

JUEZ DE EJECUCIÓN DE PENAS EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y PRINCIPIOS DE FAVORABILIDAD, DIGNIDAD HUMANA, LIBERTAD, IGUALDAD, LEGALIDAD, DEBIDO PROCESO Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

*Mario Montes Giraldo**

El derecho es siempre una realidad no natural sino artificial, construida por los hombres, incluidos los juristas, que tienen una parte no pequeña de responsabilidad en el asunto.

LUIGI FERRAJOLI

En un Estado constitucional como es el nuestro, la función de los operadores judiciales no puede circunscribirse a rendirle culto al legislador y a las normas; sino que éstos deben superar acudiendo a las normas superiores, los escollos mecánicos o procedimentales que puedan presentárseles y lo que es más importante aún, asumir su papel de creadores de derecho, siempre en defensa de los derechos fundamentales de los asociados.

Se demanda de quienes imparten justicia una actitud promocional de aquellos derechos, y por eso queremos en esta ocasión llamar la atención acerca de la necesidad de

* Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

dinamizar y rescatar la importancia que dentro del proceso penal tiene la etapa de la ejecución de la pena y, consecuentemente, el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad –todos los jueces penales lo son–, desterrando la errónea y publicitada idea que el juez en esta etapa es simplemente un contador de tiempo. En fin, un abogado que cambia la Constitución y los códigos por una calculadora.

Consideramos con EDUARDO DEMETRIO CRESPO que en el derecho penal de la hora de ahora el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad *debe ser un buscador de alternativas que corrijan el exceso o la incorrección de la pena impuesta*, cuando aquella –la pena– se torna en irracional al no haberse interrelacionado correctamente en sus momentos legislativo y judicial¹.

Obviamente que el tema se presta para muchas discusiones, en las que lo nuclear es, ha de ser, la labor jurisdiccional y no el problema de cómo asume este reto un juez en particular, ya que eso es harina de otro costal.

Pero para dejar sentadas las bases hemos de decir que la principal garantía en frente al poder del juez es su absoluto sometimiento al derecho, es decir, a la totalidad de normas válidas del ordenamiento jurídico y conforme a las cuales tiene que resolver un asunto en particular.

Decir que la legitimidad del poder judicial es constitucional significa que aquella se localiza en la Constitución y en el derecho, y no sólo en la ley. Por lo tanto, en un Estado constitucional el juez no agota su misión en el mero y nudo vasallaje al legislador y a su voluntad, mediante la aplicación neutral, cierta y objetiva de la ley, a través de procedimientos silogísticos, sino que es, *debe ser*, un promotor de los derechos fundamentales, para crear condiciones de libertad e igualdad, entendiendo que el individuo no puede ejercer estos derechos por sí sólo –aun cuando es necesario advenirlo, el aplicador de justicia las más de las veces coincidirá con la concepción del legislador, pues la experiencia enseña que la mayoría de las disposiciones arrojan positivo en su test de constitucionalidad–.

Y esto es así, en tanto y en cuanto nuestro modelo de Estado debe garantizar para todas las personas residentes en Colombia condiciones mínimas de salario, alimentación, salud, habitación, educación, etc., bajo la idea de derechos y no simplemente de caridad, demandables de los propios poderes públicos, mediante prestaciones positivas, al decir de FERRAJOLI².

Tal alinderamiento lleva, entonces, a la superación del concepto del imperio de la ley por el del imperio del derecho y de la justicia a la cual están sometidos, sin excepción,

-
1. Cfr. EDUARDO DEMETRIO CRESPO. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Ediciones Universidad de Salamanca (España), 1999, p. 32.
 2. Cfr. LUIGI FERRAJOLI. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 16.

todos los poderes públicos y, consecuencialmente, a una nueva manera de interpretar y aplicar el derecho e incluso a un cambio del lenguaje. Cada conflicto de intereses que se plantee de este modo ha de ser resuelto desde el derecho y no desde la ley.

Aquí pierde importancia suma el texto legal, alzaprímándose la necesidad de impartir justicia material para el caso concreto, apalancados en el entendimiento de los valores y principios como criterios de *creación*, *interpretación* y, por último, muy por último, *de integración del derecho*³.

