las garantías liberales, al estar dirigidas a asegurar la tutela de los derechos sobre las libertades, consisten esencialmente en técnicas de invalidación o de anulación de los actos prohibidos que las violan; *contrario sensu*, las garantías sociales aseguran la tutela de derechos sociales, y consisten en técnicas de coerción o sanción contra la omisión de las medidas obligatorias que las satisfacen.

Esta concepción sobre la validez de las normas en el Estado constitucional de derecho y, al mismo tiempo, sobre la relación entre las que se han llamado democracia formal o política y democracia sustancial se refleja en un refuerzo del papel de la jurisdicción y en una nueva y más fuerte legitimación democrática. Para tal efecto, la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el antiguo paradigma positivista, sujeción a la literalidad de la ley (exégesis), cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto a su validez, es decir, de forma coherente con la Constitución, tal y como se ha expresado aquí anteriormente. Como lo dijera Luigi Ferrajoli, “la sujeción del juez a la ley es antes que nada la ley constitucional” (Ferrajoli, 1995, p. 378).

En el modelo constitucional garantista, la validez no es un dogma asociado solo a la existencia formal de la ley, sino que es una cualidad contingente de esta ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución, coherencia más o menos opinable y siempre remitida a la valoración del juez. De lo que se desprende que la interpretación judicial de la ley es también siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez, al igual que le corresponde la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, es decir, compatibles con las normas constitucionales y con los derechos fundamentales establecidos por ellas.

4. INTERPRETACIÓN JUDICIAL GARANTISTA

Las omisiones legislativas han llevado a que los jueces sean los verdaderos protagonistas a la hora de regular ciertos problemas sociales que en principio no les competen por mandato constitucional. Esto ha provocado un descontento generalizado en los altos círculos del poder, especialmente en los miembros del Congreso de la República, que cada vez que están debatiendo un tema sensible a las fibras de la ciudadanía denuncian la intromisión judicial en sus facultades.

Propongo un ejemplo reciente: cuando la senadora por el Partido Liberal Viviane Morales promovía un proyecto de referendo para preguntarle a la ciudadanía colombiana si estaba de acuerdo o no con la adopción de menores por parte de parejas del mismo sexo y personas solteras, su proyecto fue archivado en segundo debate en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, no obstante, en aquella oportunidad, la senadora aprovechó la ocasión para acusar a la Corte

Constitucional de inmiscuirse en asuntos que no eran de su competencia, en tal sentido, sostenía que:

El referendo en ningún momento sustituiría la Constitución, pues lo que verdaderamente la sustituyó fue la sentencia de la Corte Constitucional que pasó por encima el artículo 42 de la misma que establece que la familia está conformada por un hombre y una mujer. “La corte también define por mayorías”, dijo. Agregó que lo que quiere el pueblo es “menos sentencias de la Corte y más Constitución. La Corte es sirviente de la Constitución y no su amo”. (Semana, 10 de mayo de 2017)

Lo que no logró la senadora Morales era tal vez predecible, toda vez que, como ya se dijo, en debates tan sensibles, el Congreso se polariza tanto que en muchas ocasiones no logra convertir esos proyectos en leyes, y, cuando sí lo logra, pueden contener vicios de inconstitucionalidad que llevan a la declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional. Así que, sin despreciar los esfuerzos por legislar en áreas problemáticas de la sociedad, no se puede seguir esperando que el Congreso, en el uso de sus funciones decretadas en la Constitución Política, se ponga de acuerdo para regular una materia, mientras los derechos fundamentales de una población se siguen desconociendo o vulnerando. Antes de continuar, vale aclarar que dentro del discurso constitucional garantista no hay lugar para aprobar la propuesta de la senadora Viviane Morales, pues sus argumentos son abiertamente discriminatorios y además van en contravía de los principios que fundan el partido político al que pertenece, pero ese no es el asunto de este trabajo y por eso dejo la aclaración sobre este ejemplo hasta aquí.

