

UNIVERSIDAD LIBRE

REFLEXIONES SOBRE EL ARTÍCULO 199 DEL CODIGO DE LA
INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA

Investigador principal
ALFONSO DAZA GONZÁLEZ

Estudiantes Maestría en Derecho Penal
JONATHAN YESID BARRETO MORENO.
JOSÉ DANIEL RODRÍGUEZ JIMÉNEZ,
KAREN BRIGGITH AMADO GUIÉRREZ,
PABLO ALBERTO VÁSQUEZ SUÁREZ

Facultad de Derecho Ciencias Políticas y Sociales
Maestría en Derecho Penal
Bogotá, DC
2018

CONTENIDO

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| PROBLEMA JURÍDICO | 10 |
| OBJETIVOS | 11 |
| Objetivo General | 11 |
| Objetivos Específicos | 11 |
| TESIS | 13 |
| MÉTODO DE INVESTIGACIÓN | 17 |
| CAPÍTULO PRIMERO | 18 |
| ANTECEDENTES DEL ARTÍCULO 199 DE LA LEY 1098 DE 2006 . | 18 |
| PRESENTACIÓN..... | 18 |
| 1.1. GACETA CONGRESO 0478/2005..... | 22 |
| 1.2. GACETA CONGRESO 085/2005..... | 24 |
| 1.3. GACETA CONGRESO 0551/2005..... | 25 |
| 1.4. PROYECTOS DE LEY EN LA CÁMARA DE REPRESENTANTES: 085 Y 096 DE 2005 | 28 |
| 1.5. GACETA CONGRESO 0826/2005..... | 34 |
| 1.6. GACETA CONGRESO 0104/2006..... | 37 |
| 1.7. GACETA CONGRESO 362/2006..... | 39 |
| CAPÍTULO SEGUNDO | 55 |
| EL ARTÍCULO 199 DE LA LEY 1098 DE 2006 FRENTE A LA RETRIBUCIÓN DE LA PENA Y LA PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA [Fines de la pena] Y FRENTE A LA DECISIÓN DE LA PUNIBILIDAD [Fin del proceso penal]..... | 55 |

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| INTRODUCCIÓN | 55 |
| 2.1. ACERCA DE LOS FINES DE LA PENA | 56 |
| 2.2. ACERCA DE LOS FINES DEL PROCESO PENAL..... | 67 |
| 2.3. LOS FINES DE LA PENA Y DEL PROCESO PENAL EN EL ARTÍCULO 199 DE LA LEY 1098 DE 2006 | 73 |
| CAPÍTULO TERCERO | 76 |
| NUMERALES CUARTO, QUINTO Y SEXTO FRENTE A LOS FINES DE LA PENA DE PREVENCIÓN ESPECIAL Y DE REINSERCIÓN SOCIAL | 76 |
| INTRODUCCIÓN | 76 |
| 3.1. IMPROCEDENCIA DEL SUBROGADO PENAL DE SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA..... | 79 |
| 3.2. IMPROCEDENCIA DEL SUBROGADO PENAL DE LIBERTAD CONDICIONAL | 94 |
| 3.3. IMPROCEDENCIA DEL BENEFICIO DE SUSTITUCIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA..... | 103 |
| COROLARIO | 109 |
| CAPÍTULO CUARTO | 113 |
| NUMERALES PRIMERO, SEGUNDO Y OCTAVO FRENTE AL FIN DEL PROCESO PENAL DE PROTEGER LOS DERECHOS DE LOS PROCESADOS | 113 |
| INTRODUCCIÓN | 113 |

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 4.1. EL FIN DEL PROCESO PENAL DE PROTEGER LOS DERECHOS DE LOS PROCESADOS | 113 |
| 4.2. LA LIBERTAD COMO REGLA GENERAL Y NO COMO EXCEPCIÓN | 122 |
| 4.3. APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD Y LA SUSTITUCIÓN DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO EN EL LUGAR DE RESIDENCIA FRENTE A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PROCESADOS. | 143 |
| COROLARIO | 150 |
| CAPÍTULO QUINTO | 152 |
| NUMERALES TERCERO, SÉPTIMO Y OCTAVO FRENTE AL FIN DEL PROCESO PENAL DE SOLUCIONAR EL CONFLICTO SOCIAL QUE GENERA EL DELITO | 152 |
| INTRODUCCIÓN | 152 |
| 5.1. EL FIN DEL PROCESO PENAL DE SOLUCIONAR EL CONFLICTO SOCIAL QUE GENERA EL DELITO | 152 |
| 5.2. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD, LOS PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES, Y LAS REBAJAS DE PENAS POR ACEPTACIÓN DE CARGOS FRENTE A LA SOLUCIÓN DEL CONFLICTO SOCIAL QUE GENERA EL DELITO. | 154 |
| COROLARIO | 165 |
| CAPÍTULO SEXTO | 167 |

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| NUMERAL OCTAVO RESPECTO DE LA PROHIBICION DE CONCEDER LA LIBERTAD PROVISIONAL POR VENCIMIENTO DE TERMINOS NO ATRIBUIBLE AL PROCESADO FRENTE AL DERECHO A LA LIBERTAD DE LOS PROCESADOS..... | 167 |
| INTRODUCCIÓN | 167 |
| 6.1. LA LIBERTAD DERECHO FUNDAMENTAL DEL INDIVIDUO | 168 |
| 6.2. LIMITACIONES AL DERECHO FUNDAMENTAL DE LIBERTAD | 174 |
| 6.2.1. El Derecho Penal como límite racional a la privación de la libertad en el estado social de derecho. | 176 |
| 6.2.2. GARANTÍAS PENALES CONSAGRADAS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA..... | 182 |
| 6.3. JURISPRUDENCIA NACIONAL RESPECTO DE LA PROHIBICIÓN DE LA LIBERTAD POR VENCIMIENTO DE TERMINOS EN RELACIÓN CON LOS DELITOS DE HOMICIDIO O LESIONES PERSONALES BAJO MODALIDAD DOLOSA, DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES O SECUESTRO COMETIDOS CONTRA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES..... | 188 |
| 6.3.1. Negación Legislativa | 188 |
| 6.3.2. Negación Suprlegal | 194 |

| | |
|--------------------------------|-----|
| 6.3.3. Cambio De Postura | 198 |
| COROLARIO | 204 |
| CONCLUSIONES GENERALES..... | 206 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 209 |

INTRODUCCIÓN

Este trabajo es el resultado de la investigación, adelantada en la Universidad Libre bajo la dirección del docente Alfonso Daza González, en la línea de investigación “Garantías procesales” del grupo de investigación denominado “*Derecho Penal, Derecho Disciplinario y Derechos Humanos*” en categoría B, registrada en su GrupLAC con vigencia a 31 de Diciembre del, según lo dispuesto por Colciencias en los términos de la Convocatoria 781 de 2017¹.

En calidad de coinvestigadores y su participación en los capítulos respectivos, se relacionan a continuación los estudiantes de la Maestría en Derecho Penal: José Daniel Rodríguez Jiménez, Karen Briggith Amado Gutiérrez, Pablo Alberto Vásquez Suárez Y Jonathan Yesid Barreto Moreno.

¹ Reconocimiento Colciencias. Una vez revisada y analizada la información en relación con el cumplimiento de requisitos para la definición de grupos (pag. 29), el grupo cumple con la definición de grupo, por tanto, el grupo “*Derecho penal, derecho disciplinario y derechos humanos*” ha sido reconocido de conformidad con la convocatoria 781 del 2017.

El punto de partida de la investigación se constituye, teniendo en cuenta al profesor Joaquín González, el *triángulo mágico*, el cual se integra con los derechos humanos, el Estado de Derecho y la democracia y que permite generar una visión de la dignidad del hombre, el *imago ominis* de nuestro tiempo².

En tal sentido, se hace un análisis de uno de los artículos más interesantes de la Ley 1098 de 2006, art. 199 (legislación penal colombiana; código de la infancia y de la adolescencia), en razón a que:

“En él confluyen dos aspectos fundamentales del derecho penal, los fines de la pena y los fines del procedimiento penal, en la medida que los niega cuando se trata de los victimarios, mayores de edad, en delitos de homicidio o lesiones personales bajo

² GONZÁLEZ IBÁÑEZ, Joaquín. Reflexiones en torno al nudo gordiano del sistema de protección de derechos humanos: las víctimas. El caso de las víctimas en España y Siria en el siglo XXI. En: Terrorismo, Cuerpos de Seguridad y Derechos Humanos. Bogotá: Dirección nacional de escuelas de policía, 2012. ISBN: 9789589997819. p. 976. “los derechos humanos, junto con el Estado de derecho y la democracia forman el llamado triángulo mágico que permite generar una visión de la dignidad del hombre, la *imago ominis* de nuestro tiempo; Pensar que los derechos humanos gozan de carta blanca, o especular que su causa justa permite recrear ordalías de derechos humanos es un flaco favor al Estado de derecho y a nuestra democracia”

modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, razón por la cual, entendemos, se aleja de los estándares definidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y por el Estado Social y Democrático de Derecho, y con ellos, se aleja de la prevención especial y de la reinserción social, como fines de la pena, y de la protección de los derechos de los procesados y de la solución del conflicto social que genera el delito, como fines del procedimiento penal"³

La importancia de esta investigación radica en el hecho de que el Código de la Infancia y la Adolescencia⁴ se expidió en vigencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵ la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶, y el Estado Social y Democrático de

³ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1098 (8 de noviembre de 2006) Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Diario oficial: 46.446. Art. 199

⁴ Ibid.

⁵ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 74 (30 de diciembre de 1968). Por la cual se aprueban los pactos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales, de derechos civiles y políticos. Diario oficial no. 32.682.

⁶ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 16 (5 de febrero de 1973). Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre

Derecho⁷, y no obstante ello, incluyó en el Artículo 199 toda una serie de causales dirigidas a negarle beneficios y mecanismos sustitutivos a los victimarios, mayores de edad, de delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, “delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes”⁸, las que, consideramos contrarias a los fines de estos instrumentos internacionales de derechos humanos y a los fines de la pena y del proceso penal en el Estado Social y Democrático de Derecho.

Tales Tratados Internacionales, instituyen como demandas imperativas de los Estados parte:

“La protección de la dignidad humana, la prohibición de la pena de muerte, la prohibición de torturas, tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes, el derecho

Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica". Diario oficial 33.780.

⁷ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Constitución Política (20 de julio de 1991). Gaceta Constitucional No.116. Art. 1. “Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”

⁸ Ley 1098, 2006. Op cit. Art 199.

a la libertad personal, el derecho a la intimidad, a la legalidad, a la favorabilidad, a la defensa, la libertad provisional como regla general y no como excepción, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a un debido proceso, la celeridad en las actuaciones, el derecho a que una causa sea resuelta en un plazo razonable, el derecho a un juicio público, a apelar las decisiones adversas y el beneficio de la duda probatoria, entre otras importantes garantías”⁹

Adicionalmente, la protección de estos derechos y garantías, no sólo se queda en estos instrumentos internacionales, sino en otras normas, en virtud del denominado *bloque de constitucionalidad*¹⁰, en razón a que el Constituyente optó por un doble reconocimiento:

“Por una parte, el artículo 93 superior al establecer la primacía en el orden interno de los tratados internacionales ratificados por Colombia que

⁹ DAZA GONZÁLEZ, Alfonso. La discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal frente a los fines del proceso penal en el estado social y democrático de derecho. *En*: Verba Iuris, 2011. (vol. 26) ISSN 0121-3474. p. 50-57.

¹⁰ Esta expresión ha sido explicada ampliamente en la jurisprudencia constitucional. Ver, por ejemplo, Corte Constitucional. Sentencias C-225, 1995; C-578, 1997; C-400, 1998; T-588, 1999; C-1319, 2001, entre otras.

reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción¹¹; y sumado a ello, el artículo 94 que contiene una cláusula de apertura en atención a la cual la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos¹²

De otro lado, y con el surgimiento del Estado Social y Democrático de Derecho¹³, como consecuencia de la terminación de los regímenes totalitarios que dominaron

¹¹ Quizá los más relevantes de estos tratados son: el Pacto Internacional De Derechos Civiles y Políticos. (16 de diciembre, 1966). Resolución 2200A (XXI), aprobado en Colombia mediante Ley 74 de 1968; la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. (22 de noviembre, 1969) aprobada en Colombia mediante Ley 16 de 1972.

¹² Constitución Política, 1991. Op. Cit. Art. 93 y 94.

¹³ HERMANN, Heller. Teoría Del Estado. México: Fondo De Cultura Económica, 2010. 2a. ed. ISBN 968165725X. p. 285. "La institución del Estado aparece, de esta suerte, justificada por el hecho de ser una organización de seguridad jurídica, y sólo por ello; Pero no hay que interpretar erróneamente esta afirmación dándole un sentido liberal o entendiéndola según una acepción técnica (...) Cuando se declara que el Estado sólo puede ser consagrado por su calidad de organización para la seguridad jurídica, es decir que sólo puede justificarse en cuanto sirva a la aplicación y ejecución de los principios morales del derecho (...) Son, cabalmente, ciertos principios morales del derecho los que, en determinadas circunstancias, reclaman del Estado actividades culturales de tipo económico, educativo o de otra índole"

durante la Segunda Guerra Mundial¹⁴, los cuales fueron heredados por América Latina¹².

“Se le imprimió a la organización político-jurídica propósitos esenciales como el respeto y la protección de la dignidad humana, la efectividad de los derechos fundamentales individuales, el reconocimiento al ciudadano de sus garantías vitales sociales y económicas, y la asignación de una función social a la propiedad privada, entre otros objetivos”¹⁵

De esta manera se derivaron toda una serie de principios y valores que han definido, delimitado, y le han dado forma y contenido al derecho penal¹⁶. A partir de ese momento el derecho penal y el derecho proceso penal, en conjunto, dejaron de ser estructuras rígidas para convertirse en:

¹⁴ Regímenes totalitarios: España: Francisco Franco (1936-1975); Italia: Benito Mussolini (1922-1943); Alemania: Adolf Hitler (1933-1945). 12 Colombia: Gustavo Rojas Pinilla (1953-1957); Chile: Augusto Pinochet (1973-1990); Argentina: Jorge Videla (1976-1981).

¹⁵ DAZA GONZÁLEZ, Alfonso. La discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal frente a los fines del proceso penal en el estado social y democrático de derecho. Op. Cit. p. 39.

¹⁶ UPRIMNY YEPES, Rodrigo. Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Nuevo Procedimiento Penal. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2004. p. 22-59 [En línea] disponible en: <<https://bit.ly/2NZlniD>>

“Sistemas en permanente movimiento que velan por el respeto de las garantías fundamentales y, al mismo tiempo, con las exigencias de eficiencia que le son inherentes, para de esta manera, alcanzar un nivel de operatividad óptimo con respecto al fenómeno criminal”¹⁷

En estas condiciones, el Código Penal, en su artículo 4º definió las funciones que debe cumplir la pena:

“Prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado; Así mismo, aclaró, que tanto la prevención especial como la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión”¹⁸

En lo relacionado con los fines del proceso penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, hemos señalado que:

¹⁷ DAZA GONZÁLEZ, Alfonso. La discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal frente a los fines del proceso penal en el estado social y democrático de derecho. Op. Cit. p. 35.

¹⁸ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 599 (24 de julio, 2000) Por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial 44.097.

“los fines típicamente liberales del proceso penal en un Estado de Derecho i) la obtención de una decisión sobre la punibilidad del procesado y ii) la protección de los derechos fundamentales del procesado deben añadirse dos fines igualmente importantes, usualmente vinculados a las exigencias del Estado social y democrático de derecho: i) el amparo de los derechos de la víctima y ii) la solución del conflicto social que genera el ilícito o, dicho de otra forma, el restablecimiento de la paz jurídica”¹⁹

De acuerdo con lo señalado, pasaremos entonces a estudiar el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, desde dos fines fundamentales del derecho penal, los de la pena y los del proceso penal, a fin de demostrar que este es contrario a los principios que protegen los Derechos Humanos y el Estado Social y Democrático de Derecho, y más que a una teoría jurídica, a una escuela o corriente del delito, o de un sistema procesal, como el acusatorio, sólo responde a la venganza punitiva, y en tales

¹⁹ DAZA GONZÁLEZ, Alfonso. La discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal frente a los fines del proceso penal en el estado social y democrático de derecho. Op. Cit. p. 43.

condiciones privilegia la retribución, la prevención general negativa, la decisión de la punibilidad y los derechos de la víctima entendida esta en esta ley como el derecho que tienen en la Ley 1098 de 2006 se entiende que el derecho de la víctima es la retribución.

PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con lo anterior, el problema jurídico que se plantea en esta investigación, es el siguiente:

¿Las causales del Artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, mediante las cuales se niegan beneficios y mecanismos sustitutivos a los victimarios mayores de edad, “de delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes”²⁰, cumplen con los fines de la pena y los fines del proceso penal en el Estado Social y Democrático de Derecho?

²⁰ Ley 1098, 2006. Op cit. Art. 199.

OBJETIVOS

Objetivo General

En tales condiciones, el objetivo general de esta investigación es el de determinar sí las causales contenidas en el Artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, mediante las cuales se niegan beneficios y mecanismos sustitutivos a los victimarios mayores de edad, de delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, “delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes”²¹, cumplen con los fines de la pena y los fines del proceso penal en el Estado Social y Democrático de Derecho.

Objetivos Específicos

De acuerdo con lo anterior, los objetivos específicos que se van a desarrollar en esta investigación, son los siguientes:

²¹ Ibid.

- Determinar los antecedentes del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006²².
- Determinar si el artículo 199 de la ley 1098 de 2006 privilegia la retribución de la pena y la prevención general negativa -fines de la pena, así como la decisión de la punibilidad –fin del proceso penal²³.
- Determinar si los numerales cuarto, quinto y sexto del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 cumplen con los fines de la pena de prevención especial y de reinserción social²⁴.
- Determinar si los numerales primero, segundo y octavo del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 cumplen con el fin del proceso penal de proteger los derechos de los procesados²⁵.
- Determinar si los numerales tercero, séptimo y octavo del Art. 199 de la Ley 1098 de 2006 cumplen con el fin del

²² Véase, Capítulo primero. Antecedentes del artículo 199 de la ley 1098 de 2006.

²³ Véase, Capítulo segundo. El artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 frente a la retribución de la pena y la prevención general negativa [fines de la pena] y frente a la decisión de la punibilidad [Fin del proceso penal].

²⁴ Véase, Capítulo tercero. Numerales cuarto, quinto y sexto frente a los fines de la pena de prevención especial y de reinserción social.

²⁵ Véase, Capítulo cuarto. Numerales primero, segundo y octavo frente al fin del proceso penal de proteger los derechos de los procesados.

proceso penal de solucionar el conflicto social que genera el delito²⁶.

– Determinar sí el numeral 8º del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, en lo relacionado con la prohibición de conceder la libertad provisional por vencimiento de términos no atribuible al procesado, vulnera el derecho a la libertad de los procesados²⁷.

TESIS

Frente al problema jurídico planteado, nuestra tesis es que el Artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 no cumple con los fines mencionados, en razón a que tratándose de los fines de la pena, privilegia la prevención general y la retribución justa, con lo cual desconoce, de manera particular, la prevención especial y, de manera general, la reinserción social; y relacionándose con los fines del proceso penal, privilegia la obtención de una decisión sobre la punibilidad del procesado y el amparo de los derechos de la víctima -bajo el prurito de que la

²⁶ Véase, Capítulo quinto. Numerales tercero, séptimo y octavo frente al fin del proceso penal de solucionar el conflicto social que genera el delito

²⁷ Véase, Capítulo sexto. Numeral octavo respecto de la prohibición de conceder la libertad provisional por vencimiento de términos no atribuible al procesado frente al derecho a la libertad de los procesados

retribución es un derecho de la víctima- desconociendo con ello la protección de los derechos fundamentales del procesado y la solución del conflicto social que genera el delito o, dicho de otra forma, el restablecimiento de la paz jurídica²⁸, así:

Causal primera, relacionada con la detención preventiva como regla general, desconoce el fin del proceso penal de proteger los derechos de los procesados, en virtud del cual se busca que esta medida de aseguramiento sea la excepción y no la regla general.

Causal segunda, relacionada con la improcedencia del beneficio de sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención en el lugar de residencia, en virtud del cual se desconoce el fin del proceso penal de proteger los derechos de los procesados, mediante el cual se pretende que, una vez se cumplan los requisitos señalados para el efecto, la

²⁸ ROXIN, Claus. Derecho procesal penal. Buenos Aires: Editores del puerto, 2003. ISBN 9789879120361. p. 2-5. "Considera como meta del procedimiento penal la obtención de una decisión sobre la punibilidad del imputado materialmente correcta, obtenida de conformidad con el ordenamiento jurídico procesal y que restablezca la paz jurídica"

privación de la libertad se realice en el lugar de residencia del procesado²⁹.

Causal tercera, relacionada con la improcedencia de:

“la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad previsto en el artículo 324, numeral 8, de la Ley 906 de 2004 para los casos de reparación integral de los perjuicios, vulnera el fin del proceso penal de solucionar el conflicto social generado por el delito”³⁰

Causal cuarta, relacionada con la improcedencia del subrogado penal de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena.

Causal quinta, relacionada con la improcedencia del subrogado penal de Libertad Condicional.

Causal sexta, relacionada con la improcedencia del beneficio de sustitución de la ejecución de la pena,

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid.

desconocen la reforma y la readaptación social; desconocen los fines de la pena de prevención especial y de reinserción social.

Causal séptima, relacionada con la improcedencia de las rebajas de pena con base en los "*preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado*", desconoce el fin del proceso penal de solucionar el conflicto social que genera el delito.³¹

Causal octava, relacionada con la improcedencia de beneficios o subrogados judicial o administrativo, relacionada con la prohibición de conceder rebajas de penas por aceptación de cargos, desconoce el fin del proceso penal de proteger los derechos de los procesados.

Causal novena, relacionada con la prohibición de conceder la libertad provisional por vencimiento de términos no atribuible al procesado, vulnera el fin del proceso penal de proteger los derechos de los procesados.

³¹ Ibid.

MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

Se trata de una investigación básica jurídica porque su objeto de análisis es la norma jurídica, la jurisprudencia y la doctrina en lo relacionado con el Artículo 199 - Beneficios y mecanismos sustitutivos- de la Ley de la Infancia y de la Adolescencia frente a los fines de la pena y del proceso penal en el Estado social y Democrático de Derecho.

CAPÍTULO PRIMERO
ANTECEDENTES DEL ARTÍCULO 199 DE LA LEY 1098
DE 2006

JOSÉ DANIEL RODRÍGUEZ JIMÉNEZ

PRESENTACIÓN

La evolución y estado del arte de este artículo que hace una clara referencia a los subrogados penales y su desarrollo condicionado a ocho reglas que fijan límites a la justicia premial en un ordenamiento jurídico penal, que pretende contener las situaciones dramáticas y punibles donde la víctima es un menor de edad. Algunos estudiosos señalan que estas conductas punibles y delitos contra la integridad de los niños, niñas y adolescentes es producto de una normatividad penal con un desarrollo procesal para adultos, que se sustenta sobre una justicia premial; y donde el Código del menor se hace obsoleto y

no es vinculante con la Convención Internacional de los Derechos del niño, y otros instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

La expedición de la Ley 1098 de 2006, Código de infancia y Adolescencia, contempla en su artículo 199, “la eliminación de los beneficios penales y subrogados, para los delitos sexuales cometidos en menores de edad”, tiene una evolución en el Legislativo que se expone a continuación de forma sucinta, como sigue:

En el año 2004 se presentó el proyecto de ley 032, como una propuesta para reformar el Código del Menor, donde se reconoce el interés superior de los niños y las niñas, la prevalencia de sus derechos y la titularidad de los mismos. Este proyecto en la Comisión Primera del Senado tuvo ponencia favorable en su primer debate, pero luego fue retirado por sus ponentes por considerar que en la legislatura no tendría suficiente tiempo para su trámite como ley estatutaria. En el año 2005 se vuelve a presentar el proyecto de ley que fue radicado con el número 085 en la Cámara de Representantes el día 17 de agosto de 2005. Para el 8 de noviembre de 2006, se

promulga la Ley 1098 de 2006, que se denominó como Código de la Infancia y la adolescencia, que a su vez deroga el Decreto 2737 de 1989 o Código del menor³².

Los cambios en la legislación del menor están dados por cambios en las políticas para la infancia y la niñez, donde el Estado debe hacer vinculante los tratados y convenios internacionales sobre Derechos Humanos de la niñez, la doctrina internacional, la Convención sobre los derechos de la niñez y la protección integral de los menores dentro de la esfera internacional y el bloque de constitucionalidad incorporado en el ordenamiento constitucional colombiano²⁵, donde la protección y promoción de los menores de edad se convierten en pilares de la democracia y el desarrollo del país.

El imaginario social que en relación con a los delitos que se comenten contra los menores desde la perspectiva penal, que se tenía antes de la ley 1098 de 2006, era que:

³² CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 2737 (27 de noviembre, 1989). "Derogado por el art. 217, Ley 1098 de 2006 a excepción de los artículos 320 a 325 y los relativos al juicio especial de alimentos" Diario Oficial 39.080; En: PARRA C., Amanda. Responsabilidad penal de los menores de edad, pedagogía socio jurídica de prevención e las conductas infractoras. Bogotá: Leyer, 2016.

“Las personas podían cometer delitos contra la niñez, pero dado el manejo de los mecanismos de alternatividad penal, podían confesar, acogerse a sentencia anticipada y allanarse a los cargos y negociar y eso les rebajaba tiempo de penas”³³

En ese orden, la norma penal perdía su efecto persuasivo para ser una herramienta más de negociación³⁴.

El artículo 199 incorporado en el Código de Infancia y Adolescencia tiene como objeto incluir unas sanciones³⁵ más severas que frenen y lleven un mensaje drástico a quienes cometan conductas punitivas contra menores de edad, es así como se prohíben los beneficios punitivos que el Código de Procedimiento Penal tiene establecidos dentro de la justicia premial.

“Este artículo significa que cuando un niño, niña o adolescente menor de 18 años sea víctima de un

³³ Ley 1098, 2006. Op cit.

³⁴ UNICEF. Código de la Infancia y la adolescencia, versión comentada, Bogotá, UNICEF, 2007.

³⁵ PARRA C., Amanda. Op cit. 2016. p. 73.

delito, sus agresores no podrán beneficiarse con ningún subrogado penal y no podrán negociar el castigo. Así confiesen, se allanen o pretendan negociar, no tendrán los beneficios mencionados. Esta decisión implica cambiar el imaginario social y dejar claro que quien cometa los delitos definidos contra niños, niñas y adolescentes no podrá luego negociar con la justicia una rebaja de penas por confesión o solicitar prisión domiciliaria, beneficios que se proscribieron en esta ley"³⁶

El paso a paso de la evolución normativa sobre la eliminación de los beneficios penales y subrogados, para los delitos sexuales cometidos en menores de edad, se da de la siguiente manera, en su orden respectivo:

1.1. GACETA CONGRESO 0478/2005

En la gaceta del Congreso 478, del tres de agosto del 2005, mediante el proyecto de Ley 032 de 2005 Cámara, por medio de la cual se eliminan los beneficios penales y

³⁶ Ibid. p. 73.

subrogados, para los delitos sexuales cometidos en menores de edad. (Primer debate)

Durante el primer debate en la Comisión Primera Constitucional de la Cámara de Representantes los ponentes rindieron informe favorable al Proyecto, pero presentaron un pliego de modificaciones sobre varios aspectos, algunos de carácter sustantivo, otros de carácter técnico. Las principales sugerencias fueron:

- Insertar el texto del proyecto como parte del Código de Procedimiento Penal;
- Excluir también de los subrogados y beneficios penales, judiciales y administrativos, a los autores de otros delitos distintos a los delitos sexuales, cuando sean cometidos contra menores de edad. Así, se propuso excluir también los delitos contra la vida y la integridad física bajo modalidad dolosa y el secuestro;
- Señalar de manera específica y puntual cuáles subrogados penales y beneficios judiciales y administrativos quedan cobijados con la referida exclusión;

– Hacer la correspondiente concordancia con la legislación procesal que mantiene una vigencia transitoria hasta tanto cobre plena vigencia la Ley 906 de 2004 (Sistema Acusatorio).