Se convierte así la Constitución en un *proyecto vinculante*⁴, cuya realización depende, en últimas, del tratamiento dado a esos derechos y garantías, y en donde cumple papel preponderante el edificio mental del juez, pues es ilusorio para el hacedor de las leyes prever todos los conflictos sociales posibles para luego asignar a cada uno de ellos la solución normativa correspondiente. Así, el conflicto individual planteado cuando interesa a la jurisdicción, deja entonces de ser asunto de particulares para convertirse en un elemento dinámico del ordenamiento jurídico, pues en cada decisión éste ha de ser valorado en su integridad y dentro del contexto social en que se desenvuelve el litigio.

De este modo ha de decirse con la Corte Constitucional que el juez, al poner en relación la Constitución –sus principios y sus normas– con la ley, es un *creador de derecho*⁵; pero en su caso esa “creación” no lo autoriza para desvincularse *motu proprio* de ella y sustituirla según su personal criterio, pues que ha de estar *encuadrada y sujeta a una interpretación razonada y motivada de los principios y normas de rai-gambre superior*⁶.

Al canto un ejemplo: el principio de favorabilidad la Constitución lo entiende como una situación más favorable al sindicado o condenado, y en caso de duda, su interpretación no puede ser ninguna diferente de la que más lo favorezca.

Se convierte así en obligatoria, preeminente e ineludible para el juez y se relativiza entonces su autonomía, pues aquí encuentra una talanquera de abolengo superior, pues aunque puede descifrar la ley que aplica, no le es dable hacerlo en contra del procesado o condenado.

Aquí el juez no puede escoger con libertad entre las diversas opciones, por cuanto ya la Constitución lo ha hecho por él, y de manera imperativa y prevalente, y toda trans-

3. Cfr. HERNÁN VALENCIA RESTREPO. *Nomoárquica, principialística jurídica o principio generales del derecho*, Bogotá, Temis, 1999, p. 4.

4. Cfr. PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, en prólogo a LUIGI FERRAJOLI. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, ob. cit., p. 11.

5. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia n.º T-406/92, M. P.: CIRO ANGARITA BARÓN.

6. Cfr. PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, en prólogo a LUIGI FERRAJOLI. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Ob. cit., pp. 11 a 12.

gresión a esta regla superior en el curso de un proceso judicial constituye vía de hecho e implica desconocimiento flagrante de los derechos fundamentales, en especial el del debido proceso⁷.

En el nuevo orden constitucional la responsabilidad de *la eficacia de los derechos fundamentales le corresponde, de manera prioritaria, al juez*, y no ya a la administración o al legislador. *Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias*⁸.

Para el garantismo penal, en un Estado social de derecho, la incorporación de los valores y principios a la Constitución cambia la relación entre el juez y la ley, asignándole a aquél la función de garantía de la persona, en frente de su violación por parte de las autoridades públicas y fundamentalmente la función de cierre del sistema, mediante la corrección de los márgenes de desviación e ilegitimidad jurídicas en que otros poderes o los propios individuos hubieran podido incurrir.

Y esa “corrección del derecho” por parte de los jueces, cuando las decisiones de otros poderes se han desviado del programa constitucional o vulneran derechos de las personas, sólo será comprendida si se entiende que no existe ningún vínculo de subordinación entre el Legislativo y el poder judicial y que ambos están sometidos en igualdad de condiciones a la Constitución⁹.

Así, entonces, “la actividad jurisdiccional *deja de ser mera interpretación y aplicación de la voluntad del legislador expresada en la ley, y el poder judicial deja de ser un subalterno del Legislativo*. Ahora, la función jurisdiccional adquiere relevancia constitucional y el poder judicial pasa a convertirse en un auténtico poder en el Estado. Frente al imperio de la ley surge ahora el imperio de la justicia como una forma de compaginar ley y praxis jurídica con los principios y valores constitucionales”¹⁰.