Ahora bien, ¿estaríamos realmente frente a una crisis de la democracia dejando que los jueces decidan qué derechos poseen los ciudadanos en vez de dejar esta tarea en manos del legislador? Propongo esta pregunta porque teóricamente cada legislador representa los valores, tendencias y proyectos políticos y morales de los sectores de la ciudadanía que va a representar, para ser vocero de ese grupo ante la comunidad política con la que se enfrentará en visiones y posturas contrarias para establecer consensos y promover la creación de leyes que regulen a la comunidad política; mientras que los magistrados no gozan de esa calidad, porque estos no son elegidos democráticamente y en definitiva no están obligados a responder concordantemente frente a los intereses de un grupo en particular, además, los procesos para la toma de decisiones son muy distintos entre ambas instituciones². Sin embargo, es muy problemático que la democracia mida su valor cuantitativamente y no cualitativamente. Coincido con Jeremy Waldron cuando sostiene que:

2 Mientras el proceso de una ley ordinaria tiene cuatro debates en el Congreso, una sentencia en la Corte tiene una audiencia.

La votación se asemeja al reconocimiento del fracaso, ya que muestra que una discusión basada en las razones ha fracasado en la resolución de una cuestión. La votación nos traslada de la consideración cualitativa de la sustancia al negocio escalofriante y cuantitativo de ver qué proposición goza del apoyo de la mayoría. Cuando quienes escriben sobre deliberación dirigen su atención hacia la votación, la sensación de disgusto es casi palpable: las comillas despectivas que Ronald Dworkin coloca a la frase “la cruda visión estadística de la democracia” [...] es [sic] un buen ejemplo, como si un compromiso con el mayoritarismo representara una fe ciega y sin sentido en los números, y como si representara una afrenta a la visión según la cual nuestras decisiones deberían ser tomadas teniendo en cuenta razones. (Waldron, 2004, p. 251)

Hasta aquí no hay ningún argumento contra la democracia, porque finalmente la votación es el mecanismo de concreción de ella, es decir, el que históricamente la ha hecho posible. No obstante, lo que sí he intentado argumentar es que, en temas de derechos fundamentales, no es saludable para la democracia que estos se decidan por voto de mayorías, porque de esa forma se desconocerían derechos fundamentales de pequeños círculos de la comunidad política que serían callados por la aplastante voz de la mayoría. En síntesis, es difícil argumentar que las decisiones legislativas en materia de derechos sean más precisas que una decisión judicial, pues, por el perfil profesional, “la técnica de analizar la coherencia especulativa para determinar si algo es un derecho está más desarrollada entre los jueces que entre los legisladores” (Dworkin, 2012, p. 43), esto porque los jueces siempre son abogados mientras que los legisladores necesariamente no lo son en todos los casos.

La adjudicación constitucional de competencias no puede justificar el abstencionismo estatal para la protección de derechos fundamentales, es decir, que el Congreso no puede disgustarse con la Corte Constitucional porque esta última sí sea garante de poblaciones marginadas, de modo que si para poner en los ojos de los ciudadanos los problemas de los internos de las cárceles debo admitir un escepticismo ante las reglas pregonado por la Corte Constitucional, ¡pues lo hago!, en la medida en que las instituciones del Estado sigan sin cumplir lo que la adjudicación constitucional de competencias les demanda. El formalismo jurídico no puede vencer, argumentando el respeto por los valores institucionales de la seguridad jurídica y el principio de legalidad, que descansan en la idea del Estado de derecho. Aquí priman las tesis defendidas por el nuevo derecho que abanderó el profesor Diego López Medina, porque la justicia no va en una doble calzada con el derecho, es decir, que no se cruzan entre sí, como sostienen los positivistas fuertes. El derecho está puesto para garantizar múltiples dimensiones de la justicia, no solo la imparcialidad (Rawls, 1995), sino otros enfoques, como las capacidades humanas (Nussbaum, 2007) y el reconocimiento

(Taylor, 2001), que descansan en el principio de la dignidad humana, bandera del liberalismo político.

5. ¿ES MÁS IMPORTANTE LA SEGURIDAD JURÍDICA QUE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?