1.2. GACETA CONGRESO 085/2005

Es en la gaceta 085 de 2005, Cámara (23-08-2005), se presentó el proyecto de Ley Estatutaria para la infancia y la adolescencia; que en los siguientes artículos se manifiesta el interés del legislador por hacer énfasis en la tipología del delito, como se señalan en los siguientes artículos:

... art. 204. "Delito de maltrato infantil; art. 206 criterios para el desarrollo del proceso judicial de delitos en los cuales son víctimas los niños, niñas y adolescentes, así en el numeral 6; expresa (...) se abstendrá de aplicar el principio de oportunidad y la condena de ejecución condicional cuando los niños, niñas y adolescentes sean víctimas del delito; en el numeral 11; consagra (...) se abstendrá de decretar la detención domiciliaria, en los casos en que el imputado es miembro del grupo

familiar del niño, niña o adolescente víctima del delito; art. 213; Beneficios y subrogados penales (...) no se podrán conceder beneficios o subrogados penales a los adultos que incurran en delitos no culposos realizados contra personas menores de 18 años”³⁷

1.3. GACETA CONGRESO 0551/2005

En la gaceta del Congreso 551 del 23 de agosto de 2005, en su página 31, expresa:

...“el hecho de contar con una legislación que contemple sanciones para quienes ejerzan castigos corporales o maltrato infantil por sí misma no soluciona la deuda que el país tiene con los niños y las niñas que son víctimas de los vejámenes más atroces, lo que hace necesario promover normas persuasivas que

³⁷ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Proyecto de Ley Estatutaria 085 (15 de diciembre, 2005) por la cual se expide la ley para la infancia y la adolescencia. [En línea] disponible en: <<https://goo.gl/5h7YUv>>

impongan sanciones severas contra los adultos que los maltraten y que cometan delitos contra ellos y ellas”³⁸.

De acuerdo con el texto que se consagro en la Ley 1098 de 2006, en su artículo 199, se encuentran diferentes documentos jurídicos que sirven de soporte jurídico para el estudio de los subrogados penales y las reglas que establecen límites e incluso prohibiciones cuando en el proceso es afectado un menor de edad, aun cuando el ordenamiento jurídico penal se otorgan beneficios y/o subrogados dentro de un contexto de una justicia premial.

Comparativamente con el Derecho Penal, están definidos por un lado los elementos en materia sustancial y por el otro los correspondientes a la materia procesal, por decirlo figurativamente para actores con una mayoría de edad. Mientras que en el Derecho especial para los niños, niñas y adolescentes se establece todo un contexto en materia sustancial, pero en la parte en

³⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia SP5197-2014, Radicación 41157. (30 de abril, 2014) [MP. Fernando Alberto Castro Caballero]

materia procesal se deja a la interpretación procesal del Código Penal, solo que no se imponen penas sino sanciones a los menores y mediante ocho reglas se limitan todos los subrogados de la justicia penal, o mejor establecidos en la Ley 599 del 2000.

La Ley 1098 de 2006, denominado “Código de Infancia y Adolescencia”, deroga el Código del Menor creado con el Decreto 2737 de 1989 y hace un reconocimiento del interés superior de los niños, niñas, así como la prevalencia de sus derechos y la titularidad de los mismos. Es en el año 2004 mediante el proyecto de Ley 032, que se da inicio a la reforma del Código del menor, aunque paso en primer debate en la comisión primera del Senado, es retirado por no contar con el tiempo para los debates restantes. En el año 2005 se presenta el proyecto de Ley 085 en la Cámara de Representantes; y para el 2006 se expide la Ley 1098 de 2006.

En el Código de Infancia se da gran relevancia a los instrumentos jurídicos internacionales que ingresan al bloque de Constitucionalidad y que mediante la expedición de leyes son ratificados por el gobierno

colombiano. Se da preferencia a la Convención sobre los derechos de la niñez y la protección integral de menores, por citar uno de los tratados y convenios internacionales.

Para hacer una referencia en la evolución de la norma que se expide para los niños, niñas y adolescentes, se citan las publicaciones del diario oficial, como sigue: Gaceta del Congreso 0478 del 2005, proyecto de Ley 032 del 2005 Cámara, por medio de la cual se eliminan los beneficios penales y subrogados, para los delitos sexuales cometidos contra los menores. Gaceta No. 085 del 2005, proyecto de Ley Estatutaria para la infancia y la adolescencia, Cámara 23/08/2005, específicamente se trata sobre la tipología del delito, como: maltrato infantil, y señala puntualmente: ... no se podrán conceder beneficios o subrogados penales a los adultos que incurran en delitos no culposos realizados contra menores.

1.4. PROYECTOS DE LEY EN LA CÁMARA DE REPRESENTANTES: 085 Y 096 DE 2005

El 31 de octubre de 2005, se presenta la ponencia para primer debate al proyecto de Ley 085 de 2005³⁹; dos proyectos de ley de origen diverso que comparten el mismo objeto fueron acumulados⁴⁰.

El primero, proyecto de Ley 085/2005 fue presentado por el Procurador General de la Nación y Defensor del Pueblo, y un grupo de congresistas, proyecto de Ley que fue enunciado como un proyecto de Código.

El segundo, proyecto de Ley 096 de 2005, Cámara, presentado por el Representante a la Cámara Mariano Paz Ospina, del Valle del Cauca, que propendía por derogar el Código del Menor de esa época (Decreto 2737 de 1989).

La Corte Constitucional manifestó que ambos proyectos se tratan de una ley dotada de status privilegiado de rango superior a las demás leyes, que complementan el texto consagrado en la Constitución; la Corte expresa

³⁹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Proyecto de ley 096. (23 de agosto, 2005) Cámara 096. "por la cual se expide la Ley de la Infancia y la Adolescencia, por la cual se expide el Código de la niñez y la juventud, que subroga el Decreto 2737 de 1989, Código del Menor" [En línea] disponible en: <<https://goo.gl/bwrQMf>>

⁴⁰ Proyecto de Ley Estatutaria 085, 2005. Op. cit.; proyecto de Ley 096, 2005, Op cit.

que los proyectos de ley cumplen el requerimiento de Ley estatutaria porque se refiere a derechos fundamentales de los niños y sus mecanismos de protección, y contienen una materia referida a los derechos tutelables.

También se consideran que los mecanismos de protección de los niños y adolescentes contenidos en ambos proyectos de ley, encuadran en materia sustancial con el desarrollo del artículo 89 de la Constitución, que se refiere a los recursos, las acciones y los procedimientos necesarios para propugnar por la integridad del orden jurídico, y por la protección de sus derechos individuales.

Dentro del contenido estudiado por la Corte, en su numeral 7.102, expresa, el artículo 213 es reenumerado y queda como artículo 209, cuyo título es: Beneficios y subrogados penales:

(...) “cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa cometidos contra menores de edad niños, niñas y adolescentes,

por delitos contra la libertad, integridad, formación sexual y secuestro, se aplicaran las siguientes reglas⁴¹:

“1) Si hubiere mérito para proferir medida de aseguramiento en los del artículo 306 del Código de Procedimiento Penal, esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión. No serán aplicables en estos delitos las medidas no privativas de la libertad prevista en los artículos 307, literal b), y 315 del Código de Procedimiento Penal;

2) No se otorgará el beneficio de sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención en el lugar de residencia, previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 314 del Código de Procedimiento Penal;

3) No procederá la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad previsto en el artículo 324, numeral 8, del Código de Procedimiento Penal para los casos de reparación integral de los perjuicios;

⁴¹ Ibid.

- 4) No procederá el subrogado penal de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, contemplado en el artículo 63 del Código Penal;
- 5) No procederá el subrogado penal de Libertad Condicional, previsto en el artículo 64 del Código Penal;
- 6) En ningún caso el juez de ejecución de penas concederá el beneficio de sustitución de la ejecución de la pena, previsto en el artículo 461 del Código de Procedimiento Penal;
- 7) No procederán las rebajas de pena con base en los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado, previstos en los artículos 348 a 351 del Código de Procedimiento Penal;
- 8) Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva"⁴²

⁴² Proyecto de Ley Estatutaria 085, 2005. Op. Cit.

La presentación del proyecto de Ley 096 del 2005, Cámara, por medio de la cual se expide la “Ley de infancia y la adolescencia”, que fue denominado como Código de la niñez y la juventud, que además subroga el Código del Menor que estaba vigente desde el año 1989.

Dos eventos suceden para lograr la expedición de esta Ley, el primero 085 del 2005 fue presentado por dos entidades del ministerio público como proyecto de Código, el segundo 096 del 2005 presentado en la Cámara, busco derogar el viejo Código del Menor que estaba vigente desde el año 1989.

Se les da la connotación de una ley de rango superior sobre las demás leyes, donde los derechos de los menores tienen una preferencia y prevalencia únicos, con una referencia de derechos tutelables.

Con relación a los beneficios y subrogados penales es reiterativo en consagrar: “cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo la modalidad de dolosa, por delitos contra la libertad, la integridad, la

formación sexual y el secuestro" se deberán aplicar ocho reglas, que en otras palabras es la prohibición de aplicar cualquier beneficio penal o subrogado penal a favor del inculpado, esto hace que esta Ley de infancia y adolescencia sea especial sobre el ordenamiento penal colombiano; no importa lo que el sentenciado realice en el cumplimiento de la pena, no tendrá ningún beneficio, es decir que los fines de la pena quedan restringidos en esta norma, sólo si este interno carcelario quiere realizar actividades laborales o educativas, e incluso un buen comportamiento, lo hará como una forma de superación personal que no es tenida en cuenta para la disminución de la pena impuesta.

1.5. GACETA CONGRESO 0826/2005

En la gaceta del Congreso 826, del 22 de noviembre del 2005, mediante el proyecto de Ley 032 de 2005 Cámara.

Se aprueba en el segundo debate el siguiente texto:
Artículo 1º. Adiciónese la Ley 906 de 2004 con un artículo nuevo que será codificado como artículo 137 A, con el siguiente tenor:

(...) “Víctimas menores de edad. Cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa cometidos sobre menores de edad, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales cometidos contra menores de edad, secuestro de menores de edad”⁴³, se aplicarán las siguientes reglas:

“Si hubiere mérito para proferir medida de aseguramiento en los del artículo 306 del presente código, esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión. No serán aplicables en estos delitos las medidas no privativas de la libertad previstas en los artículos 307, literal B, y 315 de este Código; no se otorgará el beneficio de sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención en el lugar de residencia, previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 314 de este Código; no procederá la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad previsto en el artículo 324, numeral 8, de este Código para los casos

⁴³ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 906 (31 de agosto, 2004) Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial 45.657.

de reparación integral de los perjuicios; no procederá el subrogado penal de suspensión condicional de la ejecución de la pena, contemplado en el artículo 63 del Código Penal; no procederá el subrogado penal de libertad condicional, previsto en el artículo 64 del Código Penal; en ningún caso el juez de ejecución de penas concederá el beneficio de sustitución de la ejecución de la pena, previsto en el artículo 461 de este Código; no procederán las rebajas de pena con base en los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado, previstos en los artículos 348 a 351 de este Código; Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva"⁴⁴

Con el proyecto de ley 032 del 2005 se adiciona un artículo nuevo a la ley 906 del 2004, hace una referencia específica cuando la víctima es un menor de edad, así:

⁴⁴ Ibid.

los delitos por homicidio o lesiones personales bajo la modalidad dolosa contra los menores de edad, como los delitos contra la libertad, la integridad y la formación sexual, así como el secuestro.

Siempre la detención se hará en un establecimiento de reclusión. No hay beneficio de sustitución de la detención preventiva, no hay extinción de la acción penal de que trata el principio de oportunidad, no habrá libertad condicional en la ejecución de la pena.

Reitera que no existirá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo de que trata el Código Penal.

1.6. GACETA CONGRESO 0104/2006

En la gaceta del Congreso 104, del 09 de junio de 2006, mediante el proyecto de Ley 214 de 2005 Senado, y 32 de 2005 Cámara⁴⁵. Señalan los autores que los sindicados, imputados, acusados y condenados por delitos sexuales

⁴⁵ "por la cual se eliminan los beneficios penales y mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, para los delitos contra la vida, la integridad física, la libertad personal y los delitos sexuales, cometidos contra menores de edad"

contra menores no deberán gozar de los siguientes derechos:

“Rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión; subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad consistentes en condena de ejecución condicional, suspensión condicional de ejecución de pena, o libertad condicional; los beneficios procesales de prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; se exceptúan de esta exclusión los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta colaboración resulte efectiva”⁴⁶

Señalan los congresistas, que la vigencia actual de normas permisivas autoriza el otorgamiento de beneficios y subrogados penales a los autores de tan graves delitos, especialmente a ciertos delitos sexuales contra menores, los cuales reciben un tratamiento penal y procesal excesivamente benigno que en la práctica hace nugatorio el des-estímulo punitivo a tales conductas. Un

⁴⁶ Ley 906, 2004. Op. cit.

ejemplo de ello es el delito de *Estímulo a la prostitución de menores*, cuya pena de seis (6) a ocho (8) años puede quedar hoy reducida a dos (2) años de prisión efectiva. La necesidad de hacer más severo el tratamiento punitivo a quienes atentan contra los derechos fundamentales de los niños y niñas, y adolescentes de nuestro país se hace necesario replantear la legislación colombiana. Infortunadamente nuestra legislación se ha vuelto permisiva, como consecuencia de una serie interminable de beneficios, rebajas, subrogados, sustitutos de la pena.

1.7. GACETA CONGRESO 362/2006

En la gaceta del Congreso 362, del 12 de septiembre del 2006, mediante el proyecto de Ley 214 de 2005 Senado⁴⁷. Como sigue:

Art.1º. Adiciónese a la Ley 906 de 2004 con un artículo nuevo que será codificado como artículo 137 A, con el siguiente tenor: *Art. 137 A. Víctimas menores de edad.*

⁴⁷ "Texto aprobado por la Comisión Primera por la cual se eliminan los beneficios penales y mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, para los delitos contra la vida, la integridad física, la libertad personal y los delitos sexuales, cometidos contra menores de edad"

“Cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa cometidos sobre menores de edad, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales cometidos contra menores de edad, el delito de secuestro de menores de edad”, o el delito de trata de personas cuando la víctima sea menor de edad se aplicarán las siguientes reglas:

“Cuando, en los supuestos de los artículos 306 y 308 del Presente Código, hubiere mérito para proferir medida de aseguramiento, esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión. No serán aplicables en estos delitos las medidas no privativas de la libertad previstas en los artículos 307, literal b) y 315 de este Código; no se otorgará el beneficio de sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención en el lugar de residencia, para los casos previstos en los numerales 1 y 2 del artículo 314 de este Código; no procederá la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad previsto en el artículo 324, numeral 8, de este Código para los casos de reparación integral de los perjuicios; no procederá

la suspensión condicional de la ejecución de la pena, contemplado como mecanismo sustitutivo de la pena privativa de libertad, en el artículo 63 del Código Penal; no procederá la libertad condicional, previsto como mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, en el artículo 64 del Código Penal; en ningún caso el juez de ejecución de penas concederá el beneficio de sustitución de la ejecución de la pena, previsto en el artículo 461 de este Código; no procederán las rebajas de pena con base en los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado, previstos en los artículos 348 a 351 de este Código; tampoco procederá ningún otro beneficio judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva"⁴⁸

Para finalizar, en este mismo sentido, como lo consagra el Código de Infancia y adolescencia en su artículo 199 "Beneficios y mecanismos sustitutivos" que señala ocho (8) reglas que limitan drásticamente los beneficios a los

⁴⁸ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Gaceta del congreso 362. (19 de septiembre, 2006). Informe de ponencia segundo debate proyecto de ley 214 de 2005 senado.

procesados por conductas y delitos cometidos contra menores; posterior a esta Ley 1098 del 2006, se profirieron las siguientes

Normas que se relacionan con la temática citada anteriormente, estas son:

a) Ley 1236 de 2008, “que modifica artículos del Código Penal referidos a delitos de abuso sexual”⁴⁹

b) Ley 1257 de 2008, “sobre normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, también reforma el Código Penal, Código de Procedimiento Penal”⁵⁰, y

c) Ley 294 de 1996 “que desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política, dicta normas para prevenir,

⁴⁹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1236 (23 de julio, 2008). Por medio del cual se modifican algunos artículos del Código Penal relativos a delitos de abuso sexual “artículos 205 al 211, 213 al 214 y 216 al 219A, relacionados con los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales”. Diario Oficial 47.059

⁵⁰ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1257 (4 de diciembre de 2008) Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 47.193

remediar y sancionar la violencia intrafamiliar”⁵¹. Por último,

d) Ley 1329 de 2009, que trata cuatro temas específicos: La modificación del Código Penal, el Estatuto para prevenir y contrarrestar la explotación, la porno; medidas de protección, prevención de violencia, maltrato y abuso sexual contra los menores. Modifica el título IV del Código Penal Colombiano, referente a delitos contra la libertad, integridad y formación sexual. Introduce 2 tipos penales nuevos denominados:

“Proxenetismo con menor de edad y demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad. Aumenta la pena en el delito de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años”⁵²

Estas leyes mencionadas establecieron penas superiores a las fijadas en el Código Penal para punibles contra menores de 14 años. Está en la Ley 1236 de 2008

⁵¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 294 (16 de julio de 1996). Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar. Diario Oficial 42.836

⁵² PARRA C., Amanda. Op. cit., 2016.

establecer la agravación punitiva de las conductas ya tipificadas en el ordenamiento penal, se hace énfasis en aumentar las penas cuando las víctimas son menores de edad. Que en otras palabras respaldan lo expresado en el Código de Infancia y Adolescencia del 2006⁵³.

Como lo manifiesta la Corte Suprema de Justicia, el aumentar las penas tiene por finalidad dar alcance a los mandatos constitucionales que promueven por la protección de la niñez y del menor, sobre todo la disposición de un tratamiento garantístico para esta población de infantes y menores de edad.⁵⁴

La Corte Constitucional hizo el siguiente pronunciamiento, con referencia al fallo 30 de mayo de 2012 (Rad. 37668), que justifica la existencia del artículo 199, y donde el actor que comete el delito es el padrastro de la menor víctima, en forma sucinta:

(...) “La permisión de la libertad frente a las conductas punibles establecidas en el artículo 199 de la Ley 1098

⁵³ Ibid.

⁵⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Gaceta del Congreso 243 (25 de julio, 2006). Proyecto de ley 08 de 2006 senado.

de 2006 pone en riesgo la integridad física y mental de los menores, distanciándose del deber que asiste a los funcionarios judiciales de adoptar medidas en aras de su protección y seguridad. Con mayor razón en este caso porque se posibilitaría el retorno del sindicado al entorno familiar, pues no debe olvidarse que se trata del padrastro de las menores, quien puede tomar retaliaciones en su contra; la prohibición permite enviar un mensaje contundente a la sociedad, a la familia y al Estado de que la vida, la dignidad y la integridad de los niños, niñas y adolescentes son bienes, como ya se dijo, de superior y mayor jerarquía que deben ser tutelados con especial consideración y en el sentido de que las violencias de género no son delitos de bajo impacto, sino, por el contrario, delitos de altísimo impacto pues atentan contra la posibilidad de construir un proyecto democrático de convivencia, de inclusión y de ejercicio real de los derechos de nuestra infancia y adolescencia; la prohibición de conceder el beneficio de libertad, además, se acompasa con instrumentos internacionales suscritos por el Estado colombiano en esta materia, a partir de los cuales surge imperativo la protección especial que se debe

brindar a los menores, especialmente cuando son víctimas de delitos; está a tono con el preámbulo, así como con los artículos 1, 2 y 13 de la Constitución Política, pues resquebrajaría la efectividad de los derechos de los menores y rompe la función otorgada a las autoridades de no proteger adecuadamente sus derechos y libertades. Adicionalmente, tiene en cuenta que por ser las víctimas personas menores de edad, requieren un análisis sobre la igualdad material; según el artículo 13 de la Constitución Política, protegerlas de forma especial, atendiendo sus condiciones de inferioridad”⁵⁵

De la adición de un artículo nuevo “Artículo 137 A” al Código de procedimiento Penal.

En este artículo como puede apreciarse en el texto conciliado, y de conformidad con el siguiente tenor, consagró: ... “Cuando se trate de menores de edad que hayan sido víctimas de homicidio o lesiones personales,

⁵⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Sala de Decisión de Tutelas. Número de proceso T84957, providencia STP6017-2016. (junio 11 de 2016) [MP. José Francisco Acuña Vizcaya]

delitos contra la libertad, la integridad, la formación sexual, y el secuestro", la medida que el operador judicial dicte, siempre consistirá en detención en un establecimiento de reclusión, recordando que con el Código de Infancia y la adolescencia se prohíben los beneficios y subrogados penales de que habla la Ley 599 del 2000 y sus norma reglamentarias. Además, reitera que en la acción penal no procederá la extinción como está previsto en el principio de oportunidad de que trata el Código de Procedimiento penal en el artículo 322 ss., en lo referente a la colaboración que el procesado pueda hacer, esta tampoco tiene ningún beneficio judicial o administrativo. Para algunos juristas la Ley 1098 del 2006 es contraria a los fines de la pena establecidos en el ordenamiento penal, pero para otros es necesario proteger y enviar un mensaje a la sociedad que los niños, niñas y adolescentes al tenor del derecho penal interno y del derecho internacional humanitario tienen un principio prevalente y preferente sobre las normas del derecho interno donde se ha legislado para estos delitos que afectan a los menores de edad.

De los elementos jurídicos estudiados por la Corte Suprema de Justicia

La Corte Suprema de Justicia ha realizado los siguientes pronunciamientos dentro de la Providencia STP6017-2016 Tutela, Tribunal Superior Sala Penal de Popayán, del 11 de junio de 2016, como sigue:

Fuente Formal: Ley 1453 de 2011. (art. 49); Ley 1098 de 2006. (art. 199); Código Penal (art. 175, 194; Ley 1760 de 2015; Código de Procedimiento Penal (art. 175); Ley 906 de 2004 (art. 295, art. 317 núm. 4 y 351); Constitución Política de Colombia (art. 1, 2, 13, 29 y 63); Ley 1709 de 2014 (art. 64); Código de la Infancia y la Adolescencia (art. 103); Ley 1121 de 2006 (art. 26 núm. 8); Ley 137 de 1994 (art. 7).

Problema Jurídico: ¿Existe una prohibición legal para que los jueces de control de garantías reconozcan a los procesados por delitos sexuales contra menores de edad, cobijados con medida de detención preventiva, la libertad provisional por vencimiento de términos

estipulada en el numeral 4º del artículo 317 del Código de Procedimiento Penal?

Procedimiento penal:

Sistema penal acusatorio -Delitos de homicidio y lesiones personales dolosos y delitos sexuales o de secuestro contra menores de edad -Libertad por vencimiento de términos: prohibición legal y suprallegal -Línea jurisprudencial

(...) “El precepto destacado en el artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia, señala el inequívoco interés del legislador en que, a la persona imputada, acusada o condenada por esos delitos, que arrojen como víctimas a infantes y adolescentes, no se les otorgue ningún tipo de beneficio, rebaja o prebenda legal, judicial o administrativa, con la sola excepción, porque expresamente se dejó sentada ella, de los beneficios por colaboración eficaz; el querer del legislador, en el punto de las medidas de aseguramiento a imponer y su imposibilidad de sustitución; el desarrollo de la misma,

(...) con limitaciones respecto del principio de oportunidad y las formas de terminación anticipada del proceso; el contenido del fallo, restringiendo la posibilidad de conceder subrogados; y la fase ejecutiva de la pena, impidiendo la libertad condicional o la sustitución de la sanción"⁵⁶

Del pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en la jurisprudencia STP6017-2016

En esta Tutela que proviene del Tribunal Superior Sala Penal de Popayán, del 11 de junio de 2016, donde se le plantea el problema jurídico, si existe una prohibición legal para que los jueces de garantías puedan ser cobijados con media de detención preventiva o de libertad por vencimiento de términos; la Corte reitera que es el Código de Infancia y la adolescencia, que en su artículo 199 que las medidas de aseguramiento solo se realizaran en un centro de reclusión, sin que existan aspectos limitantes respecto al principio de oportunidad.

⁵⁶ Ibid.

A manera de colofón la Ley 1098 de 2006 se aparta de la justicia penal premiada y por decirlo también de los fines de la pena de que habla el ordenamiento penal; pero un interno de una prisión si podrá superarse de forma personal con trabajo y educación sin que esto le otorgue algún beneficio, solo desde la perspectiva de lograr una reincorporación más acorde a las dinámicas de la sociedad productiva.

Esta tesis fue reiterada, el 10 de octubre de 2011, rad. 37616, mediante una decisión de igual naturaleza:

... “cuando se trate de delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales o secuestro cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las distintas exclusiones de beneficios excarcelatorios contemplados en el Código de la Infancia y la Adolescencia contenido en la Ley 1098 de 2006, bajo el entendido que el precepto 199 también comprende las concernientes a la libertad provisional, que en virtud de la prevalencia de los derechos de los

menores consagrados en el art. 44 de la Constitución Política"⁵⁷

De la Prohibición Supralegal que se establece en la Ley 1098 de 2006.

Los intereses prevalentes de los menores de edad están en primer orden.

(...) "en las actuaciones en donde se vea involucrado un menor, bien como acusado o como víctima, es necesario brindarle una protección especial. Y precisamente cuando sean sujetos pasivos de conductas punibles sexuales, ello se traduce, como también lo resalta la Corte Constitucional; la prohibición extendida a la libertad provisional obedece a una interpretación del numeral 8° del artículo 199 de la norma en cuestión al advertir que Tampoco procederá ningún otro beneficio y fruto de una hermenéutica sistemática del precepto para los asuntos regidos por la Ley 906 de 2004, en tanto sí fue contemplada para los tramitados por la Ley 600 de

⁵⁷ Ibid.

2000, como se señala en su párrafo transitorio; el catálogo de garantías a través del cual la Constitución, y los instrumentos internacionales establecen normas tendientes a materializar el interés superior del menor, constituyen un parámetro obligatorio de interpretación que debe ser atendido por las autoridades públicas, tanto administrativas como judiciales, al momento de resolver las controversias suscitadas a propósito del enfrentamiento de derechos. Ello significa que cuando se presente una tensión entre la protección de los niños y cualquier derecho de otra índole, deberá prevalecer la primera en aplicación del principio *pro infans*"⁵⁸

Para dar por acabado, los niños, niñas y adolescentes tienen la calidad de sujetos de especial protección, de conformidad con los postulados de la Constitución y los instrumentos jurídicos internacionales que fueron incorporados dentro del bloque de Constitucionalidad y mediante una ley fueron ratificados e incorporados al derecho interno. La Constitución Política (1991) en su artículo 44 consagra la obligación de la familia, la sociedad y el Estado, la de asistir y proteger al niño para

⁵⁸ Ibid.

garantizar su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos.

