

EFICACIA DE LOS SUBROGADOS PENALES EN EL CONTEXTO DEL SISTEMA PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE COLOMBIA A LA LUZ DE LOS PARÁMETROS REGIONALES Y CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD POR ATRIBUTO DE LA LEY*

Gustavo Adolfo Bello Estrada**
Universidad Católica de Colombia.

Resumen

La arbitrariedad y el abuso del poder son fenómenos sociales altamente reprochados en la actualidad, dado que, en estos momentos las sociedades y Estados cuentan con fundamentos constitucionales y legales que materializan preceptos sobre la participación, la democracia, la soberanía popular y muchos otros, que han generado una concepción colectiva en contra a dichos fenómenos. Dentro de este contexto, la protección de la libertad obtiene un mayor relieve en razón de ser uno de los derechos más arraigados en la dignidad e integridad de la persona, y que solamente de forma excepcional puede ser limitado. Incluso la formalidad para tal fin es estricta y en tal evento intervienen todas las ramas del poder público, lo cual es reglamentado por el derecho penal que designa a cada conducta punible su correspondiente pena que en su designación y ejecución está sujeta a parámetros facticos particulares en cada caso que determina la forma en la cual se cumplirá.

Esta investigación tiene por objeto estudiar la implementación de los subrogados penales con el fin establecer cuáles son las medidas que se pueden utilizar para mediar entre

* Trabajo de grado para optar por el título de Magister en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario vinculado al proyecto titulado “Desafíos contemporáneos para la protección de Derechos Humanos en escenarios de posconflicto desde enfoques interdisciplinarios”, que forma parte de la línea de investigación Fundamentación e implementación de los Derechos Humanos, del grupo de investigación Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia, reconocido y categorizado como Tipo B por COLCIENCIAS y registrado con el código COL0120899, vinculado al Centro de Investigaciones Socio jurídicas (CISJUC), adscrito y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. El director es el profesor Jaime Alfonso Cubides Cardenas, Docente Investigador y Líder del grupo de investigación Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia de la Universidad Católica de Colombia. Contacto: jacubides@ucatolica.edu.co. El presente artículo de investigación se denominó en estos términos con razón de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, evidenciando cómo esta Corporación determina que la privación que se realiza fruto de todo proceso penal se debe denominar, privación de la libertad por atributo de la Ley, sin olvidar los aportes pretoriantos que ha proferido la Corte Constitucional en la materia.

** Abogado de la Universidad Agraria de Colombia, especialista en Derecho Administrativo y Constitucional de la Universidad Católica de Colombia, Estudiante de la Maestría en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario Facultad de Derecho de la misma casa de estudios. Correo electrónico: tavobello75@yahoo.com

la ejecución de la pena y la protección de la libertad en el marco del sistema penitenciario y carcelario del país, ante las incontables problemáticas que se han presentado en la materia; para lo cual, se dividirá este escrito en tres ejes temáticos: el primero, consistente en el estudio teórico de los subrogados penales; el segundo, en referencia a la protección multinivel del derecho a la libertad; y finalmente, la política criminal del Estado colombiano y la implementación de los subrogados en dicho contexto.

Palabras Clave: Libertad, Subrogados Penales, privación, sistema penitenciario y carcelario, Derecho Penal, Colombia

EFFECTIVENESS OF CRIMINAL SURROGATES IN THE COLOMBIAN PRISON CONTEXT IN THE LIGHT OF REGIONAL PARAMETERS

Abstract

Arbitrariness and abuse of power are highly albeit social phenomena today, thanks to the historical events that pictures by the current juridical system characteristic of the Western democracies. Within this context, the protection of freedom gets a major relief because of one of the rights most rooted in the dignity and integrity of the person, and that only by way of exception be limited. Even the formality to do so is strict and such event involves all branches of public power, which is regulated by the criminal law designating each punishable conduct their corresponding penalty being subject to parameters factual in every case that determines the way in which will be fulfilled in their designation and implementation.

This research aims to study the implementation of subrogated penalties in order to establish what are the measures that you can use to mediate between the execution of the penalty and the protection of freedom in the framework of the penitentiary and prison system in the country, to the countless problems that have arisen in the matter; which, this writing in three thematic areas will be divided: the first consisting of the theoretical study of the subrogated criminal; the second, in reference to protecting MOM of the right to freedom; and finally, the criminal policy of the Colombian State and the implementation of the subrogated in such a context.