El garantismo ha llevado a una exageración del poder de la Corte Constitucional en su afán por proteger los derechos fundamentales de las personas que demandan su asistencia. Los casos más emblemáticos son las tutelas por derechos conexos a la seguridad social. Estas han producido un malestar en las entidades privadas y públicas que tienen que asumir los costos de las órdenes emanadas por la Corte Constitucional en sus sentencias de tutela. Las élites económicas afectadas reclaman el respeto por la seguridad jurídica y el principio de legalidad, porque, a su parecer, en ocasiones la Corte deja de lado disposiciones jurídicamente válidas que hacen que los casos sean fáciles de resolver a favor de esas élites económicas, y, en su lugar, falla en equidad, reconociendo derechos fundamentales sumamente costosos de materializar.

Lo mismo sucede respecto al Estado en este caso: con la cantidad tan abundante de reclusos en las cárceles de Colombia, se le dificulta cubrir las mínimas condiciones de dignidad, y más aún las indemnizaciones por las omisiones de sus agentes, por eso, así la Sentencia de tutela 153 de 1998 represente una conquista de las esferas más altas de la dignidad humana, no constituye pragmáticamente algo más que un saludo a la bandera, pese a la profundidad de las reflexiones ontológicas que en ella se hacen, y aún más pese a la reflexión deontológica que he intentado desarrollar en estas páginas. Sin embargo, esta situación no deja pasar desapercibido un debate importante que teóricamente existe en el derecho contemporáneo, que versa sobre el problema del activismo jurídico de la Corte Constitucional y el recelo de los juristas que guardan respeto por el principio de legalidad y de seguridad jurídica, y que podrían denominarse formalistas, pero no en el estricto sentido de la acepción del término, debido a que ese tipo de formalismo ya no es defendido por nadie, como lo expresa Javier Tamayo Jaramillo con la siguiente metáfora *a simili*: “consagrar años de inteligencia escribiendo un erudito libro para atacar un positivismo literalista en el que ya nadie cree, es como tomarse por asalto con todas las tropas de las cruzadas, un cementerio... y bombardearlo” (Tamayo Jaramillo, 2011, p. 158).

Tamayo Jaramillo denunció, en una carta abierta publicada en *Ámbito Jurídico* denominada “Reflexiones sobre la interpretación constitucional y el Nuevo Derecho”, el poder desmesurado que tenía el juez constitucional a la hora de decidir sus casos, en particular sentencias de tutela, en las que podía pasar por encima de cualquier norma establecida en el orden jurídico con tal de hacer

justicia. Su objetivo es criticar con ímpetu *El derecho de los jueces* (2006), respecto a la afirmación de López Medina de que la doctrina del nuevo derecho es de tendencia de centro izquierda. Para Tamayo, esta forma de concebir el derecho es la principal amenaza para el derecho mismo, porque una Corte izquierdista puede desconocer el ordenamiento legal al ponderar derechos fundamentales contradictorios con el argumento de que amparará a los desposeídos, implementando despóticamente su visión sobre la forma correcta de gobierno, tergiversando la forma de interpretación de los derechos en aras de que el fascismo y la izquierda acaben con el poco derecho que, a la vista de Tamayo, queda. También denuncia que una Corte así, como la legítima López Medina, tiene tanto poder que no tendría ningún problema en implantar un régimen despótico y represivo, y, cuando ello pasara, ya no podría abrir la boca para denunciar las aberraciones antijurídicas que el tribunal cometiera³. Termina por recordarle a López Medina que el nuevo derecho justifica los cursos de acción tanto del juez que quiera impartir justicia como del corrupto que se empeñe en imponer una dictadura, sin que nadie pueda evitarlo, ni siquiera la Constitución Política.

Diego López Medina responde a las críticas de Tamayo Jaramillo con una carta titulada “Nuevas’ reflexiones sobre la interpretación constitucional y el Nuevo Derecho”, en la que usa la obra de Tamayo Jaramillo sobre la responsabilidad civil extracontractual para sindicarlo de ser partidario de la doctrina del nuevo derecho, pues señala que en su tratado existe un impulso que ayudó a transformar las nociones de *daño* y *responsabilidad*, a favor del derecho de accidentes, que tuvo que reconocer el impacto que generó el proceso de industrialización de la producción en el siglo xx, respondiendo al dolor físico y moral que genera también el conflicto armado en Colombia respecto a los accidentes que tienen lugar debido a las técnicas político-militares del Estado.