Entonces cuando hablamos de sometimiento de los jueces a la ley ha de entenderse como sujeción a la ley válida¹¹, entendida ésta no como la formalmente promulgada¹²,

7. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia n.º T-001, 1999, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

8. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia n.º. T-406/92, M. P.: CIRO ANGARITA BARÓN.

9. Cfr. ANTONIO MANUEL PEÑA FREIRE. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, 1997, p. 229.

10. *Ibíd.*, p. 233.

11. Denominado juicio de validez, que “es aquel en virtud del cual se declara (si es positivo) que una determinada norma (cuya vigencia formal se ha comprobado como verdadera) se adecua además en un contenido a las determinaciones existentes en niveles superiores del ordenamiento, con independencia de que estas determinaciones sean reglas o principios, valorativas o neutras, justas o injustas, eficaces o ineficaces” (cfr., JOSÉ LUIS SERRANO. *Validez y vigencia*, Madrid, Trotta, 1999, p. 51).

12. Que corresponde al llamado juicio de vigencia, conocido como aquel que va referido a la mera constatación de la existencia de una norma en el interior de un sistema jurídico. Es un juicio de hecho o técnico, pues se limita a constatar que la norma cumple los requisitos formales de competencia, procedimiento, espacio, tiempo, materia y destinatario; y como tal juicio de hecho es susceptible de verdad y falsedad” (cfr. JOSÉ LUIS SERRANO. *Validez y Vigencia*, cit., p. 51).

sino, y, además, a la ley que se corresponda con esos valores y principios constitucionales —ellos, en palabras de FERRAJOLI, son “el derecho sobre el derecho” que vinculan y limitan la producción jurídica—, correspondencia que debe ser valorada siempre y en cada caso por el juez¹³.

Los valores y principios, por tanto, sirven como criterios de interpretación para establecer el sentido de las normas jurídicas, e incluso, más allá, para establecer su validez —pues sólo son válidas las normas que se correspondan con esos valores y principios¹⁴, lo cual constituye una *limitante para el propio legislador*, ya que “la ley no puede pregonarse más como producto o expresión de la conciencia social”, máxime si ésta está en contradicción con los valores y principios¹⁵—, aunque por carecer de supuestos de hecho, al decir de ZAGREBELSKY, no son normas de aplicación directa que puedan resolver, aisladamente, un asunto, sino que crean actitudes de adhesión o repulsa en frente al caso concreto¹⁶. Las normas, en cambio, se aplican o no en el caso concreto¹⁷.

Así las cosas, enfatiza FERRAJOLI, *la interpretación judicial de la ley es siempre un juicio sobre la ley misma*, que corresponde al juez junto con la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, o sea compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas. Por lo tanto, cuando aquella pugne con la Constitución, *debe ser reinterpretada* de conformidad con los valores y principios de ésta¹⁸ —para la Corte Constitucional la palabra “ley” que emplea el primer inciso del art. 230 de la C. P. debe entenderse no como una norma en particular sino como “ordenamiento jurídico”.

Para la cimera Corte en materia constitucional, en el Estado actual no es posible hablar de tres ramas del poder con funciones excluyentes y delimitadas, pues existe un control activo entre ellos, y *así el juez puede convertirse en un instrumento de*

13. Cfr. LUIGI FERRAJOLI. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, cit., p. 26.

14. Cfr. PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, en prólogo a LUIGI FERRAJOLI. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, cit., p. 11.

15. Cfr. FERNANDO TOCORA. *Principios penales sustantivos*, Bogotá, Temis, 2002, p. 11. En el Estado constitucional, de igual manera, se puede afirmar que aún cuando representen las mayorías, el órgano legislativo en el proceso de determinación de la voluntad política del poder, no puede desconocer las garantías y derechos fundamentales de las minorías, y que por lo tanto “el sentido político impreso por el poder legislativo al ordenamiento no sólo no es el único, sino que puede no ser el más recomendable o legítimo desde un punto de vista constitucional; es más, puede que incurra en desviaciones considerables respecto del sentido constitucional del ordenamiento y que estas desviaciones se hagan especialmente palpables cuando, a lo largo de los distintos procesos de ejecución, se manifiestan en un conflicto concreto de intereses...” (cfr. ANTONIO MANUEL PEÑA FREIRE. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, ob. cit., pp. 249 y 250).