Key words: Freedom, Criminal Replace, Deprivation, penitentiary and prison system, Penal law, Colombia



Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Colombia (CC BY-NC-ND 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:
Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Colombia (CC BY-NC-ND 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.



Sin Obras Derivadas — No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.

Introducción

Cada uno de los derechos que en la actualidad son exigibles por las personas sin discriminación alguna son logros que la humanidad ha alcanzado gracias a eventos históricos coyunturales obtenidos con ocasión de cambios teóricos o sociales, ejemplo de esto fue en su momento la Revolución Francesa¹ y la independencia de los Estados Unidos², eventos en los cuales se consagraron documentos con una explícita lista de derechos en favor de toda la humanidad, sentando de esta forma bases para la reestructuración de los Estados monárquicos o absolutistas de la época en Republicas³ donde la ley se convierte en el sustento principal de todo el ordenamiento jurídico de esos nuevos Estados dentro de la cual se buscaba la

¹ “Sea cual sea la interpretación que adoptemos: «época de la revolución democrática» (R. Palmer), «era de las revoluciones» (E. Hobsbawm) o «época de las revoluciones en un contexto global» (D. Armitage y S. Subrahmanyam), para todos los historiadores el punto de inflexión de los siglos xviii y xix aparece cuando todas las revoluciones industriales, políticas y sociales se articulan y se responden, mientras cada país, en cierto modo, actúa según sus predisposiciones estructurales para componer un mundo nuevo. Asimismo, hubo un punto de inflexión en los siglos xviii y xix análogo a esas «revoluciones» de la Edad Media y el Renacimiento, de los siglos xiii y xiv, y xv y xvi, que ya habían cambiado el significado de las experiencias vividas. ¿El «capitalismo» es la causa o la consecuencia? La cuestión sigue abierta. La relación entre esos acontecimientos y el progresivo nacimiento del Estado moderno desde el siglo xv está más consolidada, así como su encuentro con las múltiples experimentaciones científicas y técnicas, los ecos de los viajes y la colonización, e incluso las lecciones aprendidas de las guerras europeas y las revoluciones inglesas que, en el siglo xvii, modelan ese nuevo talante” (Martin, 2013, p. 3).

² “Fue Thomas Jefferson quien hizo lo principal de la tarea de preparar la Declaración, y obviamente fue influido por Rousseau y la doctrina del derecho natural. Escribió que las colonias debían asumir «la posición separada e igual a la que las Leyes de la Naturaleza y el Dios de la Naturaleza les daban derecho». También decía: «Sostenemos que son evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales, que están dotados por su creador de ciertos derechos inalienables, entre ellos el de la Vida, el de la Libertad y el de la búsqueda de la Felicidad” (Asimov, 1994, p. 42).

³ Esta república se caracteriza por la división del poder público en distintos órganos cada uno de los cuales es autónomo uno con otro para evitar el monopolio de dicho poder pero dejando espacios claros de colaboración armónica en el cumplimiento de los fines del estados, en el caso colombiano según lo estipula la Constitución son tres las ramas del poder público, la ejecutiva, legislativa y judicial, esta consolidación es fruto del pensamiento de Montesquieu que se materializan mediante la revolución francesa. Por otra parte, otra de las particularidades de la república es la instalación de un Estado de Derecho donde la ley se consolidaba como el principal sustento del Estado.

protección de los mencionados derechos humanos, no obstante, este contexto no fue eficaz en esta protección dado que se produjeron con posterioridad eventos en los cuales se cuestionaba fuertemente la existencia de tutela por parte de los Estados al ejercicio personal de estos derechos.

Sobre la protección de los derechos humanos que se mencionó en el párrafo anterior, se debe precisar que a pesar de la existencia de un Estado de Derecho que los consagrara y reconociera, existieron contextos o circunstancias en las cuales su tutela en referencia a estas garantías no permitió efectivamente su amparo, como fue el caso de la Alemania Nazi donde el mismo ordenamiento jurídico enmarcado en un Estado de Derecho permitió la promulgación de leyes que violaron de forma sustancial derechos de carácter fundamental como lo expone las leyes de Nuremberg en 1939.