Le sindicó de haber admitido que, de no ser por la jurisprudencia y la doctrina, no se hubiese producido semejante cambio, salvando el importante papel que también jugó el legislador. Así que a partir de esta premisa procede a hacer precisiones sobre su noción de *nuevo derecho*, al que señala de oscilar entre la jurisprudencia mecánica y la jurisprudencia libre⁴, sin embargo, admite que no conoce ningún autor que defienda la jurisprudencia libre, ni siquiera él mismo, quien vuelve a admitir que si bien la jurisprudencia mecánica no logra explicar

3 Tamayo propone algunos ejemplos hipotéticos sobre las decisiones que podría tomar, como 1) la legitimación de grupos de autodefensa bajo la premisa de que las personas tienen derecho a conformarlos para proteger el derecho a la vida; 2) la restricción de la libertad de locomoción con el pretexto de proteger la seguridad y la vida de los individuos; 3) la clausura de los medios de comunicación por considerar que el derecho a la intimidad personal prevalece sobre la libertad de información, entre otros.

4 Dentro de la jurisprudencia mecánica “los jueces solo aplican normas claras, completas y coherentes previamente establecidas por el legislador y que les imponen un altísimo, sino total, grado de restricción judicial”; mientras que en la jurisprudencia libre “los jueces toman decisiones que no tienen ninguna restricción generada por el Derecho preexistente” (López Medina, 2004).

con precisión la función judicial de la Corte Constitucional para tomar decisiones sin estar rígidamente sometida a los imperativos de las reglas preexistentes, resulta necesario explicar esas decisiones de tal modo que se vean objetiva y racionalmente *correctas*. El papel de la Corte a la luz de la doctrina del nuevo derecho debe ser voluntarista y subjetivista, para que corresponda con los postulados básicos de la Constitución Política y no se yerre al pensar que una “Corte fascista”, como la que señala el profesor Tamayo Jaramillo en su carta, podría tomar semejantes decisiones bajo la lógica de la jurisprudencia libre, pues los ejemplos que propuso son todos “casos fáciles”, mientras que López Medina le ofrece respuestas a sus ejemplos⁵ cerrando el camino para el derecho civil y el común de ofrecer mejores alternativas para dar explicaciones teóricas. Advierte, por último, que su obra muestra una realidad iusteórica más compleja que la visión partidística y política que el profesor Tamayo insinúa, tampoco representa la defensa académica de la Corte Constitucional en el choque de trenes, ni promueve una “jurisprudencia de capricho” de la forma en la que caricaturiza Tamayo Jaramillo al nuevo derecho.

En respuesta a esta carta⁶, Tamayo Jaramillo deja en claro, en primera medida, que él no pertenece a la escuela del nuevo derecho y que más bien lo que su detractor hace es confundir los conceptos de formalismo y antiformalismo, pues vuelve a denunciar que pese a que López Medina se apoya en autores que demandan que las normas sean interpretadas dándoles un significado acorde a las necesidades axiológicas del caso concreto, se confunde porque dichos autores lo hacen en aras de darle un significado razonable a la interpretación de la ley sin tener que desconocerla, contrario a lo que propone López Medina en el nuevo derecho. Para Tamayo, el nuevo derecho es sinónimo de antiformalismo porque niega la ley, mientras que a la vieja escuela a la que él se inscribe le es posible (según el autor) darle un rostro humano haciendo giros hermenéuticos sin tener que desconocer la ley; admite que tanto los formalistas como los antiformalistas crean derecho, sin embargo, mientras que los antiformalistas están creando totalmente, los formalistas solo hacen una creación condicionada a los elementos (normas jurídicas) con los que cuentan para interpretar.

En segundo lugar, Tamayo hace precisiones acerca de la forma en la que él entiende que el juez hace política con sus sentencias, afirmando que lo hace desde una posición ideológica frente a la sociedad, más no como un ejercicio de lucha por el poder, y menos como una pugna de poder entre el Congreso y la Corte.

5 Para Diego López Medina ninguna Corte podría “Sostener que en Colombia hay un derecho constitucional a la autodefensa armada del perfil que han tenido las AUC dentro del conflicto colombiano; [...] ninguna corte constitucional, so pretexto de jurisprudencia libre, podría justificar el cierre de medios de comunicación ni las restricciones irrazonables a la libertad de locomoción” (López Medina, 2004).