16. Cfr. GUSTAVO ZAGREBELSKY. *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 111 y 112.

17. Cfr. PABLO RAÚL BONORINO y JAIRO IVÁN PEÑA AYAZO. *Filosofía del Derecho*, Consejo Superior de la Judicatura, p. 89.

18. Cfr. LUIGI FERRAJOLI. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, cit., p. 26.

*presión frente al legislador, de tal manera que éste, si no desea ver su espacio de decisión invadido por otros órganos, adopte las responsabilidades de desarrollo legal que le corresponden y expida las normas del caso*¹⁹. Esta nueva faceta es el mejor resguardo para la protección efectiva de los derechos de los asociados.

Ahora bien, cuando se interpretan los textos legales se utiliza el *argumento a fortiori*, en el cual se bucea el propósito del legislador y se entiende así: “un precepto debe aplicarse aun a los casos que no aparecen contemplados por el legislador, cuando existen para ello razones más poderosas que las que determinaron su establecimiento en un caso especial”²⁰.

Es decir, el *argumento a fortiori* irradia la razón de la ley del caso expresamente contemplado a uno que no lo está; cuando se colige que son más robustas las razones del caso presente para consagrar una norma semejante, que las que tuvo el legislador para consagrar la norma asimilada.

Jurisprudencialmente²¹ se ha establecido que los principios de la prohibición del *non bis in idem*²² y de la prohibición de la *reforma en peor*²³, también han de hacerse valer por parte del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, cuando en la *individualización judicial de la pena*, realizada por el fallador de instancia, se atentó contra uno de estos preceptos, por ejemplo, cuando las causales genéricas de agravación no fueron aplicadas a la pena básica como debe ser, sino a la pena ya empeorada, merced a una causal específica, pues de esa manera una misma base se estaría castigando doblemente o cuando el superior desmejoró la pena del apelante único.

Claro ejemplo de esto es lo sucedido con el anterior artículo 371-1 del Decreto 100/1980 que consagraba una agravante genérica para el delito de hurto, en razón de la cuantía; siendo práctica socorrida por los operadores judiciales, efectuar dicho incremento sobre la pena imponible; es decir, luego de efectuadas las gradaciones por cada una de la circunstancias específicas de calificación o agravación –arts. 350 y 351 *ibidem*–; siendo lo correcto computar dicha agravante genérica sobre la pena básica; porque, por ejemplo, si por cada una de esas circunstancias se incrementara, v. gr., un mes, éstas se vendrían a tener en cuenta por segunda vez al realizar el aumento de pena allí establecido²⁴.

19. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-406/92, M. P.: CIRO ANGARITA BARÓN.

20. Cfr. CARLOS LOZANO Y LOZANO. *Elementos de derecho penal*, Universidad Nacional de Colombia, 1950, p. 432.

21. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-575-93, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, 10 de diciembre de 1993.

22. Como bien se sabe, el principio de la prohibición del *non bis in idem* es una garantía jurídico penal que impide una doble imputación y un doble juzgamiento o punición por un mismo hecho.

23. Por su parte, la prohibición de la *reformatio in pejus*, es una limitante que advino con la nueva Carta Política, según la cual el superior no puede agravar la pena del apelante único.

24. Cfr. C. S. J. Sentencia Sept. 15/87, M. P.: JORGE CARREÑO LUENGAS.

También sucedía en vigencia de la anterior Constitución Política, en donde era factible para el superior empeorar la situación del apelante único, o incluso en los actuales momentos en los cuales hay funcionarios que ni siquiera se sonrojan al violentar este caro postulado no sólo constitucional sino legal.

Debe entonces concluirse *a fortiori* que dicha facultad debe extenderse también a todas aquellas situaciones que, como las esbozadas, afrentan, indudablemente, los derechos fundamentales de las personas condenadas, así no aparezca esto expresamente regulado.

En nuestro entender, el *principio rector de la legalidad*, al contemplar como una de sus especies –*el de favorabilidad*–, de ninguna manera instituye como exigencia *sine qua non* la sucesión de leyes.