Tal contexto permitió el surgimiento de nuevos fenómenos jurídicos, por los cuales se buscaba materializar dicha protección en la realidad, como fue la creación de sistemas universales y regionales, por los cuales estos derechos fueran protegidos, al igual que, dentro de las naciones surgían nuevas formas de Estado como lo era el Estado Social de Derecho, con las mismas finalidades. Todo este desarrollo, permite comprender la relevancia que tiene la libertad, no solo para la sociedad y el Estado, sino para la misma especie, al estar íntimamente relacionada con la dignidad e integridad de las personas.

Sin embargo, todas estas garantías deben ser comprendidas en los contextos propios de las sociedades, donde en concordancia a principios como la solidaridad y el bien común, no solo los asociados deben exigir sus derechos, sino cumplir efectivamente sus deberes como integrantes de una comunidad, en remuneración a cada uno de los beneficios que esta misma nación le profiere; incluso como contraprestaciones del contrato social que originó el Estado y la sociedad civil. El cumplimiento de las normas y el respeto por los derechos de los demás, son obligaciones que integran estas contraprestaciones, que, bajo la eventualidad de su incumplimiento, propende por la aplicación de la acción estatal que debe proteger la sociedad, inclusive limitando los derechos de aquellos individuos que incumplan estas premisas. Esta limitación se lleva a cabo a través de la aplicación del derecho penal, en el cual, tras un debido proceso, se genera una sentencia debidamente motivada, sancionando a una persona o a grupos de personas, limitando su libertad a través de la privación de la misma

en centro penitenciario. Dentro de este marco, en el cual se enfrenta el *ius puniendi* del Estado con el derecho de la libertad de las personas, su solución debe ser clara y adecuada para evitar la injusticia y la arbitrariedad como se puede evidenciar del articulado que compone la ley 906 del 2004 al establecer un debido proceso con todas las garantías constitucionales e internacionales para proferir una decisión motivada libre de los problemas en mención⁴.

Este dilema debe ser solventado comprendiendo la protección multinivel de la libertad y también los desarrollos teóricos sobre el derecho penal en materia de penas, ya que, el sistema penitenciario y carcelario de Colombia, sufre graves complicaciones que afectan su propia sostenibilidad, pero especialmente se debe buscar el cumplimiento efectivo de las penas especialmente sus fines que para la corte constitucional son tres, i) un fin preventivo, como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones (Corte Constitucional, 2002, C - 806). ii) un fin retributivo, que se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena (Corte Constitucional, 2002, C - 806). y iii) un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma, de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas, pues según el criterio de esta corporación solo es compatible con los derechos humanos las penas que se enfoquen a la resocialización del condenado (Corte Constitucional, 2002, C - 806). Mediante una política criminal clara, en la cual, no se tenga como propósito impartir indiscriminadamente condenas en materia de privación de la libertad, sino proteger efectivamente los bienes jurídicos logrando mitigar la comisión de las conductas penales. Cada una de estas premisas deben ser tenidas en cuenta al momento de establecer condenas privativas de la libertad intra muros, pues riñen con los preceptos propios de la protección a este derecho, teniendo la posibilidad de aplicar mecanismos como los subrogados penales con el cumplimiento de los requisitos que ordena la ley, para poder cumplir con los fines de la pena, la función de los Estados y la tutela de las garantías mínimas que toda persona debe tener.

⁴ La motivación es un derecho constitucional derivado, a su vez, del derecho genérico al debido proceso. Esto se explica porque sólo mediante la motivación pueden excluirse decisiones arbitrarias por parte de los poderes públicos, y porque sólo cuando la persona conoce las razones de una decisión puede controvertirla y ejercer así su derecho de defensa. En el caso de los jueces de última instancia, la motivación es, también, su fuente de legitimación democrática, y el control ciudadano se convierte en un valioso medio para corregir posturas adoptadas en el pasado y eventualmente injustas o poco adecuadas para nuevas circunstancias jurídicas y sociales (Corte Constitucional, 2012, T - 214).

En este orden de ideas los subrogados penales como medidas sustitutivas de las penas principales se configuran como figuras jurídicas en las cuales se centra el dilema propio entre el cumplimiento de los fines y funciones de la pena con el derecho fundamental de la libertad, escenario que ha tenido presupuestos legislativos claros, sin embargo, su aplicabilidad merece un estudio claro para establecer su concordancia no solo con los parámetros legislativos sino con los preceptos constitucionales y regionales en la materia, obteniendo de forma accesoria insumos por los cuales se pueda ayudar a implementar una política pública para estabilizar el sistema penitenciario y carcelario del país⁵.