6 La nueva carta se titula “No son lo mismo la interpretación razonable y el nuevo derecho” (Tamayo Jaramillo, 2004b).

Termina argumentando que la postura de López Medina es insostenible al intentar proponer la doctrina obligatoria constitucional, porque al trasladarse del imperio de la ley al imperio de la jurisprudencia constitucional, los jueces de instancia podrían hacer sus propias interpretaciones basados en la existencia de otras fuentes del derecho, como el mismo López Medina lo defiende, y, con ese margen tan amplio sobre las fuentes, la obligatoriedad de la doctrina constitucional se perdería, por culpa del mismo argumento del profesor López Medina.

Para persuadir a Tamayo, López Medina expresa que con las razones expuestas debería compartir el antiformalismo normativo de la ley, y continúa estructurando el argumento de la columna anterior en la siguiente forma:

Les ordena [la sociedad] a sus jueces que apliquen principios o estándares generales y no reglas concretas de tipificación específica. Así por ejemplo les ordena [...] que evalúen la responsabilidad según una comparación abstracta y principalista con el buen padre de familia (Código Civil), que miren el peligro que representan para la sociedad y la víctima antes de imponer la detención preventiva del acusado (Código de Procedimiento Penal) o que, finalmente, inapliquen normas legales cuando vulneren de manera abierta y flagrante derechos constitucionales fundamentales (Constitución Política). (López Medina, 2005b, p. 20A)

En esta oportunidad López Medina anota que los conceptos no se separan tajantemente en la doctrina del derecho, debido a que los distintos autores son ambiguos cuando intentan aproximarse al antiformalismo, pero concuerdan en que las ciencias sociales llenan el déficit de racionalidad que se deriva de la constante cortedad de las normas en dirigir silogísticamente la actividad de los jueces, es decir, se usaron las ciencias sociales para tomar decisiones en casos difíciles en los que el derecho vigente no fue suficiente.

El debate entre estos dos autores resulta muy enriquecedor en teoría jurídica sobre las fuentes del derecho en Colombia, pues ayuda a pensar no solo el problema sobre el hacinamiento carcelario, sino muchos debates sobre derechos fundamentales en los que la Corte Constitucional ha participado activamente desde su creación en 1992. Quisiera seguir ampliando el debate, pero me alejaría mucho de los objetivos trazados en este documento, sin embargo, considero que hasta aquí se expresaron algunos de los argumentos más importantes de ambas posturas, es decir, tanto de quienes defienden el papel de la Corte como de quienes la critican por considerar exacerbado su poder jurisdiccional.

En definitiva, el ejercicio reflexivo que se ha constituido a lo largo de este documento lleva a establecer las siguientes

CONSIDERACIONES FINALES

La acción de tutela es en definitiva el mecanismo idóneo para proteger los derechos fundamentales de los reclusos en Colombia, en la medida en que no se trata de establecer si este tipo de sentencias promueve un desbordamiento del poder que enfrenta a esa corporación con otros organismos del Estado que reclaman respeto del principio de legalidad, siempre que sea una entidad que se encuentre preocupada por la situación actual de los internos y proponga algunas salidas que favorezcan las condiciones dignas de estas personas.

El principio de la dignidad humana constituye el epicentro desde el cual emanan las reflexiones sobre los distintos derechos fundamentales que están siendo vulnerados actualmente a los internos en las cárceles de Colombia, para que sea el Estado social de derecho el garante responsable de construir un estado de cosas que permita establecer una resocialización efectiva de los reclusos.

Las reflexiones sobre las emociones políticas pesimistas que se estudiaron deben constituir una frontera ética en la educación ciudadana para dejar de transgredir la dignidad de los reclusos en Colombia. Cada individuo en este país debe hacer un ejercicio reflexivo intrínseco para descontaminar su visión pesimista por el dolor infligido al recluso, que socialmente ha sido condenado al ostracismo.

La declaración del estado de cosas inconstitucional debe ser el punto de partida para que organismos del Estado como el Gobierno nacional, el Congreso de la República y en general toda la rama judicial establezcan soluciones efectivas para terminar con el hacinamiento en los centros de reclusión en aras de garantizar a los reclusos un trato digno como seres humanos.