CAPÍTULO SEGUNDO
EL ARTÍCULO 199 DE LA LEY 1098 DE 2006 FRENTE A
LA RETRIBUCIÓN DE LA PENA Y LA PREVENCIÓN
GENERAL NEGATIVA [Fines de la pena] Y FRENTE A
LA DECISIÓN DE LA PUNIBILIDAD [Fin del proceso
penal]

ALFONSO DAZA GONZÁLEZ

INTRODUCCIÓN

En este capítulo nos corresponde, de una manera general, hacer referencia a los fines de la pena y a los fines del proceso penal, a fin de demostrar que este artículo es contrario a los principios que protegen los Derechos Humanos y el Estado Social y Democrático de Derecho, y más que a una teoría jurídica, a una escuela o corriente del delito o de un sistema procesal, como el acusatorio, responde a la venganza punitiva, y en tales condiciones privilegia la retribución, la prevención

general negativa, la decisión de la punibilidad y los derechos de la víctima, entendidos estos como el derecho que tienen a reclamar la retribución en perjuicio del victimario.

2.1. ACERCA DE LOS FINES DE LA PENA

Sobre el sentido de la pena estatal, el profesor Claus Roxin, ha señalado que la pregunta que se plantea sobre ella es nueva, en todas las épocas. En efecto, señala que:

“no se trata en primer término de un problema teórico ni por tanto de reflexiones como las que suelen hacer en otros campos sobre el sentido de esta o aquella manifestación de la vida sino de un tema de acuciante práctica: ¿Cómo y bajo qué presupuestos puede justificarse que el grupo de hombres asociados en el Estado prive de libertad, a alguno de sus miembros o intervenga de otro modo, conformando su vida, en su existencia social? Al respecto indica que hasta hoy no se han propuesto más que tres soluciones a esa pregunta, como son: la teoría de la retribución, la

teoría de prevención especial y la teoría de la prevención general⁵⁹, así:

Frente a la retribución de la pena, señaló:

“La primera respuesta la da la llamada *teoría de la retribución*. Para ella el sentido de la pena estriba en que la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición de un mal penal. La justificación de tal procedimiento no se desprende para esta teoría de cualesquiera fines a alcanzar con la pena, sino sólo de la realización de una idea: la justicia. La pena, pues, no sirve para nada, sino que lleva su fin en sí misma. Tiene que ser, porque tiene que imperar la justicia”⁶⁰

Cita a Kant, y de él señala que, al referirse a la retribución, ha sido más expresivo:

“Incluso aunque la sociedad civil con todos sus miembros acordara disolverse (ej. El pueblo que vive en

⁵⁹ ROXIN, Claus. Problemas Básicos Del Derecho Penal. Madrid: Reus, 1976. ISBN 9788429012439. p. 11.

⁶⁰ Ibid. p.12.

una isla decidiera separarse y dispersarse por todo el mundo), tendría que ser ejecutado antes el último asesino que se hallara en la cárcel, para que cada uno sufra lo que sus hechos merecen, y para que no pese la culpa de la sangre sobre el pueblo que no ha insistido en su castigo”⁶¹

De Hegel, sobre su conocida fórmula dialéctica, de quien indica que:

“la pena es una negación de la negación del Derecho tal como ha surtido efecto históricamente significa exactamente lo mismo: *El delito es aniquilado, negado, expiado por el sufrimiento de la pena, que de ese modo restablece el Derecho lesionado. Asimismo, la teología cristiana de ambas confesiones sustenta predominantemente, hoy como ayer, este punto de vista, considerando la realización de la justicia como mandato de Dios, y la pena como ejecución de la función judicial divina*”⁶²

⁶¹ Ibid.

⁶² Ibid. p.15.

Acerca de la teoría de la prevención especial, precisa que con esta teoría no se pretende retribuir el hecho pasado, sino que ve la justificación de la pena en que debe prevenir nuevos delitos del autor. Al respecto señala:

“Ello puede ocurrir de tres maneras: corrigiendo al corregible, esto es lo que hoy llamamos resocialización; intimidando al que por lo menos todavía es intimidable; y finalmente, haciendo inofensivo mediante la pena de privación de libertad a los que ni son corregibles ni intimidables”⁴⁷

Señala que esta teoría

“en su forma moderna, procede de la época de la Ilustración; retrocedió en el siglo XIX, por las causas mencionadas al principio, ante la teoría de la retribución, pero hacía finales de aquél resurgió con fuerza gracias al penalista Franz V. Liszt y su escuela. Mientras que en Alemania volvió a retroceder a continuación frente a la teoría de la retribución, actualmente en el extranjero ha cobrado una gran

influencia, a veces dominante, gracias al movimiento internacional de la *defensa social*"⁶³

Sobre la teoría de la prevención general, manifiesta que:

"la tercera de las respuestas tradicionales a nuestra pregunta inicial ve el sentido y fin de la pena, no en la influencia-sea retributiva, sea correctiva o asegurativa - sobre el autor mismo, sino en sus efectos intimidatorios sobre la generalidad, en la llamada prevención general"⁶⁴

"Indica que esta teoría tiene en Anselm V. Feuerbach, el fundador de la ciencia alemana moderna del Derecho penal, su más famoso representante, que a principios del siglo XIX basó su influyente sistema, muy consecuentemente, en el pensamiento de la intimidación general. Precisa, que hoy en día la concepción de la prevención general no ha perdido en absoluto importancia"⁶⁵

⁶³ Ibid. p.15

⁶⁴ Ibid. p.16

⁶⁵ Ibid. p.17.

Luego de hacer las respectivas críticas sobre estas teorías, de manera general hace referencia a que con ellas se da lugar a un resignado eclecticismo, y así señala:

“Con ello nuestro examen crítico de las teorías de la pena ha puesto de manifiesto un cuadro poco alentador. Ninguna de ellas resiste la crítica. El que en la práctica sea facultativo escogerlas muestra ya lo menguado de su vitalidad”.

“Nuestro Derecho Penal, tal como se nos presenta en su aplicación diaria, no se ve confirmado ni obstaculizado seriamente por ninguna de estas concepciones”.

“Es cierto que de ningún modo han quedado ocultos los puntos débiles de cada una de las teorías, pero no se los ha superado, sino que con resignado eclecticismo se ha alzado sobre el pavés a la llamada teoría unificadora, que combina las tres versiones entre sí”⁶⁶

⁶⁶ Ibid. p.19

Sobre los fines de la pena en Colombia, hemos señalado⁶⁷ que la retribución supuso una de las funciones de la pena en el Decreto Ley 100 de 1980, al lado de la prevención, la protección y la resocialización⁶⁸.

Esta normativa fue desarrollada por la jurisprudencia temprana de la Corte Constitucional, que en principio encontró en las funciones de la pena dos momentos diferenciables: el *estático* de su descripción legislativa (prevención) y el *dinámico* de su efectiva aplicación (retribución)⁶⁹.

Posteriormente, el tribunal explicó en qué consiste cada una de estas funciones:

⁶⁷ DAZA GONZÁLEZ, Alfonso; ÁLVAREZ, Julián y SUÁREZ, Angélica. ¿Por Qué y Para Qué Se Castiga?: reflexión sobre las funciones de la pena y su relación con las salidas alternas al juicio oral. *en*: Verba Iuris, 2010, (vol. 23). ISSN 0121-3474. p. 87-91.

⁶⁸ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 100 (26 de febrero, 1980). Por el cual se expide el nuevo Código Penal. Diario Oficial No. 35.461. art.12. "Función de la pena y de las medidas de seguridad. La pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación"

⁶⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-565 (7 de diciembre, 1993). [M.P. Hernando Herrera Vergara]

“La pena tiene en nuestro sistema jurídico un fin preventivo, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones; un fin retributivo, que se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena, y un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma, de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas”⁷⁰

Este fin retributivo fue criticado en un pronunciamiento ulterior, en el cual la Corte evaluó la prohibición de la pena de muerte y recordó que una justicia penal digna de ese nombre no encuentra su fundamento en la ley del talión, pues la sanción no debe ser nunca una venganza encubierta. Por el contrario, considera que la pena:

“debe responder a los principios de racionalidad y humanidad, en donde el tipo penal y la sanción son entes heterogéneos que se ubican en escenarios

⁷⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-430 (12 de septiembre, 1996). [M.P. Carlos Gaviria Díaz]. Esta postura se reitera en Sentencia C-1112 de 2000.

diferentes, y por ende no son susceptibles de igualación”⁷¹.

Aunque no rechaza la retribución como función de la pena, desecha al menos una retribución rígida, y se acoge a una prevención general con fines disuasivos.

La función penal de la resocialización, que es expresión normativa de la doctrina de la prevención especial que supone la posibilidad de reconducir la conducta del delincuente, es entendida por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

“La función de reeducación y reinserción social del condenado, debe entenderse como obligación institucional de ofrecerle todos los medios razonables para el desarrollo de su personalidad, y como prohibición de entorpecer este desarrollo. Adquiere así pleno sentido la imbricación existente entre la dignidad, la humanidad en el cumplimiento de la pena

⁷¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-144 (19 de marzo, 1996). [M.P. Alejandro Martínez Caballero].

y la autonomía de la persona, en relación todas con la función resocializadora como fin del sistema penal”⁷²

Así, el tribunal reconoce que es no solo admisible sino deseable el tratamiento del condenado en el sentido de lograr una supuesta normalización del individuo y su relación con la sociedad; un propósito indemostrable empíricamente. Ahora, en vigencia de la Ley 599 de 2000, el estatuto penal actual, al principio retributivo se le suma una modificación eufemística: la retribución justa⁷³.

Como elemento justificador de la retribución se agrega el valor justicia, en una clara inspiración kantiana, con el fin de limitar el poder punitivo del Estado a una reacción proporcional al daño causado. Según esta concepción, a la violencia del delincuente debe oponerse una segunda violencia programada que no exceda la intensidad de la primera.

⁷² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-261 (13 de junio, 1996). [M.P. Alejandro Martínez Caballero].

⁷³ Ley 599, 2000. Op. Cit. “Art.4 La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión”

Cierto es que la proporcionalidad entre la sanción y el daño es una garantía irrenunciable del individuo, pero también lo es que tal garantía puede exigirse dentro de la lógica preventiva, pudiendo prescindirse de la retribución propiamente dicha como un fin de la pena. Además, la proporcionalidad de la pena ya fue prevista en el artículo 3 de la Ley 599 de 2000, junto a la necesidad y la razonabilidad, como principios rectores de la sanción penal, por lo que no hay necesidad de forzar la interpretación del término retribución justa en ese sentido⁷⁴.

De acuerdo con lo anterior, precisamos entonces⁷⁵, que la función de la pena se concreta en una especie de imbricación entre la prevención general y la prevención especial, dando prevalencia el juez a una de ellas en el caso concreto según criterios de razonabilidad y proporcionalidad. La retribución, claro está, sirve en ciertos casos como un medio para la realización de la

⁷⁴ Ibid. art.3 "Principios de las sanciones penales. La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan"

⁷⁵ DAZA GONZÁLEZ, Alfonso; ÁLVAREZ, Julián y SUÁREZ, Angélica. Op cit.

prevención general, pues la imposición de la sanción da ejemplo a la sociedad, motiva negativamente (prevención general negativa o *intimidación*) y afianza el orden jurídico (prevención general positiva o *integración*).

Pero estos efectos intimidatorios e integradores no se logran necesariamente con la imposición de una pena, existiendo mecanismos de resolución de conflictos más eficaces y garantistas, como aquellos que autorizan la suspensión o la renuncia al ejercicio de la acción penal.

2.2. ACERCA DE LOS FINES DEL PROCESO PENAL

En lo relacionado con los fines del proceso penal, hemos señalado⁷⁶, que en lo que tiene que ver con el primer fin del proceso penal -*la obtención de una decisión sobre la punibilidad del procesado*- se trata de un fin reconocido por la doctrina como el objeto principal del proceso penal, caracterizado así desde que el Estado suplantó la

⁷⁶ DAZA GONZÁLEZ, Alfonso. La Discrecionalidad en el Ejercicio de la Acción Penal Frente a los Fines del Proceso Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho. Op. Cit. p. 43.

venganza privada y se adjudicó el poder de castigo de los hombres⁷⁷.

Esto quiere decir que, desde el Estado absolutista hasta nuestros días, el proceso penal pretende ante todo averiguar si el imputado ha cometido acciones punibles y, de ser así, qué consecuencias jurídicas le deben ser impuestas.

De esta manera, podemos señalar que la obtención de una decisión sobre la punibilidad del procesado, es un fin que está relacionado con la función de la pena.

“Este primer fin constituye la realización del derecho penal material, dicho de otra forma, la aplicación de la ley penal vigente a su infractor. Aunque esta condena era antaño patrimonio de la víctima ofendida, hoy es impuesta por el Estado⁷⁸.

⁷⁷ ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Op. cit. p. 2.

⁷⁸ Ibid.

En lo que respecta a la segunda meta del proceso –*la protección de los derechos fundamentales del procesado*– valga recordar que:

“El Estado liberal clásico, preocupado, ante todo, por someter el poder al Derecho, centró su atención en la limitación jurídica de la potestad punitiva, para lo cual esgrimió el principio de igualdad ante la ley y sostuvo la primacía de los derechos individuales; Así se constituyó el amparo de los derechos del imputado como un límite del poder estatal de castigo y un propósito esencial del procedimiento, pues quedó establecida la obligación del Estado de velar por la protección de sus ciudadanos a través de la fijación de disposiciones que posibiliten una persecución penal conforme a la dignidad humana. Este fin, en consecuencia, hace referencia a la protección de los derechos fundamentales del procesado, fin logrado con las revoluciones liberales del s. XVIII y con el proceso de positivización de los Derechos Humanos del s. XX, luego de la segunda guerra mundial, el cual busca proteger,

respetar y garantizar los derechos del investigado, acusado y juzgado en el proceso penal⁷⁹

El tercero de estos fines –*la garantía de los derechos de la víctima del delito*– viene dado por el reconocimiento más o menos reciente del ofendido como un actor protagónico del proceso penal, que tiene derecho a participar en él, a conocer la verdad de lo sucedido y a formular sus pretensiones de reparación⁸⁰.

Se afirma que este propósito corresponde a los fines del Estado social y democrático de derecho porque sólo a partir de esta forma de Estado se busca, más allá de la limitación del poder punitivo ⁸¹, la vigencia de los derechos humanos a través de la participación de todos

⁷⁹ MIR PUIG, Santiago. *Estado, Pena y Delito*. Buenos Aires: B de F, 2006. ISBN 9789974578647. Cap. I. p. 4-12

⁸⁰ MAIER, Julio B. *La Víctima y El Sistema Penal*. En: *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2012. ISBN 9789509606449. p. 183-250.

⁸¹ MIR PUIG, Santiago. *Función De La Pena y Teoría Del Delito En El Estado Social y Democrático De Derecho*. Barcelona: Urgel [En línea] disponible en: <<https://goo.gl/qJh1H6>>. ISBN 8471628813. cap. II, p. 71-74. "En vez de intentar limitar los poderes del Estado para así lograr la defensa y protección de la sociedad, el Estado social actúa como un motor activo de la vida social, llamado a modificar las efectivas relaciones sociales"

los ciudadanos en las decisiones públicas que los afectan.

Sobre este fin, entonces, podemos decir que la garantía de los derechos de la víctima del delito, bien podría decirse que fue el Estado Social intervencionista el que se fijó en ella, pero es sólo hasta la época de la posguerra en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y con el surgimiento del Estado Social y Democrático de Derecho que se le reconocen sus derechos. Y en lo que atañe al último fin:

*“la solución del conflicto social que genera el delito- acaso el más exigente de los aquí reseñados, se trata de un objetivo ligado a los postulados del Estado social y democrático de derecho, que persigue la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo; Aunque corresponde al propósito de *mantenimiento de la paz jurídica* al que se refiere Roxin⁸².*

Fue formulado bajo ese rótulo en esta investigación para designar tanto la necesidad de remover o de atenuar los

⁸² ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Op. Cit. p. 2.

efectos nocivos que el ilícito produce en la vida social, como la de precaver la aparición del delito a través de la función de *prevención limitada* que corresponde al aparato estatal.

De acuerdo con lo anterior, queda claro entonces que:

“en un Estado social y democrático de derecho, al derecho penal le corresponde tanto la protección de los bienes jurídicos de los ciudadanos: la vida, integridad, libertad de acción y propiedad ⁸³ sancionando su lesión en determinadas circunstancias, como la necesidad de asegurar el cumplimiento de las prestaciones públicas de las que depende el individuo

⁸³ Constitución Política de Colombia, 1991. Art. 2 “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares” ROXIN, Claus. Problemas Básicos Del Derecho Penal. Op. cit. p. 21: “Mediante esa doble función, el Derecho penal realiza una de las más importantes de las numerosas tareas del Estado; ya que sólo la protección de los bienes jurídicos constitutivos de la sociedad y la garantía de las prestaciones públicas necesarias para la existencia permiten al ciudadano el libre desarrollo de su personalidad, que nuestra Constitución considera como presupuesto de una existencia humana digna”

en el marco de la asistencia social por parte del Estado⁸⁴

2.3. LOS FINES DE LA PENA Y DEL PROCESO PENAL EN EL ARTÍCULO 199 DE LA LEY 1098 DE 2006

De acuerdo con lo antes expuesto, centrándonos en el Artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, de manera puntual podemos afirmar lo siguiente:

La causal primera, desconoce el fin del proceso penal de proteger los derechos de los procesados, en virtud del cual se busca que la detención preventiva no sea la regla general sino la excepción⁸⁵.

⁸⁴ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. 5a. ed. Barcelona: Reppertor, 1998. ISBN 9788460580270. p.74. "El principio de Estado de Derecho impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del principio de legalidad. La idea del Estado social sirve para legitimar la función de la prevención en la medida en que sea necesaria para proteger a la sociedad. Ello implica ya varios límites que giran en torno a la exigencia de la necesidad social de la intervención penal. Por último, el Estado democrático obliga en lo posible a poner el Derecho penal al servicio del ciudadano, lo que puede verse como fuente de ciertos límites que hoy se asocian al respeto de principios como los de dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano"

⁸⁵ Ley 1098, 2006. Op. cit.

La causal segunda, desconoce el fin del proceso penal de proteger los derechos de los procesados, en razón a que: “niega la procedencia del beneficio de sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención en el lugar de residencia”⁸⁶

La causal tercera, vulnera el fin del proceso penal de solucionar el conflicto social generado por el delito, en la medida que niega la “aplicación extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad previsto en el artículo, numeral 8, de la Ley 906 de 2004 para los casos de reparación integral de los perjuicios”⁸⁷

La causal cuarta, desconoce los fines de la pena de prevención especial y de reinserción social, en atención a que niega la procedencia del subrogado penal de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena.

La causal quinta, desconoce los fines de la pena de prevención especial y de reinserción social, en razón a

⁸⁶ Ley 906, 2004. Op. cit.

⁸⁷ Ibid.

que niega la procedencia del subrogado penal de Libertad Condicional.

La causal sexta, desconoce los fines de la pena de prevención especial y de reinserción social, en la medida que niega la procedencia del beneficio de sustitución de la ejecución de la pena.

La causal séptima, desconoce el fin del proceso penal de solucionar el conflicto social que genera el delito, por cuanto niega la procedencia de las rebajas de pena por "preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado"

La causal octava, desconoce el fin del proceso penal de proteger los derechos de los procesados, por cuanto niega la procedencia de beneficios o subrogados judiciales o administrativos, salvo los que se desprendan por colaboración eficaz.

CAPÍTULO TERCERO

**NUMERALES CUARTO, QUINTO Y SEXTO FRENTE A
LOS FINES DE LA PENA DE PREVENCIÓN ESPECIAL Y
DE REINSERCIÓN SOCIAL**

KAREN BRIGGITH AMADO GUTIÉRREZ

INTRODUCCIÓN

Desde la perspectiva del Derecho Penal, y bajo la perspectiva jurisprudencial de la Corte Constitucional:

“Los subrogados penales son medidas sustitutivas de la pena de prisión y arresto, que se conceden a los individuos que han sido condenados a estas penas, siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos por el legislador”⁸⁸.

⁸⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-679 (19 de noviembre, 1998, [M.P. Carlos Gaviria Díaz])

Es claro que los subrogados no hacen parte del factor Pena, como tampoco se constituyen para la dosimetría de la misma, claramente no se integran al principio de legalidad de la pena.

En definitiva, los subrogados penales dentro de la política criminal son considerados como mecanismos sustitutivos de la pena, son medidas que tienen como fundamento la humanización del derecho penal y la motivación para la resocialización del delincuente. Se propende por proteger la dignidad del condenado, y se aplican si este cumple con los supuestos objetivos y subjetivos que el legislador ha estableció.

Se impone la prohibición para las actuaciones punibles y de delitos en donde:

“se vea involucrado un menor, bien como acusado o como víctima, donde se hace necesario brindarle una protección especial. Y precisamente cuando sean sujetos pasivos de conductas punibles sexuales. Estos subrogados penales son: La condena de ejecución condicional y, La libertad condicional; Los subrogados

penales son un derecho del condenado siempre y cuando se verifiquen los supuestos objetivos y subjetivos que el legislador ha establecido. Si aquellos no se cumplen, es evidente que el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad no puede conceder tales beneficios, pues su competencia está limitada por lo dispuesto en la ley"⁸⁹.

Los subrogados son entendidos como un derecho del condenado que deberá ser concedido previa verificación del cumplimiento de los supuestos objetivos y subjetivos que estableció el legislador. En el ordenamiento Penal colombiano, el juez niega o revoca el subrogado penal a un condenado con base en prueba indicativa de la causa que origina la decisión, en este evento no hay suspensión en la ejecución de la pena o conceder la libertad condicional, es decir la condena de arresto o prisión prevista en la ley debe cumplirse⁹⁰.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 2700 (30 de noviembre, 1991) por la cual se expiden las normas de procedimiento penal, imprenta nacional. Diario Oficial 40.190. Derogado por la Ley 600 de 2000, derogada por la Ley 906 de 2004.

En el presente capítulo se propende por determinar si los numerales cuarto, quinto y sexto del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 cumplen con los fines de la pena de prevención especial y de reinserción social. Pero es en el Código de infancia y adolescencia donde se incluye un artículo “199 Beneficios y mecanismos sustitutos”, que limitan o condicionan al cumplimiento de ocho reglas para ser otorgados subrogados penales establecidos en el Código Penal. La finalidad de incluir el artículo 199 en el Código de Infancia y Adolescencia, básicamente era la imponer un castigo más severo a los adultos que causan ofensas graves contra los menores de edad⁹¹.

3.1. IMPROCEDENCIA DEL SUBROGADO PENAL DE SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA.

Retomando las lecciones de Derecho Penal, se afirma que este Derecho es la parte del ordenamiento jurídico que determina las acciones de naturaleza criminal y la vincula con una pena o medida de seguridad, tal como afirma el profesor de Derecho Penal de la Universidad de Bonn, Hans Welzel: afirma “la misión de la ciencia del

⁹¹ PARRA C., Amanda. Op. cit., 2016.

derecho penal está en desarrollar sistemáticamente el contenido de las reglas jurídicas e interpretarlas”⁹².

En la actualidad existe un bagaje importante de normas que, en el ordenamiento del derecho internacional, se han incorporado al derecho penal interno, como subreglas subconstitucionales que están bajo el rigor de la norma de normas. No obstante, es el mismo derecho penal que persigue amparar bienes de la vida de la comunidad, como la existencia del Estado, la vida, la salud, la libertad, la propiedad, etc.; que el Derecho reconoce como bienes jurídicos y para la lesión de estos determina unas consecuencias jurídicas, como el disvalor del resultado.

“Esa tutela de los bienes jurídicos se obtiene prohibiendo y castigando las acciones que tienen a lesionarlos, es decir evitando o tratando de evitar el disvalor del resultado con la punición del disvalor del acto”⁹³

⁹² WELZEL, Hans. Derecho Penal, parte general. Buenos Aires: Roque de Palma, 1956

⁹³ Ibid.

En otras palabras, lo consagrado en artículo 199 del Código de Infancia y Adolescencia, con sus ocho subreglas deberá ser aplicado con todo rigor, sin necesidad de cuestionar los fines de la justicia premial, porque al fin y al cabo la Ley 1098 del 2006, estableció la materia sustancial que rige para los niños, niñas y adolescentes, y que utiliza la Ley 906 del 2004, como la herramienta procesal del Código Penal e incluso para las infracciones, las acciones punibles y los delitos que cometan los adolescentes que aún no han adquirido la mayoría de edad.

Es el alemán Hans Welzel (1976) quien formula la teoría de la acción finalista que parte de un análisis de la culpabilidad del delincuente, dentro de una corriente procesal que permite ubicar la culpabilidad del actor y la consecuente imposición de la pena.

“la protección de los bienes jurídicos se cumple en cuanto se prohíbe y castiga las acciones dirigidas a la lesión de los valores ético-sociales, donde se debe

actuar conforme al Derecho Penal arraigado en la conciencia jurídica"⁹⁴

Entonces el bien jurídico se define como un bien vital de la comunidad o del individuo, que por su significación social es protegido jurídicamente. Para el caso de los subrogados penales, específicamente la suspensión condicional de la pena, como se contempla para el ordenamiento penal dentro de una justicia premial que solo tiene límites para no concederlos por los delitos de terrorismo, secuestro, delitos de lesa humanidad, y ahora por último las acciones punibles y delitos que se cometan contra menores, se puede hacer una similitud de esta manera:

- a) el bien vital para la comunidad son los niños, niñas y adolescentes que tiene una protección en el ordenamiento constitucional y el derecho internacional humanitario,
- b) el castigo que se impone de conformidad con el ordenamiento jurídico penal no es suficiente, porque

⁹⁴ WELZL, Hans. Derecho penal alemán. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1976.

dentro de la justicia premial impone unas penas que con los beneficios y la concesión de los subrogados penales harían que las penas impuestas a estos delincuentes y abusadores de menores de edad, no sea un motivo que los amedranante.

Aquí es donde el Artículo 199 del Código de Infancia y Adolescencia al establecer estas ocho subreglas busca que no regresen pronto a la sociedad y que su trato judicial se aplique con todo su rigor, como una forma de eliminar de la sociedad esta amenaza por un largo tiempo.

Welzel (1931) estableció que el delito parte de una acción, pero tiene una finalidad o un fin, donde el delito es un elemento de la culpabilidad del delincuente, es decir que atiende el estudio técnico jurídico sobre la finalidad del delincuente para cometer el delito.

Entonces no se puede afirmar que la prohibición de aplicar los subrogados o beneficios penales de que habla el ordenamiento jurídico penal, es violatorio del derecho internacional humanitario o de los derechos humanos

solo porque no se da como un todo para las acciones punibles y los delitos tipificados en el Código Penal, porque el Código de Infancia y Adolescencia desarrolla en sí contenidos explícitos de la constitución política y de todas las reglas subconstitucionales que son los convenios y tratados incorporados al ordenamiento jurídico interno mediante la expedición de una ley que los ratifica e incorpora al bloque de constitucionalidad.

“Además, la doctrina actual acepta la protección penal de los bienes jurídicos colectivos, al sistematizar y delimitar el contenido material de estos intereses que busca los mecanismos más convenientes para una protección penal efectiva”⁹⁵.

Un bien jurídico penal debe cumplir dos condiciones: que por su importancia merezca una protección penal y que además necesite de esa protección.⁹⁶ La suspensión condicional de la ejecución de la pena o “suspensión de

⁹⁵ VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Los bienes jurídicos colectivos en el Derecho Penal. En: Revista Derecho Penal. 2009. Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Lambayeque, Perú. Véanse, entre otros, Bustos Ramírez (2004) p. 182 y ss; Soto Navarro (2003), Caro Coria (1999), Reyna Alfaro (2001) Reátegui Sánchez (2007).