Por lo tanto, si las *normas rectoras* constituyen la *esencia y orientación del sistema penal y prevalecen sobre las demás*, no encontramos razón o impedimento de carácter constitucional o legal para no aplicarlas.

Y esto es más contundente aún si consideramos que la interpretación contraria pugna con el nuevo orden constitucional, en donde se alza prima el *carácter sustancial de los derechos fundamentales* que dan lugar a una más amplia concepción del principio constitucional de favorabilidad, y, como se ha visto, supone una restricción o disminución del poder punitivo del Estado, en aras de la justicia y de la dignidad de la persona del condenado.

En tales condiciones, consideramos nosotros, será factible aplicar ese principio de *favorabilidad*, por el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, en aquellos casos en los cuales en las sentencias de instancia no se tuvieron en cuenta circunstancias genéricas de atenuación punitiva; v. gr., *la reparación* en los delitos contra el patrimonio económico –art. 374 del Código Penal anterior, 269 del actual– o el no reconocimiento de las rebajas por sentencia anticipada y confesión.

De igual manera, ¿cómo no materializar tal pauta, aplicando el contenido del inciso 2.º del artículo 27 del nuevo Código Penal que consagra una penalidad más atenuada para la tentativa cuando han mediado acciones de salvamento y no se tuvo esta circunstancia como amortiguante de pena, bien con el anterior código o el de ahora?

¿Qué actitud deberá esperarse del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad cuando el *condenado* se encuentre expiando físicamente la pena que se le impuso por un delito que antes era oficioso y, por tanto, no admitía el desistimiento, la conciliación o indemnización integral, y ahora es querellable –v. gr., violencia intrafamiliar–, o, que a pesar de seguir siendo oficioso, las nuevas normas penales permiten tales formas de terminación precoz del proceso, v. gr., el antes denominado *peculado por extensión*, ahora *abuso de confianza calificado*, si en la actuación adelantada se encuentra probado de manera fehaciente uno de aquellos fenómenos?

No debe olvidarse que aquí nos encontramos en frente de normas procedimentales con evidentes efectos sustanciales y, en consecuencia, operará asimismo el principio de favorabilidad.

De igual manera, ¿será necesario esperar el trámite de una acción de revisión –art. 220 ord. 2.º– cuando antes de quedar ejecutoriada la sentencia la acción había prescrito o se había producido su caducidad o no había querrellante legítimo, y no se habían dado por enterados de esto el juez, el condenado, su defensor, ni los demás sujetos procesales?

Aquí se nos podría argumentar la existencia de otro recurso procesal –la acción de revisión–, teniendo en cuenta incluso que hasta la acción de tutela en estos eventos tiene el carácter de mecanismo excepcional y supletorio; esto es, que sólo procede en caso de inexistencia de otros medios de defensa judicial, salvo que se intente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable –art. 86 C. N., art. 6.º Dcto. 2591/91.

De igual manera que la asignación de competencia del juez de tutela difiere en el ordenamiento colombiano de la del juez ordinario, en el sentido que la competencia de este último es reglada, vale decir que se la asigna la ley para conocer sólo de ciertos y determinados asuntos, “... y no puede adoptar decisión alguna sobre el fondo de la controversia si el proceso es de la competencia de otro funcionario, no importa qué tan grosero o evidente sea el abuso del derecho o la vía de hecho que encuentre acreditada en el libelo y sus anexos, ni qué tan grave pueda ser el daño que con actuaciones contrarias a derecho se venga causando al demandante, o qué tan inminente sea la realización del riesgo al que injustamente se le tiene sometido...”²⁵, mientras que el juez de amparo, primero analizará si el otro mecanismo es al menos tan efectivo como la tutela para restablecer el imperio de los derechos fundamentales vulnerados, pues de otra manera debe tramitar el amparo de modo preferente; además, si el juez de tutela encuentra que se produce o se amenaza con producir un perjuicio irremediable, debe ordenar, como mecanismo transitorio de protección, lo que resulte conducente, para hacer que de inmediato cese el daño o la amenaza, y limitar tal protección provisional con la orden de que el interesado acuda a la vía ordinaria, cuya iniciación condiciona la permanencia de la medida transitoria²⁶.