Entre otras causas se evidencia una problemática en el país sobre política criminal que deja como consecuencias el mencionado problema sobre el sistema penitenciario y carcelario del país, esta problemática se centra en la existencia de una falta de unidad normativa en el componente penal, acusa de que en Colombia se han proferido cuerpos normativos en semejanza a sistemas extranjeros sin realizar las modificaciones necesarias para verificar su eficacia, lo que ha sucedido en esta nación desde su constitución como república, ha permanecido a lo largo de toda la historia de esta nación, ejemplificado claramente en el derecho penal colombiano, que en su parte sustancial se asemeja a directrices europeas, pero, por otra parte con la reforma realizada mediante el Acto Legislativo número 3 del año 2002⁶ se logra la posterior promulgación de la Ley 906 del año 2004⁷, con la cual se determinó que el proceso aplicable al ordenamiento penal en esta nación tiene una naturaleza anglosajona⁸, junto con un sistema penitenciario que no tiene la

⁵ “Bolívar regresó triunfante a Angostura para anunciar al Congreso su éxito militar. Con la victoria asegurada, el Congreso emitió la Ley Fundamental de la República de Colombia el 17 de diciembre de 1819. El artículo primero de la ley establecía que “Las Repúblicas de Venezuela y la Nueva Granada quedan desde este día reunidas en una sola bajo el título glorioso de República de Colombia”. El artículo segundo determinaba que el territorio de la república “será el que comprendían la antigua Capitanía General de Venezuela y el Virreinato del Nuevo Reino de Granada”. El artículo quinto dividía el territorio en “tres grandes Departamentos: Venezuela, Quito y Cundinamarca, que comprenderá las provincias de la Nueva Granada, cuyo nombre queda desde hoy suprimido. Las capitales de estos Departamentos serán las ciudades de Caracas, Quito y Bogotá, quitada la adición de Santafé”. El artículo octavo ordenaba que el Congreso de Colombia debía reunirse nuevamente el primero de enero de 1821, en la ciudad de Villa de Rosario de Cúcuta” (La Rosa y Mejía, 2013, p. 44).

⁶ Acto legislativo N° 3 de 2002, por el cual se reforma la Constitución Nacional.

⁷ Ley 906 de 2004, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

⁸ “Tal parangón posibilita de inmediato reconocer que el modelo de justicia bajo el régimen acusatorio insertado en la realidad procesal nuestra parece tener un predominante origen en aquellos sistemas continentales europeos, como que sigue siendo ostensible el predominio del principio de legalidad ejercido por el juez, que se hace manifiesto en la determinación del cambio de radicación de un proceso, la definición de la conexidad y

capacidad de sostener en el sentido de hábitat a una abundante población carcelaria y penitenciaria.

La divergencia material entre cada uno de los componentes que integra la jurisdicción ordinaria en la parte penal, no solo sintetiza diferentes corrientes externas para el abordaje de una misma temática, sino que también expone la poca relación que tienen estas con la realidad criminal del país dado que intentan efectuar un sistema acusatorio con características anglosajonas de negociación, la cual en este territorio no es procedente para los delitos más denunciados en Colombia⁹, concretando un déficit en la utilidad de las políticas públicas; específicamente la criminal, el cual debe ser centro de atención para ser abordado por la academia.

Con estos antecedentes se evidencia la complejidad que tanto en políticas públicas como criminales tiene el Estado contemporáneamente, toda vez que cada uno de los elementos integrantes del gran marco en materia penal, están enfocados en direcciones totalmente diferentes e incluso se puede decir que opuestas, como es el caso de la naturaleza negociadora del proceso penal con las penas sustanciales que son estrictas y poco flexibles, ejemplificándose las anteriores premisas. Todo esto, ha conllevado a que, en la actualidad, las cárceles del país estén en niveles sobre poblacionales de gran envergadura, representando

de competencia, el decreto de medidas cautelares sobre bienes, el control de las medidas asegurativas y sobre la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad, o sobre el escrito de acusación, mediando en el descubrimiento de los elementos probatorios y las pruebas, o interrogando a los testigos, o en relación con la aprobación de los preacuerdos y negociaciones celebrados entre Fiscalía y acusado que puede rechazar si advierte vulneración de “garantías fundamentales”, además de decidir sobre la pertinencia y admisibilidad de pruebas que se han de llevar al juicio, asistiéndole inclusive la posibilidad al juez de control de garantías –no así al de conocimiento-, de decretar pruebas de oficio en defensa de los derechos y garantías” (Avella, 2007, p. 37).