REFERENCIAS

- Bernal Pulido, C. (2008). El precedente en Colombia. *Revista de Derecho del Estado*, (21), 81-94.
- Código Penal Colombiano (2000). Ley 500 de 2000. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html
- Constitución Política de Colombia [Const]. (1991). Recuperado de <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>
- Corte Constitucional. (1998). Sentencia T-153 de 1998. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>
- Corte Constitucional. (2004) Sentencia T-025 de 2004. [MP Manuel José Cepeda Espinosa]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>
- Dewey, J. (2014). *Naturaleza humana y conducta* (2.ª ed.). México: Fondo de Cultura Económica.
- Dworkin, R. (1990). *A Bill of Rights for Britain*. Londres: Chatto and Windus.
- Dworkin, R. (2008). *La democracia posible*. Barcelona: Paidós.
- Dworkin, R. (2011). *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Dworkin, R. (2012). *Una cuestión de principios*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Etzioni, A. (2001). *The Monochrome Society*. Princeton: Princeton University Press.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2009). *Derechos y garantías. La ley del más débil* (6.ª ed.). Madrid: Trotta.
- Hobbes, T. (1982). *El Leviatán*. México: Fondo de Cultura Económica.
- López Medina, D. (2004). 'Nuevas' reflexiones sobre la interpretación constitucional y el Nuevo Derecho. Recuperado de <https://www.dejusticia.org/>

nuevas-reflexiones-sobre-la-interpretacion-constitucional-y-el-nuevo-derecho/

López Medina, D. (18 al 31 de julio de 2005). Los conceptos de “formalismo” y “antiformalismo” en teoría del derecho. *Ámbito Jurídico*, VIII (181), 19A-20A.

López Medina, D. (2006). *El derecho de los jueces* (2.ª ed.). Bogotá: Legis; Universidad de los Andes.

Nussbaum, M. (2006). *El ocultamiento de lo humano*. Buenos Aires: Katz.

Nussbaum, M. (2007). *Las fronteras de la justicia*. Barcelona: Paidós.

Nussbaum, M. (2014). *Emociones políticas*. Barcelona: Paidós.

Papacchini, A. (1997). *Filosofía & derechos humanos* (3.ª ed.). Cali: Programa Editorial de la Universidad del Valle.

Pettit, P. (1999). *Republicanismo*. Barcelona: Paidós.

Rawls, J. (1995). *Liberalismo político*. México: Fondo de Cultura Económica.

Raz, J. (2001). *La ética en el ámbito público*. Barcelona: Gedisa.

Semana. (10 de mayo de 2017). “Acudiremos a la plenaria si niegan el proyecto en la Comisión”. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/comision-primer-de-la-camara-de-representantes-debate-referendo-de-viviane-morales/524708>

Tamayo Jaramillo, J. (2004a). Reflexiones sobre la interpretación constitucional y el Nuevo Derecho. *Ámbito Jurídico*. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/ResultadosDeBusqueda?q=Tamayo>

Tamayo Jaramillo, J. (2004b). No son lo mismo la interpretación razonable y el nuevo derecho. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/ResultadosDeBusqueda?q=Tamayo>

Tamayo Jaramillo, J. (2011). *La decisión judicial* (vol. I). Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.

Taylor, C. (2001). *El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”*. México: Fondo de Cultura Económica.

- Tena Sánchez, J. (2015). Estrategias de diseño institucional y cumplimiento: el caso de las nuevas políticas de seguridad vial en España. *Sortuz. Oñati Journal of Emergent Socio-legal Studies*, 7(2), 1-19.
- Upegui Mejía, J. C. (2009). *Doce tesis en torno al concepto de Estado social de derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Urquijo, M. (2011). *Ética, ciudadanía y democracia*. Cali: Universidad del Valle.
- Urquijo, M. (2016). Reconceptualizaciones contemporáneas sobre la ciudadanía democrática. En D. Grueso, *Re-conceptualizando la política y la democracia* (pp. 125-154). Cali: Universidad del Valle.
- Waldron, J. (2004). Deliberación, desacuerdo y votación. En H. Hongju Koh y R. C. Slye, *Democracia deliberativa y derechos humanos* (pp. 249-267). Barcelona: Gedisa.