Aquí también podrían contraargumentarse los institutos de la *irreformabilidad de la sentencia y de la cosa juzgada*.

Consideramos, entonces, posible acudir a los preceptos constitucionales a fin de dar una solución de justicia material.

Desde luego, esta posibilidad depende de que tales aspectos –confesión, sentencia anticipada, prescripción, caducidad, etc.– se hallen vehemente y suficientemente com-

25. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-649/99, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

probados dentro del averiguatorio. Es decir, que surjan de bulto de la actuación, sólo que por error *in judicando* no fueron reconocidos y que además no se trate de efectuar nuevos razonamientos que incidan en la responsabilidad, en un cambio de la determinación de fondo del fallo o del grado de participación o en una nueva valoración de los distintos elementos conviccionales que ingresaron al proceso.

Dígase entonces que por encima de tales estorbos de carácter legal se encuentran principios de mejor raigambre –constitucional– como el de *dignidad humana, favorabilidad, libertad, igualdad, legalidad, debido proceso, presunción de inocencia*, que hacen que aquellos deban ceder en casos como estos en los que entran en tensión garantías de orden superior con mecanismos de estructura legal, para proteger tales postulados, en la medida en que la sentencia de esa manera es *injusta* y violatoria de derechos fundamentales, al no haberse tenido en cuenta, como debiera haber sido, aspectos sustanciales que favorecerían ampliamente al *condenado*, por lo que se debe corregir en tal sentido la decisión para garantizar una recta administración de justicia.

Así entonces, en la circunstancia de que existan otros mecanismos de defensa judicial y en el evento de encontrarse una persona purgando físicamente la pena con ocasión de tales procesos, podrían aplicarse, *a fortiori*, las normas de tutela –que propenden por la protección y defensa de los derechos fundamentales–, por parte del juez de ejecución de penas –que también es un juez de tutela²⁷ y como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable²⁸ como sería mantener privada de la

26. Véanse al respecto, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional T-279 de 1997, SU-250 y T-654 de 1998.

27. Cfr. Corte Constitucional. Sent. T-065 I 95, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

28 “... C. No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego, no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente. D. La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social. De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado, ya en forma directa o como mecanismo transitorio. El fundamento de la figura jurídica que ocupa la atención de esta Sala es la inminencia de un daño o menoscabo graves de un bien que reporta gran interés para la persona y para el ordenamiento jurídico, y que se haría inevitable la lesión de continuar una determinada circunstancia de hecho. El fin que persigue esta figura es la protección del bien debido en justicia, el cual

libertad a una persona no debiendo estarlo, ordenar lo necesario para que cesen los efectos perniciosos de la medida atentatoria contra la libertad y dignidad humana del procesado, condicionado a que el interesado acuda a la vía ordinaria, la cual, en últimas, definirá la perpetuación de la medida transitoria adoptada por el juez de ejecución de penas.

Y en el caso de ausencia de mecanismos procedimentales para remediar situaciones semejantes a las delineadas, consideramos que no existe muralla alguna para que se vigoricen tales postulados superiores por el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

No hacerlo sería hacer prevalecer el derecho adjetivo sobre el sustantivo, en contravía del normativo 228 superior. La Suma Corte concluye que cuando entran en tensión derechos fundamentales con normas de carácter procedimental –incluso las de casación–, éstas se deben flexibilizar, ante la evidencia de la violación de derechos fundamentales, pues que las formas no sólo están al servicio de la legalidad, sino que operan en función del principio de constitucionalidad, y en especial de la efectiva protección de los derechos fundamentales: “... si el derecho procesal se torna en obstáculo para la efectiva realización de un derecho sustancial reconocido expresamente por el juez, mal haría éste en darle prevalencia a las formas haciendo nugatorio un derecho del cual es titular quien acude a la administración de justicia y desnaturalizando a su vez las normas procesales cuya clara finalidad es ser medio para la efectiva realización de derecho material –art. 228– [...] de lo contrario se estaría incurriendo en una vía de hecho por exceso ritual manifiesto que es aquel que se deriva de un fallo en el cual haya una renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente de los hechos, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales convirtiéndose así en una inaplicación de la justicia material...²⁹”.