⁹⁶ Ibid.

la ejecución de la pena, está consagrada en el artículo 63 del Código Penal, en el capítulo tercero “De los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad”⁹⁷.

El texto de este artículo 63 quedo así: (...) la pena se suspenderá siempre que concurren los siguientes requisitos:

- Que la pena de prisión no exceda cuatro años,
- Si el condenado no tiene antecedentes penales y si la colaboración con la justicia es efectiva (Art. 68 A de la Ley 599 de 2000),
- Si los antecedentes dolosos del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena, a partir de la ley 1709 de 2014, “ya no es requisito para la concesión de este mecanismo el pago de la multa, aunque es el juez quien puede otorgar el

⁹⁷ Este artículo fue adicionado por el artículo 4 de la Ley 890 de 2004, y modificado por la ley 1709 de 2014, por medio de sus artículos 29 “suspensión de la ejecución de la pena” y Art. 30 “libertad condicional”. Así mismo el artículo 64 “libertad condicional”, el artículo 68 “reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave”

subrogado y establece un acuerdo de pago de la multa con el condenado”⁹⁸.

Si existe mérito para proferir la medida de aseguramiento, se hace una detención preventiva en un establecimiento carcelario, sin que se pueda sustituir por la detención domiciliaria, como está previsto en el artículo 314 en sus numerales 1 y 2, de la ley 906 de 2004, que fue modificado por la Ley 1142 de 2007, artículo 27, cuyo texto quedo así:

“Cuando para el cumplimiento de los fines previstos para la medida de aseguramiento sea suficiente la reclusión en el lugar de residencia, aspecto que será evaluado por el juez al momento de decidir sobre su imposición; Cuando el imputado o acusado fuere mayor de sesenta y cinco (65) años, siempre que su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito

⁹⁸ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1709 (20 enero, 2014). Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 49.039.

hagan aconsejable su reclusión en el lugar de residencia"⁹⁹

La prisión domiciliaria es:

“un mecanismo sustitutivo de la privación de la libertad en establecimiento penitenciario, donde el sentenciado continúa privado de la libertad incluso en el lugar de su residencia donde purga la pena de prisión impuesta”¹⁰⁰

En la lucha contra el terrorismo, el Estado expide la Ley 1121 de 2006, que expresa:

“La no procedencia de las rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión, a quienes cometan delitos de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, a sí mismo no se concederán subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa

⁹⁹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1142 (28 de junio, 2007) Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana. Diario Oficial 46.673. art. 27

¹⁰⁰ Ley 599, 2000. Op. cit. artículo 38.

de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicionada de ejecución de la pena, o la libertad condicional”¹⁰¹

Existe una jurisprudencia C-073 del 2010 que hace claridad de los Beneficios y subrogados penales, se asumen los siguientes criterios para ser concedidos, como lo manifiesta la Corte Constitucional, se tiene que, en materia de concesión de beneficios penales,

“1) El legislador cuenta con amplio margen de configuración normativa, en tanto que es una manifestación de su competencia para fijar la política criminal del Estado; 2) La concesión o negación de beneficios penales no puede desconocer el derecho a la igualdad; 3) Se ajustan, prima facie, a la Constitución medidas legislativas mediante las cuales se restringe la concesión de beneficios penales en casos de delitos considerados particularmente graves para la sociedad; 4) El Estado colombiano ha asumido compromisos

¹⁰¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1121 (30 de diciembre, 2006). por la cual se dictan norma para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones. Diario Oficial 46.497.

internacionales en materia de combate contra el terrorismo, razón de más para que el legislador limite la concesión de beneficios penales en la materia”¹⁰²

La Corte afirma que existe un amplio margen de configuración normativa al momento de conceder o negar determinados beneficios o subrogados penales, prácticamente es la discrecionalidad de la juez debidamente motivada en sus consideraciones ético políticas y de oportunidad, quién decide el formalismo de imponer las penas y la manera de ejecutarlas; entre estos criterios considerados por el juez están, (1) el análisis de la gravedad del delito y (2) la naturaleza propia del diseño de las políticas criminales¹⁰³.

“El Código de Infancia y Adolescencia desvirtúa los subrogados penales aplicables a los condenados por los delitos de homicidio y lesiones personales dolosas, delitos contra la libertad sexual y el secuestro, cuando las víctimas son niños, niñas y adolescentes”¹⁰⁴

¹⁰² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-073 de 2010. 10 de febrero, 2010). [MP. Humberto Antonio Sierra Porto]

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Ley 1098, 2006. Op. cit. art. 199

Aunque la norma desconoce los fines de la pena de prevención especial y de reinserción social, en atención a que niega la procedencia del subrogado penal de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena; también es cierto que el negar u otorgar estos beneficios y subrogados penales está dentro del ámbito procesal del derecho penal, y si el Código de Infancia y Adolescencia las prohíbe, está dentro de su filosofía de salvaguardar los principios rectores que el mandato Constitucional, y el marco internacional de derechos humanos ha establecido para la protección y la reparación integral de los menores de edad; no importa que riña con la justicia premial, también el legislador ha querido emitir una voz de alerta contra los que delinquen y causan daño a los menores, además es un formalismo para llevar un mensaje de justicia a la sociedad, mucho más efectivo que el panorama que el Sistema Penal Acusatorio proyecta en la sociedad con un manto de sombra llamado impunidad.

La Ley 1121 de 2006 también niega estos subrogados en aras de combatir delitos de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos; como actos que siembran miedo y

zozobra en la sociedad, esto mismo ocurre con la legislación especial que remplaza al antiguo Código del menor, pero que ahora su filosofía y principios están cimentados en el Derecho Internacional Humanitario.

El Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006), el siguiente texto, que en forma sucinta se presenta a continuación:

- Suprime el subrogado de la condena de ejecución condicional para los condenados, a pesar de que este haya redimido las dos terceras partes de la pena, incluso haya reparado a la víctima y pagado la multa, y por último haya mantenido buen comportamiento o conducta en la cárcel, como lo establece el Código penal en el artículo 64.

- El Código de Infancia y Adolescencia al imponer las prohibiciones en las 8 subreglas, prácticamente modifica la ley 599 del 2000 y la ley 906 de 2004, estableciéndose una legislación especial para la infancia y la adolescencia que dentro de los menores infractores solo impone sanciones y medidas pedagógicas, pero que

refiriéndose a los adultos impone los procedimientos penales de la ley 906 de 2004, prohibiendo los beneficios y mecanismos sustitutivos de la pena que otorga la justicia premial. Se hace abolición de la suspensión condicional de la ejecución de la pena que establece el Código penal en su artículo 63, inclusive para penas menores de tres años de prisión, como no tener antecedentes penales u otros indicios que indiquen que no es necesario ejecutar la pena en centro carcelario.

– Hace nugatorio la sustitución de la ejecución de la pena, cuando se dan los mismos requisitos de la sustitución de la detención preventiva, como lo consagra el artículo 461 de la ley 906 del 2004, que expresa:

..."el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad podrá ordenar al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario la sustitución de la ejecución de la pena, previa caución, en los mismos casos de la sustitución de la detención preventiva"¹⁰⁵

¹⁰⁵ Ley 906, 2004. Op. cit.

Concluyendo, el artículo 199 del Código de Infancia y Adolescencia, va en contravía del Sistema Penal Acusatorio, entre otros:

“Prohíbe la extinción de la acción penal prevista en el artículo 324.8, cuando se aplica la suspensión una vez se haya realizado la reparación integral de la víctima. Es decir, cuando preceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa; Establece que en los procesos donde las víctimas son menores de edad, no procederán las rebajas por preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado, que se ha hecho extensivo a los allanamientos a cargos de imputación, aceptación voluntaria de los cargos en la audiencia preparatoria y al inicio del juicio oral (Artículos 356.5 y 367 inciso segundo); Por ultimo prohíbe todo tipo de beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración eficaz con la justicia”¹⁰⁶

¹⁰⁶ Ley 1098, 2006. Op. cit. art. 199

3.2. IMPROCEDENCIA DEL SUBROGADO PENAL DE LIBERTAD CONDICIONAL

La moderna filosofía del Derecho y de la ética define la misión del “derecho penal a la protección de los valores ético-sociales de la acción, y sólo después, incluido en él, el amparo de los bienes jurídicos individuales”¹⁰⁷

Más exactamente los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, y su valor preferente dentro de los actos procesales que se ejecuten para la salvaguarda y la protección de los menores de edad dentro de un contexto del bien jurídico como un bien vital de la sociedad o de los individuos, y que dentro de su significación es amparado jurídicamente ¹⁰⁸ contra las posibles lesiones.

La libertad condicional es una medida a través de la cual el juez penal permite la salida de prisión, “libertad condicional”, a quien lleva determinado tiempo privado de su libertad. Así quién ha sido condenado puede

¹⁰⁷ WELZEL, Hans. Derecho Penal, parte general. Op cit.

¹⁰⁸ Ibid.

recobrar su libertad antes de cumplir su pena, bajo el requerimiento de cumplir unas obligaciones. Su fuente jurídica esta en la Ley 599 del 2000, artículo 64, modificado por la ley 1709 de 2014. Donde ya no se exige como requisito subjetivo la valoración de la gravedad de la conducta, de la cual se menciona en la Ley 1453 de 2011.

De conformidad con este Artículo, "Libertad Condicional", es el juez quien concederá la libertad condicional al condenado, previa valoración de la conducta punible, cuando el sentenciado cumple los siguientes requisitos establecidos en el artículo 65, estos son:

- 1) Que el condenado haya cumplido la 3/5 parte de la condena;
- 2) que haya tenido un buen comportamiento en el centro penitenciario;
- 3) que demuestre un arraigo familiar y social.

Es necesario indicar que todas las obligaciones que se imponen en la suspensión de la ejecución de la pena, se

encuentran en el Código Penal en su artículo 65, entre estas se encuentran:

- a. asistir a los requerimientos que las autoridades impongan,
- b. Será el Juez quien permita la salida del país del condenado,
- c. Reparar los daños causados por el delito,
- d. informar sobre el cambio de residencia,
- e. observar buena conducta,
- f. todas las obligaciones deberán estar garantizadas mediante caución.

Referente a la ejecución de la pena privativa de la libertad, es la Ley 1709 de 2014, quién adiciona el artículo 38 G al Código Penal, cuyo texto consagra:

“La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del condenado cuando haya cumplido la mitad de la condena y concurren los presupuestos contemplados en los numerales 3 (que se demuestre arraigo familiar y social del condenado) y 4 (garantía mediante

caución) del artículo 38B, requisitos para conceder la prisión domiciliaria; excepto en los casos en que el condenado pertenezca al grupo familiar de la víctima o en aquellos eventos en que fue sentenciado por alguno de los siguientes delitos: genocidio; contra el derecho internacional humanitario; desaparición forzada; secuestro extorsivo; tortura; desplazamiento forzado; tráfico de menores; uso de menores de edad para la comisión de delitos; tráfico de migrantes; trata de personas; delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales; extorsión; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; terrorismo; usurpación y abuso de funciones públicas con fines terroristas; financiación del terrorismo y de actividades de delincuencia organizada; administración de recursos con actividades terroristas y de delincuencia organizada; financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas; fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso restringido, uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, salvo los contemplados en el artículo 375 (conservación o

financiación de plantaciones) y el inciso 2° del artículo 376 (tráfico, fabricación o porte de estupefacientes)”¹⁰⁹

Es perentorio señalar que a la Ley 65 de 1993, se le adiciona el artículo 29F, mediante el artículo 31 de la Ley 1709 de 2014; cuyo texto queda así: El incumplimiento de las obligaciones impuestas dará lugar a la revocatoria de la detención y prisión domiciliaria mediante decisión motivada del juez competente, y su investigación por el delito de fuga de presos¹¹⁰.

El Código penal consagra un texto, artículo 68A donde:

“se hace exclusión de beneficios, subrogados o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional; tampoco la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar a otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo”¹¹¹¹¹² (...)

¹⁰⁹ Ley 1709, 2014. Op cit.

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ Ley 599. Op. cit. art. 68A. Adicionado por el art. 32, Ley 1142, 2007. Modificado por el art. 13.

La libertad condicional está excluida por las siguientes leyes:

En la lucha contra el terrorismo, la ley 1121 de 2006, en el artículo 26, consagra:

(...) “no procederán las rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión, ni se concederán los subrogados penales, no se concederán mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional o suspensión condicional de ejecución de la pena; cuando el condenado haya cometido delitos de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos. No se otorgará lugar a ningún beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo”¹¹³

Siguiendo esta misma dirección de combatir el terrorismo, el secuestro y la extorsión, se expide la Ley 733 de 2002, que hace exclusión de rebajas, beneficios o cualquier subrogado en el artículo 11, cuando se trate de delitos de

¹¹² Ley 1709, 2014. Op cit. Modificado por el art. 32. Modificado por el art. 4, Ley 1773, 2016.

¹¹³ Ley 1121, 2006. Op. cit. Art. 26

terrorismo, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión y conexos.

Pero es la Corte Suprema de Justicia en su sala penal, en las sentencias del 14 de marzo de 2006 y del 11 de noviembre de 2008 quién expresa un derogamiento tácito de la exclusión de los beneficios y subrogados de que tratan las leyes 890 (modificatoria del Código Penal) y 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), que a partir del 2005 hacen parte del derecho premial que no tolera exclusiones generalizadas como las contenidas en la Ley 733 del 2002 (para combatir el terrorismo, secuestro y otros).

La suspensión de la ejecución de la pena y la libertad condicional pueden ser revocadas, como lo expresa el artículo 66 de la Ley 599 del 2000, cuando se dan los siguientes eventos: a) Durante el periodo de prueba el condenado viole cualquiera de las obligaciones impuestas, b) si transcurridos 90 días el condenado no compareciese ante la autoridad judicial.

Es el Código de Infancia y adolescencia, en el artículo 199, numeral 5, expresa:

“No se puede otorgar la libertad condicional a quien ha sido condenado por los delitos de homicidio doloso, lesiones personales dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro simple o secuestros extorsivo, que hayan sido cometidos contra niños, niñas y adolescentes”¹¹⁴

Se incluyó dentro del texto del artículo 199 la proscripción para que se aplique el principio de oportunidad cuando se reparan perjuicios. Así mismo no es posible suspender condicionalmente la ejecución de la pena, como tampoco el de otorgar la libertad condicional o sustituir la pena de prisión.

Es claro que ante la justicia premial el Código de Infancia y Adolescencia desconoce los fines de la pena de prevención especial y de reinserción social, en razón a que niega la procedencia del subrogado penal de Libertad Condicional; lo anterior no significa que la norma

¹¹⁴ Ley 1098, 2006. Op. cit. art. 199. Numeral 5

especial para la infancia y la adolescencia no pueda mantener una subregla que difiera del derecho internacional humanitario, porque son los derechos prevalentes y preferentes de los infantes quienes también son valoradores y considerados necesarios sobre cualquier norma interna del país que ha ratificado un convenio o un tratado internacional.

Además, porque es la propia Constitución quién reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona, si se hace referencia a los infantes, los derechos fundamentales de los mismos son: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación, el cuidado y amor, entre otros.

También serán protegidos contra el abandono, violencia física o moral, abuso sexual, así mismo los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, y las condenas impuestas, así como la exclusión de los beneficios sustitutivos de la pena privativa de la libertad, los subrogados penales quedan prohibidos cuando se trata de una víctima que es menor de edad.

3.3. IMPROCEDENCIA DEL BENEFICIO DE SUSTITUCIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA.

El jurista alemán Ernst Von Beling (1906), refiriéndose a la teoría de la culpabilidad deberán analizarse dos fases en la conducta del hombre que son: la fase externa y la fase interna.

| Teoría de la Culpabilidad | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Fase Interna | Fase Externa |
| <ul style="list-style-type: none"> - Objetivos y propósitos - Medios Empleados - Posibles consecuencias | <ul style="list-style-type: none"> - Ejecución de los medios - Resultado previsto - Nexo causal. |
| Teoría Finalista | |
| <ul style="list-style-type: none"> - Funda su razón de ser en la subjetividad del acto, es decir en el pensamiento del individuo. - Estudio dogmatico-jurídico de cada uno de los elementos del hecho delictivo | <p>Abaliza los motivos y finalidades del delincuente para poder deducir de ahí la culpabilidad del sujeto en base a la realización de un hecho</p> |

La sustitución de la ejecución de la pena hizo parte de una situación crítica que vivió el país donde los menores de edad eran el centro de delitos, y otras conductas punibles que dentro de la ética-social afectaban la moral de la sociedad. Es importante recordar cómo nace el

artículo 199 con la prohibición de “la sustitución de la ejecución de la pena”, y que dentro de la teoría finalista de Welzel, toma una gran trascendencia.

Este aparte, la sustitución de la ejecución de la pena, permite que nos cuestionemos si el Derecho Penal protege los bienes jurídicos. Se cita a Gunter Jakobs (2007)¹¹⁵, discípulo de Welzel, que en su teoría funcionalista rechaza la protección de bienes jurídicos como última finalidad del Derecho Penal y en su remplazo postula la “vigencia de la norma”.

Es de considerar que esta corriente del funcionalismo, “es el cumplimiento de una función social”, que para la prohibición de los subrogados de que trata el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006. El estudio de la problemática social suscitada contra los menores de edad y que se enmarcan dentro de las acciones punibles y de los delitos, permite señalar los tipos de funcionalismo existentes en la actualidad:

¹¹⁵ JAKOBS, Günther, ¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma. En: los Desafíos del Derecho penal en el Siglo XXI, Libro homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs, Lima: Ara, 2005. ISBN: 9972626660. p. 147 y ss.

– Funcionalismo Absoluto, del antropólogo MALINOSWSKI, de corte biopsicológico. Considera que:

“cada costumbre, cada objeto material, cada idea y cada creencia desempeña una función vital dentro de la cultura y la integración de la sociedad. Donde cada uno de los elementos desempeña una función especializada que lo distingue, y la unión de todas las partes lleva al logro completo de la función del objeto”¹¹⁶

– Funcionalismo Relativizado (MERTON). Acepta la funcionalidad de la sociedad en armonía total con las estructuras sociales, para lo cual establece conceptos operativos; Merton señala que no todos los elementos cumplen una función indispensable. Señala los conceptos para lo que es funcional o disfuncional.¹¹⁷

– Funcionalismo estructural (PARSONS), su centro está “en el concepto de estructura social como un objeto de

¹¹⁶ MALINOWSKI, Bronisław. A Scientific Theory of Culture, And Other Essays. New York: Oxford University Press, 1960.

¹¹⁷ MERTON, Robert King. Social Theory and Social Structure. New York: Free Press, 1949

análisis sociológico". Estudia la sociedad y la estructura de los fenómenos sociales, considera su globalidad, y los grupos o instituciones.¹¹⁸

El pensamiento sociológico de Talcott Parsons caracteriza la incidencia en:

“la cohesión social y en las normas y valores sociales de la sociedad, también trata de explicar, de alguna manera, la realidad del conflicto. Su teoría de la evolución, así como sus ensayos sobre los procesos que ocurren entre estos sistemas, es decir, sobre los medios simbólicos generalizados, tienen como base a la sociedad como un sistema que satisface sus necesidades vitales mediante subsistemas diferenciados”¹¹⁹.

La sociedad es, como resultado, un sistema que se mantendrá estable en tanto se satisfagan sus necesidades. Por esta razón se hace el siguiente paneo

¹¹⁸ PARSONS, Talcott. *Societies: Evolutionary and Comparative Perspectives*. Englewood Cliffs, New Jersey: Prentice-Hall, 1966

¹¹⁹ *Ibid.*

de la génesis del artículo 199, sobre la sustitución de la ejecución de la pena

En forma breve: En la Cámara de Representantes se presentó el proyecto de Ley 085 y 096 del 2005, igualmente se presentó en el 2009 en la Cámara el proyecto de acto legislativo 104, donde se planteó un artículo referido a los Beneficios y subrogados penales, cuya finalidad expresa es la siguiente:

(...) “cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo la modalidad dolosa cometidos sobre niños, niñas y adolescentes, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales cometidos contra menores de edad, o secuestro de menores de edad, se aplica la siguiente regla: No procederá el subrogado penal de libertad condicional, previsto en el artículo 64 del Código Penal”¹²⁰

Así mismo, en ningún caso el juez de ejecución de penas concederá el beneficio de sustitución de la ejecución de

¹²⁰ Ley 599, 2000. Op. Cit. Art. 64. “Libertad condicional; Modificado por el art. 5, Ley 890 de 2004, Modificado por el art. 25, Ley 1453 de 2011, Modificado por el art. 30, Ley 1709 de 2014”

la pena previsto en el artículo 461 del Código de procedimiento penal, que manifiesta: “el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad podrá ordenar al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario la sustitución de la ejecución de la pena, previa caución, en los mismos casos de la sustitución de la detención preventiva”¹²¹

La suspensión de la ejecución de la pena es impuesta por el juez quién determina la cesación de la privación de la libertad por un periodo determinado; así mismo permite que el procesado no se lleve inmediatamente a una prisión sin o que mantenga el goce de su libertad. De conformidad con el artículo 199, resultan inaplicables las rebajas de penas por la celebración de preacuerdos, negociaciones, allanamientos, para asuntos regulados por el Código de procedimiento penal del 2000 (Ley 600 del 2000), sentencia anticipada y confesión.

La ejecutoriedad del artículo 199 puede llevar a desconocer la reforma y la readaptación social; desconocen los fines de la pena de prevención especial

¹²¹ Ley 9096, 2004, art. 461.

y de reinserción social. También es pertinente mencionar que desconoce los fines de la pena de prevención especial y de reinserción social, en la medida que niega la procedencia del beneficio de sustitución de la ejecución de la pena.

COROLARIO

Los principios establecidos en el ordenamiento jurídico penal que son concordantes con los derechos humanos incorporados en la constitución política y en los convenios y tratados internacionales, son castigados en aras de proteger e imponer la prevalencia de los derechos de los menores de edad, pero que en la práctica no tienen una fática eficacia en la sociedad, es decir que aumentar o prohibir los subrogados penales a quienes son infractores o cometen delitos contra los menores de edad, no amedrenta ni expresa un temor en quién comete los delitos, al fin y al cabo en la cárcel se tendrá un techo, comida y seguridad social, que no están dados en su contorno social; la justicia premial dentro de la cultura colombiana ha sido una formalidad para delinquir dentro

de la confianza absoluta, porque los tecnicismos y los beneficios pronto los dejaran libres.

Como lo expresan los estudiosos Rico & Salas (1998), una disminución de la delincuencia está relacionada con las mayores posibilidades que tienen los delincuentes de ser detenidos, judicializados y condenados que por el miedo a un hipotético castigo¹²²

El hacinamiento carcelario es uno de los resultados nefastos de la política criminal que no hace sensibilización y prevención de una pedagogía socio jurídica, como lo expresa la Doctora Amanda Parra (2016) en su libro “Responsabilidad Penal de los Menores de Edad, pedagogía socio jurídica de prevención de las conductas infractoras”, que hace énfasis en las conductas infractoras de quienes están en un periodo de desarrollo físico y de formación cognoscitiva¹²³, como son los estudiantes de educación básica primaria y de educación secundaria; y donde se plantea una pedagogía socio jurídica para los padres de familia y los

¹²² RICO, Jose María y SALAS, Luis. Inseguridad ciudadana y policía. Madrid: Tecnos, 1988

¹²³ PARRA C., Amanda. Op. cit., 2016.

profesores; se le apuesta a la educación y formación de los menores de edad que en el futuro serán los adultos que harán cambios en la cultura. Siempre los gobiernos han menospreciado la inversión en Educación, no se prioriza la formación en valores morales y sociales que fortalezcan el tejido social, minimicen las conductas disociales, le apuesten al conocimiento intelectual como herramienta para generar progreso y disminuir la pobreza.

Si se mira a los condenados, los derechos humanos exigen respeto a la dignidad humana de estos, como un aparte de los fines esenciales de la pena, los requisitos para imponer sanciones y un tratamiento penitenciario que permita resocialización del recluso. Ahora, un operador judicial deberá cumplir con la aplicación de la ley, porque esta exige que los jueces de ejecución de penas valoren, gradúen y dosifiquen las conductas de las personas condenadas a penas privativas de la libertad para decidir si otorga o niega la libertad condicional, es decir que la justicia aplicada a víctimas diferentes a los menores tendrán los beneficios y subrogados penales, contrario es cuando la víctima es un menor de edad, hay la norma impone prohibiciones, inclusive contrariando

algunos convenios y tratados internacionales, porque se impone el derecho interno como norma prevalente que regula a los menores de edad.

La pena tiene un fin preventivo y un fin retributivo que se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena, y un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma, de conformidad con el derecho internacional humanitario. Aunque el Código de Infancia y Adolescencia en su artículo 199 es contraria a la justicia penal, también es cierto que el Estado tiene la potestad de imponer y ejecutar la pena de prisión de acuerdo al derecho interno del Estado colombiano.

CAPÍTULO CUARTO
NUMERALES PRIMERO, SEGUNDO Y OCTAVO FRENTE
AL FIN DEL PROCESO PENAL DE PROTEGER LOS
DERECHOS DE LOS PROCESADOS

PABLO ALBERTO VÁSQUEZ SUÁREZ

INTRODUCCIÓN

En este capítulo se analizan los numerales primero, segundo y octavo del artículo 199 de la ley 1098 de 2006, con el objeto de establecer si cumplen con el fin del proceso penal de proteger los derechos de los procesados.

4.1. EL FIN DEL PROCESO PENAL DE PROTEGER LOS DERECHOS DE LOS PROCESADOS

Como se ha explicado en capítulos anteriores, debemos diferenciar los fines de la pena con los fines del proceso penal, en el cual este último, entre otros tiene como

presupuesto la protección a los derechos fundamentales de los procesados, en la cual debemos interpretar la norma desde la menos restrictiva a la más restrictiva, por lo tanto, se quiere poner en evidencia que los fines del proceso penal, la restricción de la libertad, puede estar vulnerando los derechos del procesado si se mantiene por un tiempo prolongado, desconociendo los derechos que poseen los procesados al momento de adelantarse un proceso en su contra, en el sentido de que su situación jurídica sea resuelta dentro de un tiempo razonable acompañada de la presunción de inocencia que se debe tener en cuenta durante el desarrollo del proceso penal en contra del procesado.