Aquí, entonces, se supera un Estado sometido al formalismo de la ley, para pasar a un Estado *sub jure*, “... cuya principal consecuencia no es el mero control de constitucionalidad de las leyes por parte de un tribunal especialmente cualificado para ello, sino la difusión por todos los ámbitos de la jurisdicción de un poder jurídico que se expresa en la posibilidad, amparada por la Constitución, de controlar y corregir los poderes desde la sede de los derechos³⁰”. Así mismo, se alza prima su función de garantía de la persona, al poner en relación la Constitución –sus principios y sus normas– con la ley, para *crear derecho*; apuntalado en *una interpretación razonada y motivada de los principios y normas de raigambre superior*.

exige lógicamente unos mecanismos transitorios, urgentes e impostergables, que conlleven, en algunos casos, no una situación definitiva, sino unas medidas precautelativas” (cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-225/93, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA).

29. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-1306 del 6 de diciembre de 2001, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA.

30. Cfr. JOSÉ LUIS SERRANO. *Validez y Vigencia*, cit., pp. 59 y 60 .

Para mayor apalancamiento no es sino hacer nuestras las palabras de la C. S. J., en el sentido de que la favorabilidad es un problema que ocupa al funcionario judicial en el momento de aplicar la ley, debiéndose atender al máximo el caso concreto o a la práctica, y un poco menos al acervo teórico, y que el propósito legislativo ha sido el de que no se ponga cortapisa a la aplicación de la ley benigna o favorable así definida, pues que “sin excepción”, dice el precepto³¹.

Y para cerrar con colofón de oro tomamos prestada esta hechicera arenga, que condensa de manera notable lo exteriorizado:

... lo trascendental es que en pro de la favorabilidad hay que hacer todas las “integraciones” que sean necesarias pues, como lo ha reiterado la Sala mayoritaria, en la nueva legislación el principio de benignidad es totalizador y por tanto abarca todas las posibilidades [...] y si se quiere entender que se construye una nueva disposición, así habría de ser entendido. Justamente, a la conclusión a la que ha llegado la Sala mayoritaria es la contraria: de cada norma se deben desprender aquellas disposiciones o enunciados que más beneficien al procesado, y unirlos en su provecho. Con ello un juez no construye otra norma; simplemente, más allá de disquisiciones puramente teóricas, le da aplicación a la Constitución Política [...] También se dice que con lo anterior el funcionario judicial se arrogaría funciones de legislador, que competen a otra rama del poder público. Esto tampoco es cierto por varios motivos: a. lo mismo haría el funcionario judicial que llena vacíos, por ejemplo cuando trabaja con la analogía, los tipos incompletos y las normas en blanco. Y en estos casos, como sucede con la mayoría de los denominados “argumentos interpretativos”, sin duda el funcionario crea derecho. Y esto nadie lo ha reprochado. b. Si eso constituyera creación de la ley, pues habría que admitirlo. El mundo que se vive no está para seguir diciendo que el juez es un mero autómatas, un simple “aplicador” de normas. El juez de ahora –y lo viene haciendo hace muchísimos años– es y tiene que ser un creador de derecho, entre otras cosas porque éste es finito, porque el legislador es humano y no sabio y porque las circunstancias y condiciones sociales generalmente van adelante de la ley. En síntesis, cuando un funcionario judicial hace lo que la decisión dice que no debe hacer, se limita a cumplir la Constitución y las leyes y a algo mucho más importante: más allá de ser un mecanicista, debe entender que le compete una función social. Y ésta no se realiza con los ojos vendados, ni con una aparente neutralidad, ni con una alejada conducta de lo que es realmente la ley en Colombia³².

31. Cfr. C. S. J. Sala de Casación Penal. Sentencia de 3 de septiembre de 2001, M. P.: JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGU.

32. Cfr. C. S. J. Aclaración de voto. Auto de 29 de noviembre de 2001, M. P.: ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN.