Frente al tema de la detención preventiva, debemos tener en cuenta que el artículo 295 de la ley 906 de 2004, dispone lo siguiente:

“Artículo 295. Afirmación de la libertad. Las disposiciones de este código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional; sólo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria,

adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales”¹²⁴

Así mismo el mismo código indica las finalidades que tienen la restricción de la libertad, y es restringir ese derecho a la libertad con el propósito de que el procesado no obstruya a la justicia, proteger a la sociedad o a las víctimas, por el riesgo de fuga y para el cumplimiento de la pena, la Corte Constitucional por su parte ha manifestado lo siguiente:

“La Corte ha indicado que la detención preventiva de una persona acusada de un delito restringe su derecho a la libertad personal, con el propósito de garantizar otros fines constitucionales. Sin embargo, también ha precisado que los artículos 29 de la Constitución y 9º del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles impiden que se persista en la prolongación de la detención luego de un cierto lapso que, además, de ninguna manera puede coincidir con el término de la pena, pues se desvirtuaría la finalidad eminentemente cautelar de la detención preventiva y terminaría convertida en un anticipado cumplimiento de la sanción,

¹²⁴ Ley 906, 2004. Op. cit. art. 295

con evidente menoscabo del principio de presunción de inocencia. Ha sostenido también, en el anterior sentido, que la fijación legal de un término máximo de duración de la detención provisional, aplicable a las etapas de investigación y juzgamiento, consulta en una sociedad democrática el delicado equilibrio que debe mantenerse entre el interés legítimo del Estado de perseguir eficazmente el delito y sancionar a los responsables y, de otro lado, la necesidad de asegurar la libertad de las personas y la posibilidad de garantizar un proceso justo e imparcial. La detención temporal es una medida cautelar pero, innegablemente, “trasciende sus efectos procesales y repercute negativamente en la esfera de la libertad personal del inculpado”, lo cual revela la importancia de señalar términos máximos de su duración”¹²⁵

Es por esto, que, si queremos garantizar en igualdad de condiciones los derechos del procesado, debemos tener en cuenta, por una parte, los términos de la detención preventiva, con el fin de evitar la vulneración del derecho a

¹²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-221 (19 de abril, 2017). [M.P. José Antonio Cepera Amarís]

la libertad, la presunción de inocencia y la dignidad humana, de aquellas personas que con su conducta atenten en contra de los niños, niñas y adolescentes bajo los punibles que contempla la ley 1098 de 2006 en su artículo 199. Por su parte, el artículo 317 de la ley 906 de 2004, modificado por la ley 1760 de 2015 y la ley 1786 de 2016 en su artículo 2, enuncia 6 numerales por las cuales procedería la libertad inmediata del imputado o acusado

Es así que la Corte Constitucional se pronunció en Sentencia C-055 de 2010, en el sentido que:

“la competencia normativa del legislador resulta acorde con el estatuto superior, siempre y cuando tenga en cuenta los siguientes aspectos: i) que atienda los principios y fines del Estado tales como la justicia y la igualdad entre otros; ii) que vele por la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos, que en el caso procesal civil puede implicar derechos como el debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia; iii) que obre conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la definición de las formas y iv) que permita la realización material de los

derechos y del principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formas"¹²⁶

En este orden de ideas, y como lo menciona Donaldo Danilo del Villar Delgado:

“Ninguna de las consideraciones que se han esgrimido para considerar la prohibición del mecanismo excarcelatorio al tenor del art. 199 de la L. 1098 de 2006, puede anteponerse a la ley posterior, o sea a la 1760 de 2015, que resulta aplicable por favorabilidad, incluso, al tenor del art. 295 del CPP, con criterio pro homine, ante estas tensiones. La actual realidad normativa debe permitir variar la jurisprudencia al respecto, pues no obstante que la víctima sea un menor, no implica cambiar la naturaleza de la prisión preventiva para convertirla en pena, cumpliendo sus funciones de prevención general y especial como para mandar mensajes contundentes a la sociedad, como lo señala la jurisprudencia¹²⁷, prohibiendo estos derechos.”¹²⁸

¹²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-055 (3 de febrero, 2010) [M.P. Juan Carlos Henao Pérez]

¹²⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Proceso No. 37668. (30 de mayo, 2012) [M.P. María Del Rosario González Muñoz]. “La prohibición de tal

En lo referente a la detención preventiva conforme a lo estipulado en el art. 199 de la ley 1098 de 2006, los servidores que administran justician, deben tener en cuenta lo contemplado en la ley 1760 de 2015 y 1786 de 2016, teniendo en cuenta que, si bien existe una vulneración de derechos fundamentales de los menores de edad, estos no deben ir en contravía de la presunción de inocencia, frente a quienes recae la imposición de dicha medida.

Lo anterior, en razón a que los fines de la detención preventiva, no se debe confundir con los fines de la pena, de prevención general y especial, con el propósito de enviar un mensaje a la sociedad, frente a los delitos enunciados en el art. 199 de la L. 1098 de 2006.

Por esto, se debe realizar una ponderación entre los derechos del menor frente a los derechos del procesado, teniendo en cuenta que si bien, los derechos del menor

gracia, de otro lado, permite enviar un mensaje contundente a la sociedad, a la familia y al Estado de que la vida {...} de los niños, niñas y adolescentes son bienes de superior y mayor jerarquía que deben ser tutelados con especial consideración {...}”. Respecto a esta disposición salvo su voto el magistrado Sigifredo Espinoza.

¹²⁸ DEL VILLAR DELGADO, Donaldo Danilo. Prisión Anticipada, A propósito del marco legal vigente en Colombia ISBN: 9789588918501. Bogotá: Librería Nacional, 2016. p. 291.

ocupan una protección privilegiada en nuestro régimen interno, también es cierto, que el legislador fijo unos tiempos, con el fin de dar trámite al desarrollo normal del proceso penal, incluyendo, un plazo razonable para resolver la situación jurídica de los procesados que se encuentren siendo procesados, algunos privados de su libertad de manera preventiva.

Por tal motivo, consideramos que la ley 1760 de 2015 y 1786 de 2016, por ser esta una norma posterior, la jurisprudencia debe enfocar su decisión en aras de garantizar los derechos del procesado cuando se aplique la detención preventiva, teniendo en cuenta que una vez superado el plazo razonable que el legislador previo para su privación de la libertad conforme a los parámetros establecidos en la ley 906 de 2004, resulta desproporcionado frente a la protección de los derechos del menor, toda vez que variaría la finalidad de la detención preventiva por una restricción injusta de la libertad, vulnerándose con ello la presunción de inocencia.

Proteger los derechos de los procesados se encuentra señalado en el sistema procesal penal de corte acusatorio,

específicamente en el principio de oportunidad que surge del Acto Legislativo 03 del 2002, con el ánimo de armonizar el ordenamiento penal a los principios del derecho internacional humanitario, además de cumplir con los fines del proceso penal colombiano.

Todo lo señalado anteriormente hace parte de una nueva justicia penal que se ha denominado “Sistema Penal Acusatorio” que consagra un Código Penal con sus normas reglamentarias y un Código de Procedimiento penal nuevo (Ley 906 de 2004). Pero que a partir de la expedición de la Ley 1098 de 2006 establece un trato preferencial y de interés superior cuando dentro de una acción penal o un hecho punible se encuentra inmerso un menor de edad, ya sea en calidad de víctima o de victimario. En relación a la primera el Código de infancia y la adolescencia señala en el artículo 199 la prohibición de beneficios o la aplicación de los subrogados penales, e impone ocho reglas para que la norma tenga una calidad de supralegal y en aras de proteger y garantizar la reparación integral del menor, como lo señalan los instrumentos internacionales, la 1098/2006 no viola ningún principio, como tampoco desconoce ningún precepto determinado en los fines de la

pena, más bien hace una ponderación jurídica que hace especial la necesidad de proteger y salvaguardar al niño, la niña y la adolescente. Más drástica la ley penal cuando los delitos afectan a un menor.

4.2. LA LIBERTAD COMO REGLA GENERAL Y NO COMO EXCEPCIÓN

Lo ha sostenido el Convenio Europeo de Derechos Humanos en el Artículo 5.3:

“3. Toda persona detenida o privada de libertad en las condiciones previstas en el párrafo 1 c), del presente artículo deberá ser conducida sin dilación ante un juez u otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado a juicio”¹²⁹

¹²⁹ ECHR. European Convention on Human Rights. Convenio Europeo de Derechos Humanos, 2010. [En línea] disponible en: <<https://goo.gl/ZsNRhY>>

En el derecho penal interno se puede invocar mediante una solicitud la medida de aseguramiento, sin que sea obligatoria la exhibición del material probatorio y la exhibición de las evidencias físicas. La Ley 906 del 2004 expresa un aseguramiento como una medida preventiva, esto a su vez facilita que los fiscales puedan solicitarla y los jueces de garantías puedan decretarlas, solo que las más lesivas se darán en un establecimiento carcelario.

En la jurisdicción especial que se da en la Ley 1098 de 2006, los delitos de índole penal que lesionen o afecten a un menor, la detención se hace de forma inmediata en un centro de reclusión. Siendo el artículo 199 quién impone la prohibición de aplicar los beneficios o subrogados judiciales o administrativos, salvo los beneficios por colaboración consagrados en la L. 906 de 2004, siempre y cuando, esta colaboración sea efectiva.

En los fallos de la Convención Americana de Derechos Humanos Art. 7.5:

“5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por

la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”¹³⁰

Es claro que este instrumento internacional busca la protección y la garantía de los derechos de los procesados, y de forma armoniosa cumple con el derecho internacional humanitario. Pero en un análisis de ponderación de derechos, son los mismos instrumentos jurídicos internacionales los que señalan el derecho preferente y del interés superior del menor, incluso a manera de derecho suprallegal, se impone sobre cualquier norma penal del derecho interno.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado al respecto, en el Caso Jorge, José y Dante Peirano Basso y República Oriental del Uruguay:

¹³⁰ OAS. Organization of American States. Convención americana sobre derechos humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos. [En línea] disponible en: <<https://goo.gl/LLxy3p>>

“Corte IDH. Caso Yvon Neptune vs Haití. Sentencia del 6 de mayo de 2008. 108. El Tribunal recalca que son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia del mantenimiento de las medidas cautelares que dictan conforme a su propio ordenamiento. Sin embargo, corresponde a esta Corte valorar si la actuación de tales autoridades se adecuó a los preceptos de la Convención Americana. Para ello, es necesario analizar si las actuaciones judiciales garantizaron no solamente la posibilidad formal de interponer alegatos sino la forma en que, sustantivamente, el derecho de defensa se manifestó como verdadera salvaguarda de los derechos del procesado, de tal suerte que implicara una respuesta motivada y oportuna por parte de las autoridades en relación con los descargos. Al respecto, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. La Corte resalta que en los casos de personas detenidas los jueces no tienen que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que los detenidos recuperen su libertad, sino que deben valorar

periódicamente si las causas y fines que justificaron la privación de libertad se mantienen, si la medida cautelar todavía es absolutamente necesaria para la consecución de esos fines y si es proporcional"¹³¹.

Comparativamente con el Código de Procedimiento Penal de Colombia, Ley 906 de 2004, se manifiesta ... en los convenios y tratados internacionales sobre derechos humanos, siempre se ha expresado que la duda que se presente se resolverá a favor del procesado, y en ningún caso la carga probatoria podrá revertirse para proferir sentencia condenatoria. También en el Código Penal Militar, Ley 522 de 1999, se consagra ... el procesado, condenado o absuelto mediante sentencia ejecutoriada, lo tratado en las mismas se da como cosa juzgada, y no podrá ser referida nuevamente contra el juzgado. Por último, es en la Constitución Política (1991) donde se consagra ... garantizar los derechos y deberes, facilitar la participación de todos, inclusive las informaciones y materiales probatorios que le sean favorables al procesado.

¹³¹ CIDH. Jorge, José y Dante Peirano Basso y República Oriental del Uruguay. (1 de mayo, 2007) Caso 12.553.

La Corte IDH. Caso Yvon Neptune vs Haití. Sentencia del 6 de mayo de 2008.

... “resalta que en los casos de personas detenidas los jueces no tienen que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que los detenidos recuperen su libertad, sino que deben valorar periódicamente que las causas y fines que justificaron la privación de libertad se mantienen, si la medida cautelar todavía es absolutamente necesaria para la consecución de esos fines y si es proporcional. En cualquier momento que la medida cautelar carezca de alguna de estas condiciones, deberá decretarse la libertad. De igual forma, ante cada solicitud de liberación del detenido, el juez tiene que motivar, aunque sea en forma mínima las razones por las que considera que la prisión preventiva debe mantenerse”¹³².

Es importante tener en cuenta el pronunciamiento de esta Corte, en razón a que es un acto racional y lógico, que el juez valore periódicamente la privación de la libertad de quien esta siendo procesado, para nuestro tema, bajo los parámetros establecidos en la L. 1098 de 2006, con el fin de

¹³² CIDH. Caso Yvon Neptune vs Haití. (6 de mayo, 2008)

verificar que realmente es proporcional la detención preventiva frente a la protección de los derechos del menor, realizando una ponderación entre este último y los fines de la detención preventiva en establecimiento carcelario, toda vez que, no puede compararse a los fines de la pena de prevención general y especial.

“141. En cuanto a este tipo de relación, en ningún caso la ley podrá disponer que algún tipo de delito quede excluido del régimen establecido para el cese de prisión preventiva o que determinados delitos reciban un tratamiento distinto respecto de los otros en materia de libertad durante el proceso, sin base en criterios objetivos y legítimas de discriminación, por la sola circunstancia de responder a estándares como "alarma social", "repercusión social", "peligrosidad" o algún otro. Esos juicios se fundamentan en criterios materiales, desvirtúan la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada, pues el predicamento de que todos los culpables reciban pena

presupone, precisamente, la previa declaración de su culpabilidad”¹³³

En ningún caso la ley podrá ir en contra de la Constitución Política como lo contempla el art 4 del mismo, y tratados internacionales ratificados por Colombia, es así que la Ley 1098 de 2006 en su art. 199, que prohíbe la sustitución de la medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento por detención en el lugar de residencia, ni tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, frente a los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, la Corte en este caso, menciona que sin importar la clase de delito, no puede excluirse por una ley, el cese de la detención preventiva, en especial en el tratamiento en materia de libertad durante el proceso, por el solo hecho de atender lo dispuesto única y exclusivamente a los fines de la pena, puesto que estaría en una grave violación de la presunción de inocencia frente a quien se encuentra sometido privado de su libertad por esta Ley.

¹³³ Ibid.

Sin embargo, es claro que existen unos postulados constitucionales y legales, en el que, de manera objetiva y subjetiva, dicha medida puede prorrogarse hasta por un (1) año más, siempre y cuando cumpla determinados requisitos para que se extienda por el doble del tiempo inicialmente contemplado para persecución de esclarecimiento de los hechos materia investigación, como lo contempla la L. 1786 de 2016, sin que la misma, pueda poner en riesgo hacia el futuro la seguridad personal de la víctima o la sociedad, la posible obstrucción a la justicia o un posible riesgo de fuga del procesado.

“180. Estos argumentos ratifican lo señalado respecto de los anteriores pronunciamientos. Se está deparando, a la prisión preventiva, un trato de pena anticipada, por medio de lo cual se vulnera el principio de inocencia y el derecho de defensa en juicio, ambos en cuanto a la pena anticipada que se aplica por el hecho investigado y a la que se aplica en virtud del supuesto hecho futuro”¹³⁴

¹³⁴ Ibid

Uno de los ejes centrales de la reforma que trae la L. 1760 de 2015 y la L. 1786 de 2016, en su último artículo, es derogar todas las disposiciones que sean contrarias al cuerpo de estas por ser incompatibles frente a la ley anterior, llevando con esto a variar la argumentación que venía manejando la Fiscalía General de la Nación y excepcionalmente la víctima al momento de solicitar la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, creándose un nuevo requisito debiéndose argumentar la insuficiencia de las medidas no privativas de la libertad, queriendo decir esto, que se amplía el ámbito de protección del derecho a la libertad y la presunción de inocencia del procesado, sin interesar el delito, Puesto que, en Colombia el legislador previo una serie de prohibiciones solamente con el nomen iuris de una hipótesis delictiva, afectando gravemente el principio de inocencia, puesto que se impone una condena sin un debate probatorio que permita demostrar más allá de duda razonable la culpabilidad de quien esta siendo procesado frente al punible endilgado.

“186. La discriminación legal para negar la libertad durante el proceso, fundada en el carácter reprobable de determinados tipos de delitos, viola, asimismo, el principio de igualdad, en virtud del cual se debe deparar

igual tratamiento a aquellas personas que se encuentran en una situación equivalente. Este tipo de distinción legal basada en el tipo de delito que se imputa a una persona no encuentra sustento en ninguno de los fundamentos procesales admisibles para justificar la prisión preventiva"¹³⁵

En los numerales señalados anteriormente se exponen los principios que garantizan los derechos de los procesados, de forma similar se hace en el ordenamiento penal colombiano, específicamente en la Ley 906 de 2004. Dejando entrever que los pactos internacionales y en los convenios internacionales son de obligatorio cumplimiento para el país que lo ratifico, y que tienen igual relevancia a una norma de interés penal interna.

Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs Ecuador. Sentencia de fondo. 21 de noviembre de 2007., así mismo, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia T-827 de 2005:

¹³⁵ Ibid.

“En relación con el tema de las medidas de aseguramiento no se puede dejar de lado el peso que le cabe al derecho a la presunción de inocencia. No se pueden perder de vista, sin embargo, las dificultades teóricas y prácticas que las medidas de aseguramiento implican cuando se proyectan sobre el derecho a la presunción de inocencia, sobre la garantía de libertad y sobre el derecho de defensa y contradicción. Bien sabido es que a la presunción de inocencia le subyace una valoración muy profunda que se conecta justamente con la necesidad de proteger la libertad del sindicado, así como con su derecho de defensa y contradicción. A partir de esta profunda justificación con fundamento en la cual se construye uno de los pilares más importantes del Estado de Derecho, se da por cierto que el acusado es inocente sin que este hecho esté aún probado, sin que nos conste”¹³⁶

La Corte Constitucional¹³⁷, ha hecho hincapié en que el derecho a la libertad del procesado debe prevalecer sobre

¹³⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia T-827 (10 de agosto, 2005) [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto]

¹³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-301 (29 de mayo, 1993). [M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz]. “Los artículos 29 de la Constitución

la privación injusta de la libertad, luego de agotarse un tiempo, el cual debe ser razonable ajustado a los términos señalados en la normatividad interna y respetando los tratados internacionales incorporados a nuestra legislación, a través del bloque de constitucionalidad, lo anterior con el fin de que la persona se le defina su situación jurídica dentro de un tiempo razonable, y no como anteriormente se podía prolongar en el tiempo sin justificación alguna vulnerando así el principio de presunción de inocencia.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la restricción de la libertad, en muchos de los casos, surgen como consecuencia de una medida de aseguramiento personal,

y 9º del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles impiden que, con base en simples indicios, se persista en la prolongación de la detención luego de un cierto lapso que de ninguna manera puede coincidir con el término de la pena ya que siendo ello así se desvirtuaría la finalidad eminentemente cautelar de la detención preventiva que terminaría convertida en un anticipado cumplimiento de la pena y se menoscabaría el principio de presunción de inocencia. Pese a que no es posible en abstracto traducir el concepto de detención preventiva razonable a un número determinado de días, semanas, meses o años o a una equivalencia según la gravedad de la ofensa, entre los múltiples factores a tener en cuenta para determinar la razonabilidad del plazo de detención preventiva debe considerarse el tiempo actual de detención, su duración en proporción a la ofensa, los efectos materiales o morales sobre la persona detenida, la conducta que exhiba el acusado durante la reclusión, las dificultades objetivas propias de la investigación - complejidad respecto a los hechos, número de testigos o acusados, necesidad de una evidencia concreta, etc. -, la conducta de las autoridades judiciales competentes, el peligro de fuga, la posibilidad de reincidencia y la capacidad de destrucción de la evidencia”

ya sea en establecimiento carcelario o en su lugar de residencia solicitado previamente por la Fiscalía General de la Nación, realizando un test de ponderación para su aplicación en el cual debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales y en cumplimiento de los elementos objetivos y subjetivos que trae la norma, para decretar por parte del Juez Penal con funciones de Control de Garantías la medida privativa de la libertad, puesto que esta debe cumplir con los fines constitucionales y legales, sin que se pueda confundir con los fines de la pena, toda vez que estos últimos se pueden aplicar única y exclusivamente, cuando el administrador de justicia tome una decisión en contra del procesado a través de una sentencia condenatoria.

Es ahí cuando se activa los fines de la pena, y no cuando está sometido a una detención preventiva como lo es la medida de aseguramiento privativa de la libertad, puesto que, con su prolongación, se estaría vulnerando los derechos y garantías del procesado, como lo son el de la dignidad humana, el debido proceso, la presunción de inocencia, entre otros.

La responsabilidad que exista una privación injusta de la libertad recae sobre aquellos sujetos que tienen la potestad de impartir una correcta y pronta justicia, toda vez que el procesado, no puede permanecer privado de su libertad sin motivos suficientes que así lo autorice excepcionalmente el vencimiento de términos, correrá en cabeza de la defensa cuando se den los presupuestos contenidos en el párrafo 3 del artículo 317 del Código de Procedimiento Penal, es así como se considera que si bien la víctima es un menor de edad, la detención preventiva en establecimiento carcelario no se puede convertir en el cumplimiento de una pena anticipada, considerándose ello un mensaje para la sociedad de manera negativa, puesto que dicho precepto no se debe mantener durante el tiempo como lo señala la Corte Constitucional:

“La detención preventiva, tiene una duración precaria o temporal porque su finalidad no es sancionatoria, ni está dirigida a resocializar, ni a prevenir el delito, ni a ejemplizar, sino que su finalidad es puramente procesal y

asegurar el resultado exitoso del proceso penal"¹³⁸, es por esto, que el incumplimiento, la negligencia e impericia de la administración de justicia no puede afectar al procesado en la restricción de la libertad de manera indefinida.

Es por esto por lo que, en diversas oportunidades, el legislador¹³⁹, la Corte Constitucional¹⁴⁰ y la Corte Suprema de Justicia se han pronunciado frente a la mora judicial y el plazo razonable, toda vez que está en juego la libertad y la presunción de inocencia de quien está siendo procesado, así mismo la Corte Constitucional ha sido enfático en los requisitos concurrentes para la imposición de la medida de aseguramiento el cual no tiene un carácter punitivo, sino que para su imposición se debe sustentar los fines y las razones constitucionalmente admisibles, a saber:

¹³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-425 (30 de abril, 2008) [M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra]

¹³⁹ Adición que trae el Parágrafo 1.º del Art. 1.º de la Ley 1760, 2015. Op. cit. Ley 906, 2004. Op. cit. art. 307.

¹⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-390 (26 de junio, 2014) [M.P. Alberto Rojas Ríos]. Sentencia C-395 (8 de septiembre, 1994) [M.P. Carlos Gaviria Díaz]. C-634 (31 de mayo, 2000) [M.P. Vladimiro Naranjo Mesa]. C-371 (14 de mayo, 2002) [M.P. Rodrigo Escobar Gil] y C-289 (18 de abril, 2012) [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto].

“La detención preventiva, por tratarse de una restricción a la libertad personal, debe estar precedida de los fundamentos jurídicos que conforme al artículo 28 de la Constitución la autorizan de manera excepcional al disponer que : “Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado..”, salvo que concurren tres requisitos, a saber: 1) mandamiento escrito de autoridad judicial competente, 2) que se expida con la observancia de las formalidades legales y 3) por la existencia de motivos previamente definidos en la ley. Se trata de una medida de naturaleza preventiva o cautelar y por ende provisional, que cumple unas finalidades específicas y que dada su naturaleza preventiva está relacionada con su carácter meramente instrumental o procesal –no punitivo– que impone su ineludible fundamentación, en cada caso concreto, en alguna de las finalidades mediante las cuales se provee a su justificación, a saber: 1. que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia, 2. que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima, y 3. que resulte probable que el

imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia, siendo éstas las únicas finalidades admisibles que pueden llevar a una privación de la libertad como medida cautelar. Si bien la Corte ha declarado la compatibilidad de la detención preventiva con el principio de presunción de inocencia, ha destacado también la necesidad de su justificación en fines y razones que sean constitucionalmente admisibles”¹⁴¹

En cuanto al tema de la presunción de inocencia, se ha podido observar que al emitirse la decisión de imponer medida de aseguramiento privativa de la libertad por parte del Juez Penal con Funciones de Control de Garantías, la misma no se debe entender como el cumplimiento de una pena anticipada, por el contrario, esta debe enfocarse en garantizar el debido desarrollo procesal en cumplimiento de los elementos objetivos y subjetivos del mismo, agotando los fines constitucionales y legales para que proceda la imposición de la medida de aseguramiento, es así como el doctor Alfonso Daza González ha manifestado que:

¹⁴¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-318 (9 de abril, 2008). [M.P. Jaime Córdoba Triviño]

“Un ejemplo adicional de desequilibrio entre fiscalía y defensa se evidencia en la figura de la detención preventiva enfrentada al principio de presunción de inocencia. En la presunción de inocencia, en la cual la duda se resuelve en favor del reo, la libertad es el principio general; las normas que la limitan – como la detención preventiva– deben interpretarse restrictivamente y las medidas de aseguramiento deben someterse a los criterios de necesidad, idoneidad, proporcionalidad y razonabilidad. En respeto de dichos principios, la detención preventiva, cuyos fines son análogos a los de la pena en sentido estricto, debe equipararse a una medida de aseguramiento procesal y no a una pena anticipada”¹⁴²

Consecuencia que se puede ver reflejada inclusive en la afectación de principios constitucionales y legales, como el de la igualdad de armas, puesto que al restringir el derecho de la libertad producto de una imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario, no solamente se vulnera la presunción de

¹⁴² DAZA GONZÁLEZ, Alfonso. El principio de igualdad de armas en el sistema procesal penal colombiano a partir del acto legislativo 03 de 2002. En: Revista Principia Iuris, 2009. (No. 12) p. 124.

inocencia, sino también el derecho de defensa material, puesto que la ley 906 de 2004 garantiza al procesado ejercer de manera libre su derecho de defensa material, sin que vaya en contra vía del ejercicio del derecho de defensa técnica, por lo anterior, es indudable que al restringir la libertad en determinados eventos, se vulnera derechos y garantías procesales que tiene el procesado desde el inicio de la investigación penal, independientemente del delito que se le imputa o acusa.

El garante de mantener el equilibrio entre el derecho de las víctimas y el procesado recae en el Estado, en razón a que, este último no puede omitir los derechos del menor en favor del procesado, sin embargo es importante tener en cuenta que la ley 1760 de 2015, exige unos elementos de juicio ante una eventual imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento de carcelario, puesto que esta no debe imponerse de manera automática, de acuerdo al parágrafo 2, del artículo 1 de dicha ley, exige probar la insuficiencia de las medidas no privativas de la libertad, lo cual haría que los derechos del menor no sean absolutos.

En este orden de ideas, si la ley 1760 de 2015, es una norma posterior y especial, que trata el tema de la restricción de la libertad, dejándose entre ver como una norma garantizadora de derechos fundamentales frente al procesado, no hace ninguna salvedad frente a los delitos contemplados en la ley 1098 de 2006, por lo anterior, se debería aplicar de manera favorable la norma posterior sobre la anterior, tal y como lo indica la Corte en sentencia C 371 de 2011:

"En principio, el carácter más o menos restrictivo de una disposición penal, por sí misma, no quebranta la Constitución. El principio de favorabilidad, plasmado en el tercer inciso del artículo 29 de la C.P., se dirige al juzgador y supone la existencia de estatutos permisivos o favorables que coexisten junto a normas restrictivas o desfavorables. La aplicación preferente de la norma favorable no significa la inconstitucionalidad de la desfavorable dejada de aplicar, tacha que solo puede deducirse de su autónomo escrutinio frente a la Constitución; El juez al asumir la función de intérprete genuino de dos disposiciones penales, igualmente especiales, está positivamente vinculado, como todo

hermeneuta en materia penal, por la norma que obliga a optar de manera preferente por la ley permisiva o favorable, máxime cuando ésta es posterior en el tiempo y comprende en su contenido la materia tratada por la anterior (C.P. art. 29)”¹⁴³

Lo anterior, en el sentido de que para la restricción de la libertad se debe argumentar con mayor rigurosidad por parte del fiscal delegado, la solicitud de la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, como es de conocimiento el derecho penal es la última ratio, la restricción de la libertad en establecimiento carcelario debe actuar como tal, siendo la última ratio y no como la regla general, enfocado como una intervención mínima del poder coercitivo que posee el Estado frente a determinados componentes de la actuación penal.

4.3. APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD Y LA SUSTITUCIÓN DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO EN EL LUGAR DE RESIDENCIA FRENTE A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PROCESADOS.

¹⁴³ Sentencia C-371, 2011. Op cit.

Ahora bien, tratándose de los temas de garantizar medidas menos restrictivas para las personas que se encuentran procesadas, es viable enfocarnos en que, una vez se cumpla lo contenido en cualquiera de los artículos 314, 317 y 318 de la Ley 906 de 2004, la medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario, es importante poner a consideración que dentro de los derechos del procesado, está en hacer menos restrictivo ciertos derechos y que a su vez, logre cumplir los fines contemplados en la Constitución y en la Ley respecto a la medida de aseguramiento, siendo esta un poco más benigna, en el sentido de otorgar no un beneficio, sino un principio o derecho humano como lo es el de sustituir la medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario por el del lugar de residencia, e inclusive la revocatoria de dicha medida de aseguramiento¹⁴⁴.

Lo anterior, con previo análisis de adecuación, ponderación, razonabilidad, proporcionalidad, y un debido sustento probatorio, que permita establecer que las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad no

¹⁴⁴ Sentencia C-301, 1993. Op cit.

son suficientes para garantizar el propósito adecuado al normal desarrollo del proceso penal a través de sus etapas y se deba aplicar las menos restrictivas, iniciando por las medidas de aseguramiento reales, luego las medidas de aseguramientos personales, como las no privativas de la libertad, la domiciliaria y en última instancia en establecimiento carcelario.

La restricción de la libertad en la detención preventiva, no debe tener como propósito la resocialización de quien está siendo procesado, toda vez que a esta persona no se le ha resuelto su situación jurídica, y se debe considerar la presunción de inocencia en cualquiera de los casos, dejando de un lado el encierro carcelario al procesado, y aplicándose una medida no privativa de la libertad que contempla el artículo 308 de la ley 906 de 2004, es por esta razón que, si bien, el legislador ha sido claro en prohibir la aplicación de algunos mecanismos de sustitución de medida de aseguramiento, frente a los delitos que contempla la ley 1098 de 2006 en su artículo 199, no debemos desconocer los derechos del procesado, bajo el entendido que no se debe confundir con los fines de la pena.

Con base en lo anterior, y teniendo en cuenta los delitos del que trata el artículo 199 de la ley 1098 de 2006, debemos propender por la protección de los derechos de la víctima, pero estos derechos no pueden desbordar, ni sobre pasar, los derechos que posee el procesado, ya sea imputado o acusado, al momento de aplicarse una detención preventiva intramural, puesto que estas medidas no pueden considerarse intemporal, sino por el contrario, se debe resolver su situación jurídica dentro de un plazo razonable, el cual se debe tomar desde el momento en que se vio restringida su derecho a la libertad, su derecho a la locomoción, y que no se debe desconocer, y que por error de la administración de justicia, que se presume la inocencia de quien está siendo procesado, desde su vinculación al proceso penal como presunto responsable de unos hechos punible materia de investigación, hasta que el ente acusador logre convencer al juez más allá de toda duda razonable la responsabilidad del mismo, o que este se someta a cualquier medio de negociación o preacuerdo entre fiscalía y procesado que permita, tener certeza de la responsabilidad penal del procesado.

Ahora debemos tener en cuenta que los delitos por los que se le imputa o se le acusa dependiendo de la etapa en la que se encuentre, son delitos que la sociedad no está dispuesta a permitir perdonar fácilmente, toda vez que son delitos graves en el cual el sujeto pasivo es una persona cualificada, es decir, son los niños, niñas y adolescentes, y que si se presume la inocencia de quien está siendo procesado, imponerle una medida de aseguramiento en establecimiento carcelario sin que se le haya resuelto su situación jurídica, puede ser mucho más peligroso para garantizar el derecho a la vida del mismo, en razón a que al momento de cruzar la puerta de la privación de la libertad en establecimiento carcelario, las personas que están condenados son capaces de tomar represalias en contra de quien apenas se está investigando si es o no el realmente responsable de unos hechos punibles, es por esta razón, que la tesis de que los derechos del procesado como fin del proceso penal, se deben proteger buscando alternativas que no trasgreda así mismo los derechos de la víctima, es por esta razón que, las medidas no privativas de la libertad se deben contemplar en primera medida, y justificar probatoriamente, porque resultan insuficientes, y se deba imponer la medida de aseguramiento privativa de la

libertad en su lugar de residencia o en establecimiento de carcelario, pero este último como imposición excepcional y no como regla general.

Por lo anterior, resulta aplicable lo manifestado por Gustavo Vitale:

“Encerrar a una persona en una cárcel es algo demasiado distinto a tratarlo como inocente; es, por el contrario, una clara manera de tratarlo como si fuera culpable (del delito del que solo se lo acusa). Si al acusado lo hacemos, entrar por una puerta de la cárcel sin saber si es inocente o culpable, sin duda alguna lo estamos castigando, ya que la cárcel importa siempre en los hechos una forma de castigo (y muchas veces una de las más crueles e inhumanas, de las que, incluso, suele no salirse vivo). Si encima de hacerlo -entrar por una puerta- de la cárcel no lo hacemos -salir por la otra-, lo más rápido posible, lo seguiremos tratando como culpable en una medida mucho más severa: le cerramos -la otra puerta- para que quede adentro, como si ya hubiéramos realizado el juicio previo y como si, en él, se hubiera ya demostrado con toda certeza su responsabilidad penal -

cosa que nunca puede saberse hasta el final del juicio previo-. Si eso ocurre lo estaremos encerrando en una cárcel por la sospecha de ser culpable, pero sin que se le haya efectuado el juicio previo que exige la Constitución nacional como condición para imponer una pena a cualquier persona. Para penarnos, antes debe probarse que hemos delinquido y ello, en cualquier Estado constitucional de derecho, solo puede lograrse reuniendo la prueba necesaria en ese enjuiciamiento anterior a la imposición de la pena"¹⁴⁵

¹⁴⁵ VITALE, Gustavo. Encarcelamiento de presuntos inocentes. Hacia la abolición de una barbarie. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. ISBN:9789507413285. p. 75 y 76.

COROLARIO

La prohibición de obtener algún beneficio, a cambio de su colaboración, efectivamente vulnera los derechos del procesado dentro del proceso penal, toda vez que se está restringiendo de unos derechos innatos a la persona, y que cuando pierde efectos jurídicos la detención preventiva, estamos frente a una privación injusta de la libertad, ya que desaparecen los presupuestos objetivos y subjetivos con el que se impuso la medida de aseguramiento, olvidando que tenemos alternativas a la detención preventiva, que garantice el fiel cumplimiento de los fines del proceso penal, sin necesidad de tener que acudir a la restricción de derechos fundamentales, como la libertad, la presunción de inocencia, el buen nombre, la dignidad humana, entre otros, y dejando de lado una pena inhumana y degradante, el cual podemos considerar que se debe aplicar las medidas de aseguramientos no privativas en primera instancia, realizando un barrido desde la menos restrictiva hasta la privación de la libertad en establecimiento carcelario, con el fin de que a futuro, si en dado caso se selecciona por aplicarse la de mayor restricción a la libertad, se pueda aplicar la sustitución de la

medida de aseguramiento como elemento accesorio, y así dar cumplimiento a cabalidad los fines del proceso penal y de la medida de aseguramiento.

CAPÍTULO QUINTO
NUMERALES TERCERO, SÉPTIMO Y OCTAVO FRENTE AL
FIN DEL PROCESO PENAL DE SOLUCIONAR EL
CONFLICTO SOCIAL QUE GENERA EL DELITO

ALFONSO DAZA GONZÁLEZ

INTRODUCCIÓN

En este capítulo se analizan los numerales 3º, 7º, y 8º de la Ley 1098 de 2006, a fin de determinar si cumplen con el fin del proceso penal de solucionar el conflicto social que genera el delito.

5.1. EL FIN DEL PROCESO PENAL DE SOLUCIONAR EL CONFLICTO SOCIAL QUE GENERA EL DELITO

Indicábamos en el capítulo segundo de este libro que el fin último del proceso penal en el actual modelo de Estado es:

“La solución del conflicto social que genera el delito, en razón a que se trata de un objetivo ligado a los postulados del Estado Social y democrático de derecho, que persigue la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, a través del cual se designa tanto la necesidad de remover o de atenuar los efectos nocivos que el ilícito produce en la vida social, como la de precaver la aparición del delito a través de la función de prevención limitada que corresponde al aparato estatal”¹⁴⁶

Aunado a la protección de los derechos de los procesados y de las víctimas, hemos señalado¹⁴⁷ que este fin social del proceso penal constituye el fin último del proceso penal en la medida que al Estado Social y Democrático de Derecho le corresponde *servir a la comunidad*¹⁴⁸, y en tales condiciones:

¹⁴⁶ ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Op. Cit. p. 2.

¹⁴⁷ DAZA GONZÁLEZ, Alfonso. La Discrecionalidad en el Ejercicio de la Acción Penal Frente a los Fines del Proceso Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho. Op. Cit. p. 261.

¹⁴⁸ Constitución Política. República de Colombia, 1991. Op. Cit. “Artículo 2º. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (...) Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para

“El proceso penal debe hacer lo propio, y por eso está llamado a *solucionar el conflicto social generado por el delito*. Al respecto, insistimos en señalar que el fin procesal es el de solucionar el conflicto social generado por el delito, no el de solucionar el conflicto social, pues ello nos llevaría a hablar de la política penal como política social, y de eso no se trata, como tampoco se trata de hacer política social en la cárcel”¹⁴⁹

5.2. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD, LOS PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES, Y LAS REBAJAS DE PENAS POR ACEPTACIÓN DE CARGOS FRENTE A LA SOLUCIÓN DEL CONFLICTO SOCIAL QUE GENERA EL DELITO.

En tales condiciones, consideramos que con los límites que impone el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional¹⁵⁰, en los delitos nacionales y transnacionales,

asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares” (subrayado y negrillas propias).

¹⁴⁹ PORTAL JURIDICO LEGAL. Máster Internacional En Derecho Penal- Santiago Mir Puig-MP3, 2000. [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2ezNDt6>>.

¹⁵⁰ Ley 74, 1968. Op. Cit. Art. 15 “2) Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que,

tanto los preacuerdos y negociaciones, como el principio de oportunidad, en los procesos penales que se siguen contra los adultos, bien sea en la jurisdicción ordinaria, en la Justicia Penal Militar y en la Justicia de Infancia y Adolescencia, estas instituciones deben constituir la regla general.

En lo referente a las rebajas de penas por aceptación de cargos, no existe razón, ni argumento alguno, para que en los delitos nacionales, transnacionales e internacionales no se concedan rebajas de penas por aceptación de cargos.

De acuerdo con lo anterior, es válido señalar que por la naturaleza de los delitos, crímenes internacionales: genocidio, lesa humanidad, guerra y agresión, le asiste al Estado el Deber de Investigarlos y Juzgarlos¹⁵¹, en atención, entre otros aspectos a lo señalado en los “Principios de derecho internacional reconocidos por el estatuto y por las

en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”

¹⁵¹ DAZA GONZÁLEZ, Alfonso. 2016. Los deberes del estado colombiano de investigar, juzgar y sancionar los delitos internacionales. Bogotá: Universidad Libre, 2016. ISBN 9789588791.

sentencia del Tribunal de Nuremberg"¹⁵², en la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los crímenes de Lesa Humanidad"¹⁵³, y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁵⁴, no se puede aplicar el principio de oportunidad, ni eliminar estos cargos por vía de un preacuerdo y negociación, pero nada se opone a que el imputado por tales conductas, al aceptarlas, tenga derecho a una rebaja de la pena por tal situación.

En tales condiciones, no entendemos la razón por la cual, tratándose de delitos nacionales, como son "los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes"¹⁵⁵, se prohíba la aplicación del principio de oportunidad^{156 157},

¹⁵² "Principios de derecho internacional reconocidos por el estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg. Aprobados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 1950"

¹⁵³ "Convención, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968"

¹⁵⁴ Ley 74, 1968. Op. Cit.

¹⁵⁵ Ley 1098, 2006. Op cit. Artículo 199.

¹⁵⁶ Ley 1098, 2006. Op cit. Artículo 199. "Beneficios y mecanismos sustitutivos; 3. No procederá la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad previsto en el artículo 324, Ley 906, 2004. Op. cit. numeral 8, para los casos de reparación integral de los perjuicios"

de los preacuerdos y negociaciones¹⁵⁸, y de las rebajas de penas por aceptación de cargos¹⁵⁹.

Esto, por supuesto, desconoce el mencionado fin del proceso penal de *solucionar el conflicto social que genera el delito*, y obliga a que, tratándose de las conductas mencionadas, al juicio oral vayan el 100% de las causas criminales.

Al contrastar estas cifras con las que nos presenta la doctrina foránea, encontramos que en Estados Unidos sólo van a juicio (*jury trial*) el 6% de los casos penales, mientras que el resto se soluciona por vía del *plea bargaining* o del

¹⁵⁷ Ley 906, 2004. Op. cit. art. 324. (Modificado.L.1312/2009) art. 2º. Causales. "El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos: Parágrafo 3) No se podrá aplicar el principio de oportunidad en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho (18) años"

¹⁵⁸ Ley 1098, 2006. Op cit. Artículo 199. "Beneficios y mecanismos sustitutivos; 7) No procederán las rebajas de pena con base en los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado", previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004"

¹⁵⁹ Ley 1098, 2006. Op cit. Artículo 199. "8) Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva"

*guilty plea*¹⁶⁰; algunos tratadistas consideran que esta cifra se aproxima al 10%¹⁶¹. En el sistema chileno, sólo por vía del principio de oportunidad, se reduce el ingreso de casos al conocimiento de los jueces en un 40%¹⁶².

El 100% por ciento que nos reporta la Ley de Infancia y Adolescencia, por negar la existencia de estas instituciones nos alarman, en razón a que resulta absurdo, por no decir ilógico, que a juicio se lleve el 100% de los casos criminales, pues ello no sólo contraría los desafíos que impone el sistema procesal penal del Estado Social y Democrático de Derecho, frente a la solución del conflicto social que genera el delito, sino que desconoce el equilibrio que debe existir en el proceso penal entre la eficiencia de sus

¹⁶⁰ H. C. Bassiouni. "Linee del processo penale negli USA", en *Prospettive del nuovo processo penale*, Giuffrè, Milán, 1978, p. 52, citado en: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. En: Teoría del garantismo penal*, 2ª. ed. Madrid: Trotta, 1997. p. 646.

¹⁶¹ UPAU. *Plea Bargaining: El Sistema no Contradictorio De Justicia Penal En EEUU*, 1998. [En línea] Disponible en: <<https://goo.gl/V12MrK>>. "El juicio por jurados del procedimiento penal estadounidense cumple un papel muy limitado en el sistema de atribución de responsabilidad penal, pues solo el 10% de las condenas son resultado de un juicio; El 90% de las condenas son obtenidas sin juicio, porque los imputados se declaran culpables con anterioridad a su realización"

¹⁶² "Las estadísticas [en Colombia] son pobres, si se tiene en cuenta que en países como Chile [el principio de oportunidad] se aplica en más del 60% de los casos, frente a un porcentaje cercano al 85% de respuestas tempranas de noticias criminales (sic), recuerda [Jaime] Granados" *ÁMBITO JURÍDICO*. El principio de oportunidad, ¿comodín o as del sistema acusatorio? (2 al 15 de febrero de 2009). p. 20.

estructuras y el respeto por los derechos de los procesados, pues por un lado se congestionan los despachos judiciales y por el otro, de manera particular con los preacuerdos y las negociaciones, se desconocen los derechos de los justiciables a obtener rebajas punitivas.

En lo relacionado con la eficiencia, la doctrina actual, particularmente la que defiende los postulados del sistema acusatorio, postula la necesidad de hacer frente al gran número de casos que ingresan en el sistema de justicia penal mediante la racionalización del esquema procesal¹⁶³.

Este uso racional del sistema procesal se expresa de diversas formas, siendo la más relevante la inclusión de mecanismos de selección o de desvío durante el proceso, sea para el no ejercicio de la acción penal, para no proseguir con la investigación, para no ejercer la potestad acusatoria, para no realizar el juicio oral o pleno, o incluso, para renunciar a la aplicación de la pena¹⁶⁴.

¹⁶³ DAMASKA, Mirian. Sistema Acusatorio y Juicio Oral. Bogotá: Editora jurídica de Colombia, 2004. p. 9.

¹⁶⁴ UPRIMNY, Rodrigo [et al.]. Garantismo, eficiencia y reforma procesal penal en Colombia Bogotá: Corporación Excelencia en la Justicia, 1999. p. 13-14.

En lo referente al garantismo, de carácter ideológico, entendida como la gran fuente de presión para el cambio, plantea la necesidad de brindar un trato adecuado a la persona que se ha visto inmersa por cualquier motivo en un proceso penal¹⁶⁵, por lo que consideramos necesario que se reconozcan salidas alternas al juicio oral, como el principio de oportunidad, sino que además se le permita al procesado obtener rebaja de penas por vía de las aceptaciones de cargos -*guilty plea*- y de los preacuerdos y negociaciones *plea bargaining*-.

La reforma procesal dada a través del Acto Legislativo 03 de 2002¹⁶⁶, buscaba darle este equilibrio al sistema penal, y por ello en la norma que la reglamentó: Ley 906 de 2004¹⁶⁷¹⁶⁸, se incluyó: principio de oportunidad, rebaja de penas por aceptación de cargos y rebajas de penas por preacuerdos y negociaciones.

¹⁶⁵ OROZCO ABAD, Iván. Sobre Los Límites De La Conciencia Humanitaria. Dilemas De La Paz y La Justicia En América Latina. Bogotá: Temis, 2005. ISBN 9789583505331. La expresión "conciencia humanitaria"

¹⁶⁶ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Acto Legislativo 03. (19 de diciembre 19, 2002). "Por el cual se reforma la Constitución Nacional" Diario Oficial 45.040.

¹⁶⁷ Ley 906, 2004. Op. Cit.

¹⁶⁸ Ley 675, 2001. Op cit.

En el principio de oportunidad, se creó esta institución con cuatro características fundamentales:

“a) es una figura de aplicación excepcional mediante la cual se le permite al fiscal suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal; b) las causales de su aplicación deben ser establecidas por el legislador de manera clara e inequívoca; c) debe ser aplicado en el marco de la política criminal del Estado; y, d) su ejercicio estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías”¹⁶⁹

Sin embargo, esta figura procesal, no ha tenido la aplicación que se esperaba:

“Así, en el Informe de Gestión de la Fiscalía General de la Nación revela que, durante el año 2008 y el primer trimestre de 2009, el principio de oportunidad se aplicó en 3.419 asuntos penales, de un total de 209.319 causas en

¹⁶⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-673 (12 de enero, 2005. [M.P. Clara Inés Vargas Hernández]

las que no se encontró mérito suficiente para investigar; es decir, se aplicó en el 1,63% de los casos”¹⁷⁰.

“Un trabajo académico elaborado por Gabriel Salamanca incluyó en su metodología una encuesta a jueces, fiscales y estudiantes de derecho sobre aspectos relacionados con el principio de oportunidad; En este estudio pudo corroborarse una situación paradójica: aunque el 83,3% de los encuestados concibe el principio de oportunidad como una herramienta de optimización del aparato de justicia, éstos advierten una gran diferencia entre el plano teórico (finalidad del principio) y el plano práctico (implementación del principio), pues continuamente [referencian] obstáculos de índole administrativa como la posible corrupción o arbitrariedad del aparato judicial en cuanto a la aplicación del principio de oportunidad Por su parte, el 16,6% restante considera que dicha institución está llamada a incrementar la cifra de impunidad, poniendo de presente los excesos que la Fiscalía podía llegar a cometer aplicándolo en casos muy graves o dejándolo de hacer

¹⁷⁰ FGN. Informe De Gestión 2008-2009, 2015. [En línea] disponible en: <<http://bit.ly/2ezWbjF>>. ISBN 9589715605. p. 55.

en casos que no merecían el reproche penal, atendiendo en unos y otros, a razones netamente políticas”¹⁷¹

Esta situación cuantitativa, nos llevó a señalar que:

“La ínfima aplicación de la figura en Colombia¹⁷² da cuenta de un sistema judicial excesivamente cauteloso, acaso timorato, en el cual se evidencia o bien una escasa preparación de los funcionarios encargados de aplicarla, o bien un fuerte arraigo en su actividad profesional de la cultura retributiva, o bien un temor – ciertamente fundado– de incurrir en la impunidad en los delitos o, en fin, una comprensión insuficiente y parca del proceso penal que desconoce la necesidad de dirigir su actividad al cumplimiento de unos fines ineludibles de estirpe constitucional”¹²²

¹⁷¹ SALAMANCA ROA, Gabriel H. El Juicio - Audiencias - Principio De La Oportunidad. , 2001. Available from:<<http://sistemapenalacusatori.blogspot.com.co/p/el-jucio-audiencias-principio-de-la.html>>.

¹⁷² FGN. Informe De Gestión 2008-2009. Op. cit. p.60. "Aunque la Fiscalía General de la Nación no considera expresamente en su informe que la aplicación del principio de oportunidad sea baja, encuentra que en la medida en que avanza el sistema penal acusatorio, se toma mayor solidez en la aplicación del principio"; DAZA GONZÁLEZ, Alfonso. La discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal frente a los fines del proceso penal en el estado social y democrático de derecho. Op. Cit. p. 22-23.

Tratándose de la Ley de Infancia y Adolescencia, en lo referente al principio de oportunidad, el problema no es su aplicación, sino su inexistencia cuando los victimarios son mayores de edad.

En lo que tiene que ver con el guilty plea¹⁷³ y el plea bargaining¹⁷⁴, la ley 906 de 2004 los reconoció como una necesidad del sistema procesal penal del Estado social y Democrático de Derecho. Sin embargo, la Ley de Infancia y Adolescencia, los niega.

¹⁷³ Ley 906, 2004. Op. Cit. art. 293. "*Procedimiento en caso de aceptación de la imputación. Modificado por el art. 69, Ley 1453 de 2011.* Si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación; Examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes, y convocará a audiencia para la individualización de la pena y sentencia"

¹⁷⁴ Ibid. art. 348. "*Finalidades:* Con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso; El funcionario, al celebrar los preacuerdos, debe observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de prestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento"; Constitución Política, 1991. Op. Cit.

COROLARIO

Debemos señalar que los numerales 3º, 7º, y 8º de la Ley 1098 de 2006, al igual que parágrafo 30 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, en lo referente a las conductas dolosas cuando la víctima es un menor de dieciocho años, no cumplen con el fin del proceso penal de solucionar el conflicto social que genera el delito, pues más allá de privilegiar el fin de la pena de *retribución*, así como el fin del proceso penal de *la decisión sobre la punibilidad del imputado*, no resuelven ningún conflicto social, en razón a que no permite la aplicación del principio de oportunidad, los preacuerdos y negociaciones, ni las rebajas de penas por aceptación de cargos, sentido en el cual desconocen la constitución política del Estado Social y Democrático de Derecho¹²⁵, el Acto legislativo que modificó la Constitución para dar vida al sistema acusatorio¹⁷⁵, así como el Código de Procedimiento Penal que reglamentó el sistema acusatorio¹⁷⁶, en lo referente a las rebajas de penas por aceptación de cargos, preacuerdos y negociaciones, y aún el principio de oportunidad, cuando las víctimas son

¹⁷⁵ Acto Legislativo 03, 2002. Op cit.

¹⁷⁶ Ley 906, 2004. Op. Cit.

mayores de edad, y en ese conjunto, el equilibrio legítimo y admisible del sistema procesal penal: respeto a los derechos de los justiciables y eficiencia de sus estructuras.

CAPÍTULO SEXTO

NUMERAL OCTAVO RESPECTO DE LA PROHIBICION DE CONCEDER LA LIBERTAD PROVISIONAL POR VENCIMIENTO DE TERMINOS NO ATRIBUIBLE AL PROCESADO FRENTE AL DERECHO A LA LIBERTAD DE LOS PROCESADOS

JONATHAN YESID BARRETO MORENO

INTRODUCCIÓN

En este capítulo se analiza el artículo 199 numeral octavo de la ley 1098 de 2006, en lo que respecta a la concesión de libertad provisional por vencimiento de términos no atribuible al procesado, con el fin de determinar si se vulnera el derecho a la libertad de los procesados.

6.1. LA LIBERTAD DERECHO FUNDAMENTAL DEL INDIVIDUO

En la introducción de este libro y como se ha venido comentando a lo largo del texto, los derechos humanos, el estado de derecho y la democracia son los elementos sin los cuales no podría generarse una visión de dignidad del hombre¹⁷⁷.

Adicional a esto el surgimiento del estado social y democrático de derecho ¹⁷⁸ trajo consigo una nueva manera de concebir el derecho en donde empezó a tener mayor relevancia la justicia material y el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos, perdiendo la norma el carácter omnipotente del cual estuvo revestida¹⁷⁹.

¹⁷⁷ GONZÁLEZ IBÁÑEZ, Joaquín. Op. cit. p.976

¹⁷⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-406 (5 de junio, 1992). [M.P. Ciro Angarita Barón]. "El término "social", ahora agregado a la clásica fórmula del Estado de Derecho, no debe ser entendido como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado. Una larga historia de transformaciones institucionales en las principales democracias constitucionales del mundo, está presente para dar testimonio de la trascendencia de este concepto"

¹⁷⁹ Ibid. "En el sistema jurídico del Estado social de derecho se acentúa de manera dramática el problema -planteado ya por Aristóteles- de la necesidad de adaptar, corregir, acondicionar la aplicación de la norma por medio de la intervención del juez. Pero esta intervención no se manifiesta sólo como el mecanismo necesario para solucionar una disfunción, sino también, y sobre todo, como un elemento indispensable para mejorar las condiciones de

Plasmado este principio en el artículo 228 de la constitución política colombiana indicando que dentro de las actuaciones de la administración de justicia prevalecerá el derecho sustancial.

Es así que la cláusula del Estado social de derecho establecida en el artículo primero de nuestra constitución lleva a que los órganos públicos establezcan procesos sociales, políticos y jurídicos, incluida la ley; atendiendo a los momentos históricos de la sociedad, otorgando a los ciudadanos condiciones materiales adecuadas para gozar de una igual libertad.

Atendiendo a este objetivo, la Constitución reconoció derechos sociales, económicos y culturales, estableciendo como deber del Estado el aseguramiento de la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional, se otorgó espacios de participación a los ciudadanos como usuarios y beneficiarios de los servicios y prestaciones estatales y se dieron nuevas pautas respecto

comunicación entre el derecho y la sociedad, es decir, para favorecer el logro del valor justicia (de la comunicación entre derecho y realidad), así ello conlleve un detrimento de la seguridad jurídica”

de la aplicación de los principios constitucionales en las decisiones judiciales y su relación con los valores y normas de la Carta¹⁸⁰.

Y es de lo anteriormente comentado que se derivan una serie de principios y valores que han definido, delimitado, y le han dado forma y contenido al derecho penal¹⁸¹. Y para el capítulo que nos ocupa nos centraremos en el derecho fundamental a la libertad del individuo. Entendida esta como el leitmotiv a lo largo de la historia, desarrollo y construcción de los derechos humanos a partir del cual se soportan los demás derechos y libertades específicas siendo este derecho el hilo conductor¹⁸².

Como bien lo indica el profesor CARBONELL¹⁸³ emitir un concepto sobre libertad es una tarea compleja ya que

¹⁸⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-111 (6 de marzo, 1997) [M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz]

¹⁸¹ UPRIMNY YEPES, Rodrigo. Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Nuevo Procedimiento Penal. Op. Cit.

¹⁸² DAZA GONZÁLEZ, Alfonso. Derecho a la Intimidad en las Actividades Preventivas y en los Actos de Investigación en el Nuevo Proceso Penal Colombiano. Bogotá: Editora Puentes Impresores Ltda, 2009. Aproximación a la Fundamentación de los Derechos Humanos. p. 22.

¹⁸³ CARBONELL, Miguel. Libertad y Derechos Fundamentales. [En línea] disponible en: <<https://goo.gl/gxUWii>> "Este texto forma parte de un estudio más amplio sobre los derechos fundamentales en la Constitución

debido a su contenido emotivo ha sido utilizado por los más crueles regímenes. Al respecto cita a Montesquieu quien en El Espíritu de las leyes advertía que:

“no hay una palabra que haya recibido significaciones tan diferentes y que haya conmocionado los espíritus de tantas maneras como la palabra *libertad*; el propio Montesquieu señalaba también el muy distinto entendimiento que ya desde hace siglos se hace de la libertad: unos la consideran como la facultad de deponer a quien han dado un poder tiránico; otros como la facultad de elegir a quién deben obedecer; otros como el derecho a ir armados y poder ejercer la violencia; otros como el privilegio de no ser gobernados sino por un hombre de su nación o por sus propias leyes. Hace tiempo cierto pueblo hizo consistir la libertad en el uso de llevar una larga barba. Unos han adjudicado ese nombre a una forma de gobierno y han excluido de él a las demás. Los que gustaban del gobierno republicano la han asociado con ese gobierno; los que disfrutaban del gobierno monárquico la han situado en la monarquía. En

mexicana que será publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la Comisión Nacional de Derecho Humanos”

fin, cada cual ha llamado libertad al gobierno que se ajustaba a sus costumbres o a sus inclinaciones”¹⁸⁴

El derecho que nos ocupa, el de la libertad personal tiene su fundamento constitucional en el artículo 28 de la Constitución donde se establece:

“Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo preminente definido en la ley”¹⁸⁵

Además, Colombia es Estado parte en varios tratados internacionales en los cuales se compromete a respetar y garantizar este. Es así que el numeral 1 del artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos indica que “Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personales”, constituyendo en el numeral 2, que “Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y las condiciones fijadas de antemano por las

¹⁸⁴ Ibid.

¹⁸⁵ Constitución Política de Colombia, 1991. Op cit. art.28

Constituciones políticas de los Estados partes o por las leyes fijadas conforme a ellas”¹⁸⁶

A su vez, el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 9, el derecho a libertad y seguridad personales, indicando que: “Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta”¹⁸⁷

En concordancia con lo anterior la Honorable Corte Constitucional Colombiana desde su conformación ha mantenido el concepto de libertad así:

“La libertad personal, principio y derecho fundante del Estado Social de Derecho, comprende la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios, como la proscripción de todo acto de

¹⁸⁶ Convención americana sobre derechos humanos, 1969. Op. cit.

¹⁸⁷ OHCHR. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (16 de diciembre, 1966). [En línea] Disponible en: < <https://goo.gl/CLVjcm>>

coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona so juzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente”¹⁸⁸

Del anterior desarrollo normativo se desprende que:

“la libertad al igual que la dignidad humana y la igualdad, tiene una naturaleza polivalente en el ordenamiento jurídico colombiano, pues se trata de manera simultánea de un valor, un principio y, a su vez, muchos de sus ámbitos específicos son reconocidos como derechos fundamentales plasmados en el texto constitucional”¹⁸⁹

6.2. LIMITACIONES AL DERECHO FUNDAMENTAL DE LIBERTAD

Si bien es cierto, que la libertad como derecho es un pilar esencial del estado social de derecho, no goza de un

¹⁸⁸ Sentencia C-342, 2017 [M.P. Alberto Rojas Ríos], (citando la sentencia C-774, 2001, [M.P. Rodrigo Escobar Gil], (consideración jurídica No. 4.2.) citando las sentencias C-301, 1993 y C-634, 2000. En idéntico sentido la Sentencia C-469, 2016, (consideración jurídica No. 8), citando las Sentencias C-301, 1993 y C-327, 1997.

¹⁸⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-276 (25 de mayo, 2016). [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

carácter absoluto e ilimitado. Ya que al igual que los demás derechos fundamentales tiene restricciones¹⁹⁰.

Al respecto constitucionalmente se ha indicado que el interés superior de la sociedad prima sobre la libertad personal exigiendo la privación o restricción de este derecho. Pero esto debe ceñirse a una serie de reglas cuyo fin es el de enmarcar la actividad del estado frente a esta libertad fundamental¹⁹¹, para así evitar arbitrariedades¹⁹².

Es así como el ordenamiento jurídico colombiano establece la posibilidad de proferir medidas restrictivas de la libertad, siempre y cuando se ciñan a mandatos legales preexistentes al momento de la comisión de la conducta.

“La restricción del derecho a la libertad debe estar entonces, plenamente justificada en el cumplimiento de fines necesarios para la protección de derechos o

¹⁹⁰ Sentencias de la Corte Constitucional: C-024 de 1994, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero; C-578, 1995. Op cit.; C-327, 1997. Op cit.; C-634, 2000. Op. cit.; C-581, 2001; C-774, 2001. Op cit.; C-622, 2003; C-030, 2003 y C-330 de 2003.

¹⁹¹ Sentencias de la Corte Constitucional C-730 de 2005 y C-1001 de 2005.

¹⁹² Sentencias de la Corte Constitucional C-1024 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra y C-1001 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

bienes constitucionales y, además, ser notoriamente útil y manifiestamente indispensable para el logro de tales objetivos”¹⁹³

6.2.1. El Derecho Penal como límite racional a la privación de la libertad en el estado social de derecho.

A lo largo de la historia el poder punitivo fue el principal mecanismo para el dominio irracional de los pueblos y el castigo de quienes no compartían las ideas de los gobernantes¹⁹⁴. El poder judicial se utilizaba a capricho del monarca para “sancionar” si es que se puede llamar así, cualquier tipo de desobediencia ¹⁹⁵ y los jueces eran simplemente subordinados de los tiranos¹⁹⁶.

Claro ejemplo de esto ilustra BECCARIA en su texto de los delitos y las penas indicando:

¹⁹³ Sentencia T-276, 2016. Op. cit. Numeral 2.3.2. Fundamento constitucional de la limitación de la libertad.

¹⁹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La cuestión criminal, Buenos Aires: Planeta, 2012. ISBN: 9789587492590. p. 29 y ss.

¹⁹⁵ FOUCAULT, Michel, Vigilar y Castigar. Buenos Aires: Siglo XXI, 2003. ISBN: 987987014X. p. 198.

¹⁹⁶ Ibid. p. 227: “Toda esta “arbitrariedad” que, en el antiguo régimen penal, permitía a los jueces modular la pena y a los príncipes ponerle fin eventualmente, toda esta arbitrariedad que los códigos modernos le han retirado al poder judicial, la vemos reconstituirse, progresivamente, del lado del poder que administra y controla el castigo”.

“un error no menos común que contrario al fin social, que es la opinión de la propia seguridad, nace de dejar al arbitrio del magistrado, ejecutor de las leyes, el encarcelar a un ciudadano, quitar la libertad a un enemigo con pretextos frívolos y el dejar sin castigo a un amigo con desprecio de los indicios más fuertes”¹⁹⁷

Como respuesta a tan injustas actuaciones, surgieron voces que buscaban erradicar las arbitrariedades y controlar el abuso de los poderosos mediante el establecimiento de unas garantías mínimas que limitaran la privación de la libertad de las personas¹⁹⁸, las bases fundamentales se encuentran en la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: (i) la exigencia de lesividad de los delitos¹⁹⁹, (ii) el principio de legalidad²⁰⁰, (iii) la necesidad de

¹⁹⁷ BECCARIA, Cesare. De los delitos y de las penas. Madrid: Alianza, 1998. ISBN: 8479690097.

¹⁹⁸ Ibid. FEUERBACH, Paula Johann Anselm von. Tratado de Derecho penal vigente en Alemania. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. ISBN: 9509079812. HOWARD, John: El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales. México: Fondo de Cultura Económica, 2003. ISBN: 9789681661847.

¹⁹⁹ Consejo Constitucional de Francia. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. [En línea] disponible en: <<https://bit.ly/2MMekgE>> art. 5 “La ley sólo puede prohibir las acciones que son perjudiciales a la sociedad. Lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido. Nadie puede verse obligado a aquello que la ley no ordena”.

la pena²⁰¹ y (iv) la presunción de inocencia²⁰², los cuales aún se mantienen como algunas de las garantías irrenunciables para cualquier Estado de Derecho.

“Estos principios, fueron pilares fundamentales en la redacción de varios Códigos Penales y de Procedimiento Penal en Europa y Latinoamérica los cuales tenían como finalidad establecer reglas claras para impedir la arbitrariedad y los abusos en el poder punitivo; El Derecho Penal moderno no surgió entonces como una afirmación de la ley del talión, sino por el contrario, como un conjunto de garantías mínimas que no solamente buscan blindar a la sociedad del delito, sino también resguardar al acusado de la venganza privada y de los excesos del poder punitivo del Estado; Dentro de tales garantías se

²⁰⁰ Ibid. art. 7 “Ningún hombre puede ser acusado, arrestado y mantenido en confinamiento, excepto en los casos determinados por la ley, y de acuerdo con las formas por ésta prescritas. Todo aquél que promueva, solicite, ejecute o haga que sean ejecutadas órdenes arbitrarias, debe ser castigado, y todo ciudadano requerido o aprehendido por virtud de la ley debe obedecer inmediatamente, y se hace culpable si ofrece resistencia”

²⁰¹ Ibid. art. 8 “La ley no debe imponer otras penas que aquéllas que son estricta y evidentemente necesarias; y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley promulgada con anterioridad a la ofensa y legalmente aplicada”

²⁰² Ibid. art. 9 “Todo hombre es considerado inocente hasta que ha sido declarado convicto. Si se estima que su arresto es indispensable, cualquier rigor mayor del indispensable para asegurar su persona ha de ser severamente reprimido por la ley”

destacan²⁰³: (i) la exigencia de la existencia de un delito para la aplicación de una pena (*nulla poena sine crimine*); (ii) el principio de legalidad (*nullum crimen sine lege*); (iii) el principio de necesidad (*nulla lex poenalis sine necessitate*); (iv) el principio de lesividad (*nulla necessitas sine iniuria*); (v) el Derecho Penal de acto (*nulla iniuria sine actione*); (vi) el principio de culpabilidad (*nulla actio sine culpa*); (vii) el principio de jurisdiccionalidad (*nulla culpa sine iudicio*); (viii) el principio acusatorio (*nullum iudicium sine accusatione*); (ix) el debido proceso probatorio (*nulla accusatio sine probatione*); y (x) el derecho a la defensa (*nulla probatio sine defensione*)²⁰⁴

La existencia de diez axiomas llevan a la existencia también de diez principios axiológicos, que se pueden condensar de la siguiente forma: La exigencia de un delito para la aplicación de la pena parte del principio de calificar una conducta como delito, sobre todo que esta conducta se haya establecido como tal delito y con anterioridad a la realización de esa conducta; luego entonces “ningún delito, ninguna pena sin ley previa” es una traducción de la

²⁰³ FERRAJOLI, Luigi. Op cit. p.340.

²⁰⁴ Ibid.

frase en latín “Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege”. De forma sucinta se señalan todos, con sus principios axiológicos dentro del ordenamiento penal colombiano, así:

| Axioma | Principios axiológicos |
|----------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------|
| Nulla poena sine crimine. Nula es la pena, sin crimen. | Retributividad o sucesividad de la pena respecto del delito; |
| Nullum crimen sine lege. No hay crimen sin ley previa. | Legalidad, en sentido lato o en sentido estricto; |
| Nulla lex (poenalis) sine necessitate. No ha ley sin necesidad. | Necesidad o de economía del derecho penal; |
| Nulla necessitas sine iniuria. No hay necesidad si no hay injuria/daño. | Lesividad o de la ofensividad del acto; |
| Nulla iniuria sine actione. No hay daño sin acción. | Materialidad o de la exterioridad de la acción; |
| Nulla actio sine culpa. No hay acción sin culpa. | Culpabilidad o de la responsabilidad personal; |
| Axioma | Principios axiológicos |

| | |
|-------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------|
| Nulla culpa sine iudicio. No hay culpa sin indicio. | Jurisdiccionalidad, también en sentido lato o en sentido estricto; |
| Nullum indicium sine accusatione. Nulo es el juicio sin acusación. | Acusatorio o de la separación entre juez y acusación; |
| Nulla accusatio sine probatione. Nula es la acusación sin prueba. | Carga de la prueba o de verificación; |
| Nulla probatio sine defensione. Nula es la prueba si no hay defensa. | Contradictorio, o de la defensa, o de refutación. |

Los anteriores diez axiomas hacen parte del garantismo penal, o mejor dentro del sistema penal garantista, que en términos jurídicos “Llamo garantista, cognitivo o de estricta legalidad al sistema penal “Sistema garantista”.

6.2.2. GARANTÍAS PENALES CONSAGRADAS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Al respecto, la Carta Política Colombiana establece una serie de directrices o bien llamadas garantías penales sustanciales a las cuales debe ceñirse el legislador al momento de expedir normas y el juez al momento de aplicar estas, buscando así, garantizar los derechos de los individuos. Constituyéndose estos valores, principios y preceptos en los fundamentos constitucionales del derecho penal²⁰⁵:

En primer lugar, el principio de legalidad, el cual indica que, si hay lugar a una limitación, los requisitos deberán ser fijados por la ley, y al tratarse de libertad personal, la Constitución establece una estricta reserva legal. Entendido este principio en sus dos concepciones, en sentido amplio o mera legalidad, que se refiere a la prohibición de juzgar una persona si no existe una ley previa que defina la conducta objeto de reproche, y el principio de estricta legalidad, que define una técnica legislativa basada en el uso de descripciones de tales conductas bajo el nivel más alto

²⁰⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-365 (16 de mayo, 2012) [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

posible de precisión, y es por lo tanto, una condición a la legislación²⁰⁶.

En segundo lugar, se encuentra la exclusiva protección de bienes jurídicos, originario del carácter social del Estado, según el cual, el derecho penal tiene como único fin la protección de bienes jurídicos¹, es decir, para salvaguardar los valores esenciales de la sociedad.

Este principio va íntimamente ligado a la necesidad de la intervención penal con carácter subsidiario, fragmentario y de última ratio del Derecho penal²⁰⁷.

Configurándose esto en:

“el principio de subsidiariedad, se ha de recurrir primero y siempre a otros controles menos gravosos existentes dentro del sistema estatal antes de utilizar el penal²⁰⁸;

²⁰⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-091 (15 de febrero de 2017). [M.P. Maria Victoria Calle].

²⁰⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan: Lecciones de Derecho penal. Madrid: Trotta, 1997. ISBN: 9788481641851. p. 65 y ss.

²⁰⁸ Ibid. p. 66. En similar sentido ROXIN, Claus: Derecho penal. Parte general. Madrid: Civitas, 1997. ISBN: 9788447050260. p. 49 y ss;

según el principio de última ratio el Estado sólo puede recurrir a él cuando hayan fallado todos los demás controles y respecto del principio de fragmentariedad el Derecho penal solamente puede aplicarse a los ataques más graves frente a los bienes jurídicos²⁰⁹.

En tercer lugar, el principio de culpabilidad procedente del artículo 29 de la Carta Política, y que en nuestro ordenamiento jurídico implica:

El Derecho penal de acto, bajo el cual se castiga al ser humano por sus actuaciones, por su conducta social, y no por sus sentimientos o pensamientos²¹⁰.

“El principio según el cual no hay acción sin voluntad, que exige la configuración del elemento subjetivo del delito. Entendiéndose que no puede castigarse si se carece de intención, esto es, realización de la conducta

JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho penal, Parte general. Granada: Comares, 2002. ISBN: 9788484446415. p. 56 y ss.

²⁰⁹ Ibid.

²¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-239 (20 de mayo, 1997). [M.P. Carlos Gaviria Díaz]. En igual sentido: CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-179 (10 de abril, 1997). [M.P. Fabio Morón Díaz]; C-228 (18 de marzo, 2003). [M.P. Alfredo Beltrán Sierra]

con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer²¹¹; Y el grado de culpabilidad como uno de los criterios básicos de imposición de la pena, entendiendo que al autor se le impone una sanción, mayor o menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad"²¹²

En cuarto lugar, los principios de razonabilidad y proporcionalidad en materia penal²¹³, según los cuales deben haber que realizar una ponderación entre “las finalidades de prevención y represión del delito con los derechos fundamentales de las personas, como el derecho a la libertad y al debido proceso”²¹⁴.

En quinto lugar, la finalidad preventiva del derecho penal, bajo el entendido de que la privación de la libertad en un

²¹¹ Ibid. En el mismo sentido: CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. C-616 (6 de agosto, 2002). [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa]; C-928 (6 de septiembre, 2005). [M.P. Jaime Araujo Rentería]

²¹² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-239, 1997. Op. cit.

²¹³ Sobre la aplicación específica de estos principios en materia penal, ver: MIR PUIG, Santiago: Bases constitucionales del Derecho penal. op. cit, 94 y ss y AGUADO CORREA, Teresa: El principio de proporcionalidad en materia penal. Madrid: Edersa, 1999. ISBN: 84713094401. p. 49 y ss.

²¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-247 (16 de marzo, 2004. [M.P. Alvaro Tafur Galvis].

Estado Social de Derecho debe cumplir con sus finalidades constitucionales:

“La prevención general negativa busca enviar un mensajes a la sociedad para que todos los ciudadanos no cometan delitos disuadiendo a futuros autores²¹⁵, por lo cual, la pena debe tener efectos disuasivos, ya que la ley penal pretende que los asociados se abstengan de realizar el comportamiento delictivo so pena de incurrir en la imposición de sanciones²¹⁶; La prevención especial negativa señala que la pena puede tener también como misión impedir que el delincuente reincida ²¹⁷ ; La prevención especial positiva indica que la función de la pena debe ser la reintegración del individuo a la

²¹⁵ BECCARIA, Cesare. Op cit. p. 31-32. FEUERBACH, Paula Johann Anselm von. Op. cit. p.61. ROXIN, Claus: Derecho penal. Parte general. Op. cit. p.89. JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. Op. cit. MIR PUIG, Santiago. Derecho penal. Parte General. Op. cit. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes. Derecho Penal. Parte General. Valencia: Tirant lo Banch, 2007. ISBN: 9788498769210. p.48. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: Retribución y prevención general. Buenos Aires: B de F, 2006. ISBN: 9789974578814. p. 26.

²¹⁶ Sentencia C-144, 1996. Op. cit.

²¹⁷ LISZT, Franz. Tratado de Derecho penal. Madrid: Reus, 1916. ISBN: 978842901345. p.10; ROXIN, Claus: Derecho penal. Parte general. Op cit. p.85. JESCHECK, Hans – Heinrich: Tratado de Derecho penal. Parte general, Comares, Granada, 2002; MIR PUIG, Santiago. Derecho penal. Parte General. Op. cit.; MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes. Op. cit.

sociedad²¹⁸, también llamada resocialización²¹⁹; Y la prevención general positiva reconoce la finalidad de la pena como el reconocimiento de la norma buscando así restablecer la vigencia de la misma afectada por el delito²²⁰

Estos principios son esenciales y de obligatorio cumplimiento dentro de un Estado Social de Derecho, pero cabe recordar que no son los únicos que deben emplearse dentro del proceso penal ya que el catálogo es amplio e imperativo en su aplicación. Pero para la presente investigación resaltan a la vista la dignidad humana, la prohibición de dilaciones injustificadas, la lealtad, la concentración y la libertad; derechos los cuales terminan teniendo un mayor grado de afectación para el procesado con la prohibición establecida en el numeral 8 del artículo 199 de la ley 1098 de 2006.

²¹⁸ LISZT, Franz. Op. cit. JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. Op. cit. p.5; ROXIN, Claus: Derecho penal. Parte general. Op cit. MIR PUIG, Santiago. Derecho penal. Parte General. Op. cit.; MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes. Op. cit.

²¹⁹ ROXIN, Claus: Derecho penal. Parte general. Op cit. p.87.

²²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-806 (3 de octubre, 2002). [M.P. Clara Inés Vargas Hernández].

6.3. JURISPRUDENCIA NACIONAL RESPECTO DE LA PROHIBICIÓN DE LA LIBERTAD POR VENCIMIENTO DE TERMINOS EN RELACIÓN CON LOS DELITOS DE HOMICIDIO O LESIONES PERSONALES BAJO MODALIDAD DOLOSA, DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES O SECUESTRO COMETIDOS CONTRA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.

Al respecto nos basamos en la línea jurisprudencial detallada en Sentencia 84957 de abril 11 de 2016 emitida por la Corte Suprema de Justicia Sala Penal.

6.3.1. Negación Legislativa

Respecto del artículo 199 de la ley 1098 de 2006 en el auto inadmisorio de casación del 17 de septiembre de 2009, bajo radicación 30299 si bien no se trató sobre la libertad provisional por vencimiento de términos, su motivación respecto de la negación de rebaja de pena trazo los inicios del presente tema de investigación indicando:

“En su interpretación natural y obvia, es claro que el precepto atrás destacado (artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006) busca

cerrar cualquier puerta que en la delimitación exhaustiva de los siete numerales anteriores pueda quedar abierta, hacienda inequívoco el interés del legislador en que a la persona imputada, acusada o condenada por esos delitos señalados en el inciso primero del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, que arrojen como víctimas a infantes y adolescentes, no se les otorgue ningún tipo de beneficio. rebaja o prebenda legal, judicial o administrativa, con la sola excepción, porque expresamente se dejó sentada ella, de los beneficios por colaboración eficaz, Y basta verificar el contenido íntegro del artículo 199 en cita, en particular sus 8 numerales y el párrafo, para definir inconcuso el querer del legislador, que se extiende al inicio mismo de la investigación penal, en punto de las medidas de aseguramiento a imponer y su imposibilidad de sustitución; el desarrollo de la misma, con limitaciones respecto del principio de oportunidad y las formas de terminación anticipada del proceso; el contenido del fallo, restringiendo la posibilidad de conceder subrogados; y la fase ejecutiva de la pena, impidiendo la libertad condicional o la sustitución de la sanción”²²¹

²²¹ Ley 1098, 2006. Op. cit.

Dicha argumentación tiene su génesis en la Corte Constitucional, en el estudio y análisis que hace sobre los “Beneficios y mecanismos sustitutivos”, en los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, de que trata el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, y que se exponen en la sentencia C-738 del 2008 (Julio 23 del 2008) con ponencia del magistrado “Marco Gerardo Monroy Cabra”, de forma sucinta manifiestan:

... (...) se hace un cuestionamiento de las figuras penales “Beneficios y mecanismos sustitutivos” que dentro de su texto buscan garantizar la protección prevalente y del interés superior de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Significa que quién cometa un delito donde esté involucrado un menor, tanto los derechos y las garantías de estos deberán ser interpretados a favor de los intereses de los menores de edad. Aunque el ordenamiento constitucional autoriza a la Fiscalía a renunciar o suspender la acción penal bajo supervisión de su legalidad a cargo del juez de control de garantías; la Fiscalía no podrá aplicar este precepto y siempre tendrá que cumplir sus funciones por cuanto el ordenamiento jurídico establecido para los

niños, niñas y adolescentes hacen parte de las normas supralegales, del orden preferente y de interés superior.

El artículo 250 de la Constitución Nacional (1991), ha establecido la aplicación del principio de oportunidad que implica la renuncia del Estado a perseguir y castigar el delito para la ley de los mayores de edad, como lo establece el ordenamiento jurídico penal colombiano; pero dando cumplimiento a los compromisos internacionales adquiridos por Colombia en materia de persecución de delitos de cierto impacto, impiden que el legislador autorice la aplicación del principio de oportunidad se sigue los lineamientos y directrices de la política criminal y los principios axiológicos del Derecho Penal (Ley 599 del 2000) y su Código de procedimiento penal (Ley 906 del 2004) que enmarca el Sistema Penal Acusatorio; que de forma general regla la administración de la justicia penal para mayores de edad. Lo concerniente a los niños, niñas y adolescentes está bajo la Ley 1098 de 2006, que modifica la ley penal en el sentido garantista y de la justicia premial, así como modifica el Código de procedimiento penal, cuando se busca que el aparato de justicia sea altamente drástico e inquisitivo cuando los delitos se cometan contra los menores de edad.

El 28 de abril de 2010 en radicado 34044, frente a una solicitud de Habeas Corpus, tras citar la anterior decisión, se agregó que:

"la negativa de la libertad provisional con apoyo en los razonamientos reseñados no significa el desconocimiento del principio de presunción de inocencia, sino que respeta la libertad de configuración legislativa, así como los intereses prevalentes de los menores de edad, víctimas de abuso sexual y de otras conductas punibles"²²²

Esa tesis fue reiterada el 10 de octubre de 2011 en radicado. 37616, mediante una decisión de igual naturaleza indicando:

“cuando se trate de delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales o secuestro cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las distintas exclusiones de beneficios excarcelatorios contemplados en el Código de la

²²² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala De Casación Penal, Colombia. Radicación No. 34044. (30 octubre, 2013). [M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve]

Infancia y la Adolescencia contenido en la Ley 1098 de 2006, bajo el entendido que el precepto 199 también comprende las concernientes a la libertad provisional, que en virtud de la prevalencia de los derechos de los menores (art. 44 de la Constitución Política), se ve restringida por así disponerlo el numeral 8 y parágrafo de esta norma, en forma tal que a las personas imputadas, acusadas o condenadas por esa clase de reatos en que como se dijo sean sujetos víctimas infantiles y adolescentes, no les sea concedido ningún tipo de beneficio, rebaja o prebenda legal o administrativa, salvo los beneficios por colaboración eficaz únicos admitidos por la propia ley; hasta este punto la Sala, a través de reiteradas decisiones de Habeas Corpus, concluía que el legislador, en el artículo 199 del Código de la Infancia y la adolescencia, en garantía de los intereses prevalentes de los menores de edad, prohibió todo beneficio a favor de los procesados y condenados por delitos sexuales en contra de niños, niñas y adolescentes, incluida la libertad provisional por vencimiento de términos"²²³

Entonces se evidencia que las decisiones de Habeas Corpus hasta este momento tienen como sustento el mandato obligatorio por parte del legislativo, entendido este dentro

²²³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala De Casación Penal, Colombia. Radicación No. 37616 (10 de octubre, 2011). [M.P. Luis Guillermo Salazar Otero]

del derecho constitucional como la expresa la voluntad del constituyente primario²²⁴ el cual se desarrolla mediante el poder constituyente derivado²²⁵; esto en el sentido de otorgar prevalencia a los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes; acatando además normas supralegales, del orden preferente y de interés superior en este sentido.

6.3.2. Negación Supralegal

El fallo de 30 de mayo de 2012, radicado 37668, cambio la manera en que se venía interpretando el problema. Paso a darse prioridad a los intereses prevalentes de los menores de edad colocándose estos en primer orden de argumentación, indicando:

²²⁴ Calzada Patrón, Feliciano. "El poder constituyente", Derecho Constitucional, México DF, Harla. 1990, pp. 155-161. "la voluntad política creadora del orden social, que requiere naturaleza originaria, eficacia y carácter creador"

²²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-141 (26 de febrero, 2010). [M.S. Humberto Antonio Sierra Porto]. "se refiere a la capacidad que tienen ciertos órganos del Estado de modificar una Constitución existente, pero dentro de los cauces determinados por la Constitución misma, por lo que se trata de un poder establecido por la Constitución, que se ejerce bajo las condiciones fijadas por la misma que comprenden competencia, procedimientos, etc., siendo en consecuencia derivado, limitado y sujeto a controles."

“De esa forma, se ha sostenido que en las actuaciones de esta naturaleza en donde se vea involucrado un menor, bien como acusado o como víctima, es necesario brindarle una protección especial. Y precisamente cuando sean sujetos pasivos de conductas punibles sexuales, ello se traduce, como también lo resalta la Corte Constitucional; (...) La permisión de la libertad frente a las conductas punibles establecidas en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 pone en riesgo la integridad física y mental de los menores, distanciándose del deber que asiste a los funcionarios judiciales de adoptar medidas en aras de su protección y seguridad. Con mayor razón en este caso porque se posibilitaría el retomo del sindicado al entorno familiar, pues no debe olvidarse que se trata del padrastro de las menores, quien puede tomar retaliaciones en su contra; La prohibición de tal gracia, de otro lado, permite enviar un mensaje contundente a la sociedad, a la familia y al Estado de que la vida, la dignidad y la integridad de los niños, niñas y adolescentes son bienes, como ya se dijo, de superior y mayor jerarquía que deben ser tutelados con especial consideración y en el sentido de que las violencias de género no son "delitos de bajo impacto", sino, por el

contrario, delitos de altísimo impacto pues atentan contra la posibilidad de construir un proyecto democrático de convivencia, de inclusión y de ejercicio real de los derechos de nuestra infancia y adolescencia; La prohibición de conceder el beneficio de libertad, además, se acompasa con instrumentos internacionales suscritos por el Estado colombiano en esta materia, a partir de los cuales surge imperativo la protección especial que se debe brindar a los menores, especialmente cuando son víctimas de delitos; Además, está a tono con el preámbulo, así como con los artículos 1, 2 y 13 de la Constitución Política, pues resquebrajaría la efectividad de los derechos de los menores y rompe la función otorgada a las autoridades de no proteger adecuadamente sus derechos y libertades. Adicionalmente, tiene en cuenta que por ser las víctimas personas menores de edad, requieren un análisis sobre la igualdad material para, según el artículo 13 de la Constitución Política, protegerlas de forma especial, atendiendo sus condiciones de inferioridad; En segundo orden, se dijo: La prohibición extendida a la libertad provisional obedece a una interpretación del numeral 8° del artículo 199 de la norma en cuestión al advertir que

"Tampoco procederá ningún otro beneficio" y fruto de una hermenéutica sistemática del precepto para los asuntos regidos por la Ley 906 de 2004, en tanto sí fue contemplada para los tramitados por la Ley 600 de 2000, como se señala en su parágrafo transitorio; Dicha argumentación se sostuvo como fundamento para la negativa de la libertad provisional por vencimiento de términos en las decisiones de Habeas Corpus de 13 de marzo de 2013 en radicado 40924; 24 de noviembre de 2014, rad. 45044 y 18 de diciembre de 2015, rad. 47329, entre otras"²²⁶

Con estas decisiones se evidencia un cambio de motivación, ya que este problema jurídico dejó de analizarse en torno al "interés" o el respeto de "la libertad de configuración legislativa" del Congreso de la República, para fundamentarse una prohibición de orden supralegal. Es decir, aquí el juez si bien pareciera que dejó de ser un simple operador judicial, en efectos prácticos no cambió esta su condición, ya que al hacer el análisis al momento de aplicar la prohibición del numeral 8° del artículo 199, utiliza

²²⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala De Casación Penal, Colombia. Sentencia 37668. (30 de mayo 30, 2012). [M.P. María del Rosario González Muñoz]

exactamente los mismos argumentos que llevaron al legislador a expedir esta norma. Y esto claramente probado y evidenciado en la parte resolutive de las decisiones en donde en ningún momento importaban los derechos a favor del procesado.

6.3.3. Cambio De Postura

Resulta comprensible que los funcionarios judiciales quizás por temor a incurrir en el delito de prevaricato o simplemente por su concepción exegeta en la interpretación de la norma desconocieran los derechos de los procesados dentro del proceso penal a efectos de otorgar la libertad provisional por vencimiento de términos; dicho análisis respecto del proceder de los jueces y la preocupación respecto de las garantías al procesado se detallan claramente en Sentencia de la Sala De Casación Penal, bajo Radicación STP6017-2016, No. 84957 del 11 de mayo de 2016, pronunciamiento el cual ha sido el más enérgico en el tema en donde se indica:

“la libertad provisional por vencimiento de términos, en relación con los delitos de homicidio o lesiones personales

bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales o secuestro cometidos contra niños, niñas y adolescentes, está prohibida, porque así se desprende de la lectura de la jurisprudencial de la corte suprema de justicia; Pero, también es entendible la inconformidad de los procesados, y de sus apoderados judiciales, quienes apoyados en recientes decisiones de la Sala penal advierten sobre un posible cambio de orientación en La materia"

Dicho lo anterior, se tienen como antecedentes a este pronunciamiento el fallo de tutela de 2 de julio de 2015, radicado 80488, STP8442-2015 Frente a la posibilidad de efectuar una interpretación desfavorable al condenado, con fundamento en la prevalencia de los derechos de los menores, se dijo: "no hay un derecho de los niños, niñas y adolescentes que colisione con la posibilidad que tienen los reclusos de alcanzar la resocialización mediante el desarrollo de actividades que, además, les generen redención de la pena que purgan";

La Corte Constitucional, en sede de revisión, mediante Sentencia T-718 de 2015, confirmó en su totalidad esa decisión indicando que “existen garantías mínimas aplicables en general a todas las personas -incluyendo los infractores de la ley penal- y que de ningún modo pueden ser desconocidas, abolidas o suspendidas, como la dignidad humana, que además de ser un principio u derecho fundamental se constituye en un límite al ejercicio del *ius puniendi*”;

La Sala de Casación Penal en sentencia de tutela de 20 de abril de 2016, radicado 85216, STP4883-2016, adoptada en Sala Plena, redefinió la interpretación respecto de la libertad por vencimiento de términos respecto de los delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, con fundamento en la existencia de una prohibición legal contenida en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006²²⁷, que se refiere a la exclusión de beneficios y subrogados, para los delitos de terrorismo, financiación del terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos.

²²⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala De Casación Penal, Colombia. Radicación STP6017-2016, Sentencia No. 84957. (11 de mayo, 2016) [M.P. José Francisco Acuña Vizcaya]

En el fallo mencionado se concluyó que dicha norma no puede crear excepciones al derecho a ser juzgado en un plazo razonable o ser puesto en libertad. Tampoco se puede eliminar la posibilidad de aplicar cualquier instituto que pueda favorecer al procesado el cual además no es un beneficio sino un derecho.

Cabe aclarar que el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006 maneja el mismo enunciado que la norma objeto de estudio y en consecuencia se tiene en cuenta dentro del análisis jurisprudencial objeto del presente escrito.

Finalmente, en sentencia No. 84957, Radicación STP6017-2016 de la Corte Suprema De Justicia Sala De Casación Penal Magistrado Ponente José Francisco Acuña Vizcaya se indicó que:

“la prevalencia de los derechos de los menores no puede ser entendida como la negación absoluta de las garantías fundamentales de los condenados, entendimiento que se hace extensible a quienes apenas

tienen la condición de imputados o acusados y, por tanto, se les presume inocentes; Además, por tratarse de delitos de alto impacto se hace un llamado de atención para que los funcionarios judiciales ejerzan su labor en el marco del respeto del Estado de derecho, lo cual implica garantizar, sin discriminación alguna, la eficacia de las garantías fundamentales a todos los procesados"²²⁸

Se indica el imperativo de juzgar dentro de términos razonables ya que esto atendiendo al término de justicia satisface a la comunidad y a la víctima ya que el culpable es castigado prontamente y garantiza el derecho al inocente a ser liberado lo más pronto posible.

Finalmente se manifiesta que:

“la negativa a reconocer la procedencia de la libertad por vencimiento de términos permitiría que el procesado estuviera en detención o prisión provisional durante todo el tiempo que dure el proceso, que puede ser equivalente al plazo de prescripción de la acción penal,

²²⁸ Ibid.

lo cual se entendería como una anticipación de pena y el quebranto del derecho fundamental a la presunción de inocencia"²²⁹

Es claro, entonces que los intereses superiores del menor al igual que sus derechos no pueden en ningún momento tornarse en justificantes de vulneración a las garantías del procesado, ya que de igual manera este cuenta con una gama de derechos los cuales también se encuentran protegidos a nivel internacional.

Pero más allá de entrar a sopesar que principios deben prevalecer, lo que el juez debe analizar es que circunstancias llevaron al vencimiento de términos, si estas fueron justificadas o no. Y en caso de que sean ajenas al actuar del procesado, la consecuencia es que debe quedar en libertad ya que a quien debería hacerse el juicio de reproche y castigarse si se quiere llamar así es a quien dilato sin justificación alguna. Ya que mantener privado de la libertad a quien ha actuado apegado a la normatividad tratando de demostrar su inocencia no es más que

²²⁹ Ibid.

desconocerle flagrantemente los principios axiológicos del derecho penal y de procedimiento.

COROLARIO

Se puede establecer que en el ordenamiento jurídico colombiano la regla general es la libertad para el imputado y excepcionalmente podrá aplicarse medida de aseguramiento atendiendo a los requisitos exigidos por la normativa procedimental penal. Pero dicha medida restrictiva de la libertad no puede ser ilimitada en el tiempo pues se convertiría en una pena o condena anticipada, por el contrario, está limitada a una serie de términos lo que obliga al aparato judicial en su conjunto a ser diligente.

De no ser esto posible, el imputado debe ser puesto en libertad provisional ya que el vencimiento de términos no fue atribuible a este o a su defensa, es decir, no hubo maniobras dilatorias por parte de estos. Y aterrizándolo respecto de la prohibición establecida en el artículo 199 de la ley 1098 de 2006 se concluye que la prevalencia de los derechos de los menores no puede ser entendida como la

negación absoluta de las garantías fundamentales de los condenados, en consecuencia, es claro que dicha disposición vulnera el derecho a la libertad de los condenados.

Concluyendo además que un proceso judicial sin dilaciones injustificadas otorga mayor legitimidad al proceso y respeta todas las garantías enmarcadas dentro del debido proceso brindando beneficios para la sociedad, porque con la condena o la absolución se esclarece prontamente un hecho que encendió las alarmas y causó pública desazón. Respecto a las víctimas, al obtener una justicia, verdad y reparación; y para el procesado, quien concluye una etapa de angustias, en particular si es absuelto de las acusaciones, porque obviamente se libra de unos injustos señalamientos y de la restricción de sus derechos fundamentales.

CONCLUSIONES GENERALES

La tesis que defendemos en esta investigación es que frente a los fines de la pena: i) prevención general, ii) retribución justa, iii) prevención especial, iv) reinserción social y v) protección al condenado, el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, privilegia la retribución justa y la prevención general negativa; y tratándose de los fines del proceso penal: i) decisión de la punibilidad del procesado, ii) protección de los derechos del procesado, iii) protección de los derechos de las víctimas y iv) solución del conflicto social que genera el delito, privilegia la decisión de la punibilidad del procesado y los derechos de la víctima, en el entendido de que los derechos de la víctima tienen que ver con la sanción del victimario.

Si bien la retribución justa y la prevención general negativa son fines de la pena, y la decisión de la punibilidad del procesado y los derechos de la víctima, lo son del proceso penal, el hecho de que la Ley de la Infancia y la Adolescencia los privilegie y desconozca los otros fines de la pena, como la prevención especial y la reinserción social, y los del proceso penal, como la protección de los derechos del procesado y la solución del conflicto social que genera el delito, conlleva a que desconozca los avances que en ese sentido ha tenido el modelo de Estado adoptado por

Colombia: Social y Democrático de Derecho, y los Tratados Internacionales que protegen los Derechos Humanos reconocidos por Colombia, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968) y Convención Americana (Ley 16 de 1972).

Y decimos que se desconocen los avances realizados por el Estado Social y Democrático de Derecho y los Tratados Internacionales que protegen los Derechos Humanos, porque ellos reconocen la vigencia de estos fines y de su aplicación en conjunto, pues su reconocimiento y aplicación parcial fue lo que caracterizó el derecho penal y procesal penal anterior a ellos.

Así, en los Estados Teocráticos y Absolutistas, el concepto de pena estaba relacionado con el concepto de sanción, en virtud de la regla de "ojo por ojo y diente por diente", y por únicamente existía la retribución y la decisión de la punibilidad, como fines de la pena y del proceso, respetivamente. En el Estado Liberal, a estos fines se sumó la prevención general negativa, como reconocimiento del principio de legalidad, y la protección de los derechos de los procesados, por las arbitrariedades, abusos e injusticias cometidos contra estos en esos modelos de Estado. Por su parte el Estado Social, preocupado porque la pena únicamente miraba hacía el pasado, y preocupado por el débil en el proceso penal, se centró en la prevención

especial y en los derechos de las víctimas. Por su parte el Estado Social y Democrático de Derecho al unísono con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, preocupado por los vejámenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, se centraron en la readaptación social y en la solución del conflicto social generado por el conflicto social.

Por esa razón, reclamar del Código de la Infancia y de la Adolescencia el reconocimiento de todos los fines de la pena y del proceso penal, no es una ofensa ni un agravio a los niños, niñas y adolescentes víctimas de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, debe ser un clamor para que los fines de la pena y del proceso penal del Estado Social y Democrático de Derecho, en los que se investigan y juzgan a los adultos victimarios de estos delitos, se reconozcan y apliquen en su conjunto.

Argumentos estos que nos permiten reclamar la inconstitucionalidad del Artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO CORREA, Teresa: El principio de proporcionalidad en materia penal. Madrid: Edersa, 1999. ISBN: 84713094401. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. C-928 (6 de septiembre, 2005). [M.P. Jaime Araujo Rentería]
- ÁMBITO JURÍDICO. El principio de oportunidad, ¿comodín o cas del sistema acusatorio? (2 al 15 de febrero de 2009). p. 20.
- BECCARIA, Cesare. De los delitos y de las penas. Madrid: Alianza, 1998. ISBN: 8479690097.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan: Lecciones de Derecho penal. Madrid: Trotta, 1997. ISBN: 9788481648645.
- CARBONELL, Miguel. Libertad y Derechos Fundamentales. [En línea] disponible en: <https://goo.gl/gxUWii>
- CIDH. Caso Yvon Neptune vs Haití. (6 de mayo, 2008)
- CIDH. Jorge, José y Dante Peirano Basso y República Oriental del Uruguay. (1 de mayo, 2007) Caso 12.553.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Constitución Política (20 de julio de 1991). Gaceta Constitucional No.116.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Acto Legislativo 03. (19 de diciembre 19, 2002). "Por el cual se reforma la Constitución Nacional" Diario Oficial 45.040.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 2700 (30 de noviembre, 1991) por la cual se expiden las normas de procedimiento penal, imprenta nacional. Diario Oficial 40.190. Derogado por la Ley 600 de 2000, derogada por la Ley 906 de 2004.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 2737 (27 de noviembre, 1989). "Derogado por el art. 217, Ley 1098 de 2006 a excepción de los artículos 320 a 325 y los relativos al juicio especial de alimentos" Diario Oficial 39.080.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Gaceta del Congreso 243 (25 de julio, 2006). Proyecto de ley 08 de 2006 senado.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Gaceta del congreso 362. (19 de septiembre, 2006). Informe de ponencia segundo debate proyecto de ley 214 de 2005 senado.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 100 (26 de febrero, 1980). Por el cual se expide el nuevo Código Penal. Diario Oficial No. 35.461.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1098 (8 de noviembre de 2006) Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Diario oficial: 46.446.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1121 (30 de diciembre, 2006). por la cual se dictan norma para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones. Diario Oficial 46.497.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1142 (28 de junio, 2007) Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana. Diario Oficial 46.673.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1236 (23 de julio, 2008). Por medio del cual se modifican algunos artículos del Código Penal

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1257 (4 de diciembre de 2008) Por la cual se dictan normas de

sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 47.193

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 16 (5 de febrero de 1973). Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica". Diario oficial 33.780.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1709 (20 enero, 2014). Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 49.039.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 294 (16 de julio de 1996). Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar. Diario Oficial 42.836

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 599 (24 de julio, 2000) Por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial 44.097.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 74 (30 de diciembre de 1968). Por la cual se aprueban los pactos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales, de derechos civiles y políticos. Diario oficial no. 32.682.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 906 (31 de agosto, 2004) Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial 45.657.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 906 (31 de agosto, 2004) Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial 45.657.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Proyecto de ley 096. (23 de agosto, 2005) Cámara 096. "por la cual se expide la Ley de la Infancia y la Adolescencia, por la cual se expide el Código de la niñez y la juventud, que subroga el Decreto 2737 de 1989, Código del Menor" [En línea] disponible en: <<https://goo.gl/bwrQMf>>

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Proyecto de Ley Estatutaria 085 (15 de diciembre, 2005) por la cual se expide la ley para la infancia y la adolescencia. [En línea] disponible en: <<https://goo.gl/5h7YUv>>

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. C-228 (18 de marzo, 2003). [M.P. Alfredo Beltrán Sierra]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. C-289 (18 de abril, 2012) [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. C-371 (14 de mayo, 2002) [M.P. Rodrigo Escobar Gil]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. C-616 (6 de agosto, 2002). [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. C-634 (31 de mayo, 2000) [M.P. Vladimiro Naranjo Mesa].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-055 (3 de febrero, 2010) [M.P. Juan Carlos Henao Pérez]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-073 de 2010. 10 de febrero, 2010). [MP. Humberto Antonio Sierra Porto]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-091 (15 de febrero de 2017). [M.P. Maria Victoria Calle].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-144 (19 de marzo, 1996). [M.P. Alejandro Martínez Caballero].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-179 (10 de abril, 1997). [M.P. Fabio Morón Díaz]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-221 (19 de abril, 2017). [M.P. José Antonio Cepera Amarís]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-225.
(18 de mayo, 1995) [M.P. Alejandro Martínez Caballero]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-239
(20 de mayo, 1997). [M.P. Carlos Gaviria Díaz]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-247
(16 de marzo, 2004. [M.P. Alvaro Tafur Galvis].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-261
(13 de junio, 1996). [M.P. Alejandro Martínez Caballero].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-301
(29 de mayo, 1993). [M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-318 (9
de abril, 2008). [M.P. Jaime Córdoba Triviño]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-327.
(10 de julio, 1997). [M.P. Fabio Morón Díaz]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-342
(24 de mayo, 2017 [M.P. Alberto Rojas Ríos]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-365
(16 de mayo, 2012) [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-390
(26 de junio, 2014) [M.P. Alberto Rojas Ríos].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-395 (8
de septiembre, 1994) [M.P. Carlos Gaviria Díaz].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-400, (10 de agosto, 1998). [M.P. Alejandro Martínez Caballero]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-425 (30 de abril, 2008) [M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-430 (12 de septiembre, 1996). [M.P. Carlos Gaviria Díaz].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-469 (8 de febrero de 2016). [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-565 (7 de diciembre, 1993). [M.P. Hernando Herrera Vergara]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-673 (12 de enero, 2005. [M.P. Clara Inés Vargas Hernández]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-679 (19 de noviembre, 1998, [M.P. Carlos Gaviria Díaz]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-774 (25 de julio, 2001) [M.P. Rodrigo Escobar Gil]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-806 (3 de octubre, 2002). [M.P. Clara Inés Vargas Hernández].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-111 (6 de marzo, 1997) [M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-1319, (7 de diciembre, 2001) [M.P. Alejandro Martínez Caballero]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-276 (25 de mayo, 2016). [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-406 (5 de junio, 1992). [M.P. Ciro Angarita Barón].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-578, 1997; [M.P. José Gregorio Hernández Galindo]

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sentencia T-827 (10 de agosto, 2005) [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto]

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Proceso No. 37668. (30 de mayo, 2012) [M.P. María Del Rosario González Muñoz].

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Proceso No. 37668. (30 de mayo, 2012) [M.P. María Del Rosario González Muñoz].

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sala De Casación Penal Radicación STP6017-2016, Sentencia No. 84957. (11 de mayo, 2016) [M.P. José Francisco Acuña Vizcaya]

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sala De Casación Penal, Colombia. Radicación No. 34044. (30 octubre, 2013). [M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve]

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sala De Casación Penal, Colombia. Radicación No. 37616 (10 de octubre, 2011). [M.P. Luis Guillermo Salazar Otero]

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sala De Casación Penal, Colombia. Sentencia 37668. (30 de mayo 30, 2012). [M.P. María del Rosario González Muñoz]

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sala de Casación Penal, Sala de Decisión de Tutelas. Número de proceso T84957, providencia STP6017-2016. (junio 11 de 2016) [MP. José Francisco Acuña Vizcaya]

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Sala de Casación Penal. Sentencia SP5197-2014, Radicación 41157. (30 de abril, 2014) [MP. Fernando Alberto Castro Caballero]

DAMASKA, Mirian. Sistema Acusatorio y Juicio Oral. Bogotá: Editora jurídica de Colombia, 2004.

DAZA GONZÁLEZ, Alfonso. 2016. Los deberes del estado colombiano de investigar, juzgar y sancionar los delitos

internacionales. Bogotá: Universidad Libre, 2016. ISBN 9789588791.

DAZA GONZÁLEZ, Alfonso. Derecho a la Intimidad en las Actividades Preventivas y en los Actos de Investigación en el Nuevo Proceso Penal Colombiano. Bogotá: Editora Puentes Impresores Ltda, 2009.

DAZA GONZÁLEZ, Alfonso. El principio de igualdad de armas en el sistema procesal penal colombiano a partir del acto legislativo 03 de 2002. En: Revista Principia Iuris, 2009. (No. 12).

DAZA GONZÁLEZ, Alfonso. La discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal frente a los fines del proceso penal en el estado social y democrático de derecho. En: Verba Iuris, 2011. (vol. 26) ISSN 0121-3474.

DAZA GONZÁLEZ, Alfonso; ÁLVAREZ, Julián y SUÁREZ, Angélica. ¿Por Qué y Para Qué Se Castiga?: reflexión sobre las funciones de la pena y su relación con las salidas alternas al juicio oral. en: Verba Iuris, 2010, (vol. 23). ISSN 0121-3474. p. 87-91.

DEL VILLAR DELGADO, Donaldo Danilo. Prisión Anticipada, A propósito del marco legal vigente en Colombia ISBN: 9789588918501. Bogotá: Librería Nacional, 2016. p. 291.

- DEL VILLAR DELGADO, Donaldo Danilo. Prisión Anticipada, A propósito del marco legal vigente en Colombia ISBN: 9789588918501. Bogotá: Librería Nacional, 2016. p. 291.
- ECHR. European Convention on Human Rights. Convenio Europeo de Derechos Humanos, 2010. [En línea] disponible en: <<https://goo.gl/ZsNRhY>>
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: Retribución y prevención general. Buenos Aires: B de F, 2006. ISBN: 9789974578814.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes: Derecho Penal. Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007. ISBN: 9788498769210.
- FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. En: Teoría del garantismo penal, 2ª. ed. Madrid: Trotta, 1997.
- FEUERBACH, Paula Johann Anselm von. Tratado de Derecho penal vigente en Alemania. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. ISBN: 9509079812
- FGN. Informe De Gestión 2008-2009, 2015. [En línea] disponible en:<<http://bit.ly/2ezWbjF>>. ISBN 9589715605.
- FOUCAULT, Michel, Vigilar y Castigar. Buenos Aires: Siglo XXI, 2003. ISBN: 987987014X.
- GONZÁLEZ IBÁÑEZ, Joaquín. Reflexiones en torno al nudo gordiano del sistema de protección de derechos

humanos: las víctimas. El caso de las víctimas en España y Siria en el siglo XXI. En: Terrorismo, Cuerpos de Seguridad y Derechos Humanos. Bogotá: Dirección nacional de escuelas de policía, 2012. ISBN: 9789589997819. p. 976.

HERMANN, Heller. Teoría Del Estado. México: Fondo De Cultura Económica, 2010. 2a. ed. ISBN 968165725X.

HOWARD, John: El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales. México: Fondo de Cultura Económica, 2003. ISBN: 9789681661847.

JAKOBS, Günther, ¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma. En: los Desafíos del Derecho penal en el Siglo XXI, Libro homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs, Lima: Ara, 2005. ISBN: 9972626660.

LISZT, Franz. Tratado de Derecho penal. Madrid: Reus, 1916. ISBN: 978842901345.

MAIER, Julio B. La Víctima y El Sistema Penal. En: De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires: Ad Hoc, 2012. ISBN 9789509606449. p. 183-250.

- MALINOWSKI, Bronisław. A Scientific Theory of Culture, And Other Essays. New York: Oxford University Press, 1960.
- MERTON, Robert King. Social Theory and Social Structure. New York: Free Press, 1949
- MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. 5a. ed. Barcelona: Reppertor, 1998. ISBN 9788460580270. p.74.
- MIR PUIG, Santiago. Estado, Pena y Delito. Buenos Aires: B de F, 2006. ISBN 9789974578647. Cap. I. p. 4-12
- MIR PUIG, Santiago. Función De La Pena y Teoría Del Delito En El Estado Social y Democrático De Derecho. Barcelona: Urgel [En línea] disponible en:<<https://goo.gl/qJh1H6>>. ISBN 8471628813. cap. II, p. 71-74.
- OAS. Organization of American States. Convención americana sobre derechos humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos. [En línea] disponible en: <<https://goo.gl/LLxy3p>>
- OHCHR. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (16 de diciembre, 1966). [En línea] Disponible en: <<https://goo.gl/CLVjcm>>

OROZCO ABAD, Iván. Sobre Los Límites De La Conciencia Humanitaria. Dilemas De La Paz y La Justicia En América Latina. Bogotá: Temis, 2005. ISBN 9789583505331.

PARRA C., Amanda. Responsabilidad penal de los menores de edad, pedagogía socio jurídica de prevención e las conductas infractoras. Bogotá: Leyer, 2016.

PARSONS, Talcott. Societies: Evolutionary and Comparative Perspectives. Englewood Cliffs, New Jersey: Prentice-Hall, 1966

PORTAL JURIDICO LEGAL. Máster Internacional En Derecho Penal- Santiago Mir Puig-MP3, 2000. [En línea] Disponible en:<<http://bit.ly/2ezNDt6>>.

relativos a delitos de abuso sexual “artículos 205 al 211, 213 al 214 y 216 al 219A, relacionados con los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales”. Diario Oficial 47.059

RICO, Jose María y SALAS, Luis. Inseguridad ciudadana y policía. Madrid: Tecnos, 1988

ROXIN, Claus. Derecho procesal penal. Buenos Aires: Editores del puerto, 2003. ISBN 9789879120361.

ROXIN, Claus. Problemas Básicos Del Derecho Penal. Madrid: Reus, 1976. ISBN 9788429012439. p. 11.

- ROXIN, Claus: Derecho penal. Parte general. Madrid: Civitas, 1997. ISBN: 9788447050260.
- UNICEF. Código de la Infancia y la adolescencia, versión comentada, Bogotá, UNICEF, 2007.
- UPRIMNY YEPES, Rodrigo. Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Nuevo Procedimiento Penal. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2004. p. 22-59 [En línea] disponible en: <<https://bit.ly/2NZlniD>>
- UPRIMNY, Rodrigo [et al.]. Garantismo, eficiencia y reforma procesal penal en Colombia Bogotá: Corporación Excelencia en la Justicia, 1999. p. 13-14.
- VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. Los bienes jurídicos colectivos en el Derecho Penal. En: Revista Derecho Penal. 2009. Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Lambayeque, Perú.
- VITALE, Gustavo. Encarcelamiento de presuntos inocentes. Hacia la abolición de una barbarie. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. ISBN:9789507413285.
- WELZEL, Hans. Derecho Penal, parte general. Buenos Aires: Roque de Palma, 1956
- WELZL, Hans. Derecho penal alemán. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La cuestión criminal, Buenos Aires:
Planeta, 2012. ISBN: 9789587492590.