⁹ “En la década de los 90 y a comienzos del año 2000, Colombia vivió una de las peores pesadillas de su historia con el flagelo del secuestro. Las cifras señalaban que al menos diez personas eran secuestradas cada día en Colombia. A tal punto llegó la degradación de esta práctica violatoria de los derechos humanos, que los plagiarios tenían entre sus principales víctimas a los niños, tal como ocurrió con el primer caso registrado en el país, en enero de 1933, cuando en un parque de Cali secuestraron a una niña de tres años, hija del reconocido empresario del Valle Harold Éder, quien tres décadas más tarde fue asesinado, precisamente en un intento de plagio. Luego vino la ola de secuestros del cartel de Medellín, de las guerrillas, los grupos paramilitares y la delincuencia común. Era una sociedad atemorizada por las mal llamadas ‘pescas milagrosas’ y los plagios masivos, como ocurrió en la iglesia La María, o con cientos de soldados y policías. El país entero escuchó parte de los desgarradores testimonios de nuestros policías y soldados, de la forma tan cruel como fueron tratados en cautiverio, en sitios que parecían campos de concentración. Por eso, en momentos en que Colombia dejó de estar secuestrada, valoro todas las iniciativas e investigaciones tendientes a no olvidar a las víctimas, tanto a quienes fueron secuestradas como a sus familias, para entender qué pasó y construir una memoria histórica que contribuya a impedir que esa trágica historia se repita” (Nieto 2016, p. 7).

una nueva responsabilidad para el Estado. Claro está que esta sintomatología con el desarrollo del objeto principal de esta investigación ayudará de forma subsidiaria a la solución de esta problemática.

Retomando en este orden de ideas la temática desarrollada sobre subrogados penales es necesario precisar que su aplicación debe ser un objeto que sea investigado en razón de que como se mencionó anteriormente los presupuestos por los cuales se otorgan están regulados, no obstante, en lo concerniente a su aplicación se han declarado numerosas sentencias en el orden constitucional que han sentado conceptos jurídicos en los cuales se establece su eficacia en el marco de los fines y funciones de la penas, sin olvidar que dentro de las obligaciones internacionales que ha suscrito el Estado colombiano el derecho fundamental de la libertad es celosamente amparado por órganos regionales e internacionales, por consiguiente, establecer si su aplicabilidad está en armonía con estos parámetros pero sobre todo si genera soluciones al dilema en el cual se enfrenta la pena y este derecho es indiscutible su estudio, sin olvidar que de forma subsidiaria se pueden obtener premisas que colaboren en la construcción de una política pública para estabilizar el actual sistema penitenciario y carcelario del país.

Planteamiento del problema

Con los insumos teóricos que preceden se dejó sentado con claridad la necesidad que surge dentro del ordenamiento jurídico colombiano específicamente lo referente al derecho penal entendido este último en sus componentes sustanciales, instrumentales y ejecutorios, en materia de subrogados penales, particularmente sobre la aplicación que de esta figura se hace dentro del territorio nacional dado que la Corte Constitucional los considera como penas sustitutivas de las principales por las cuales se puede cumplir el principio de humanización de la pena, coligiéndose de esta manera la existencia de parámetros constitucionales por los cuales se fundamenta su aplicación, lo que permite cuestionarse sobre el cumplimiento de los parámetros regionales e internacionales en materia del derecho fundamental a la libertad con la aplicación de estos subrogados analizando cómo se mencionó su contenido constitucional. Junto a él alcance constitucional de los subrogados penales es importante mencionar que son

considerados como forma divergente¹⁰ de cumplir los fines y funciones de las penas. Obteniendo de forma subsidiaria elementos que colaborarían en el desarrollo de políticas públicas que permitan estabilizar el sistema penitenciario y carcelario del país.

Por tales motivos, la pregunta de investigación del presente artículo es:

¿Cuál es la pertinencia que tiene la aplicación de los subrogados penales en referencia a la protección del derecho fundamental a la libertad según los parámetros regionales e internacionales junto con los fines y funciones de la pena bajo el marco del desarrollo constitucional en la materia?

La pregunta de investigación se justifica en cuanto es necesario cuestionar la pertinencia que tiene los subrogados penales para armonizar tanto la protección multinivel de la libertad, como los fines de la pena y la tutela de principios y valores como la justicia.

Como se ha presidido en párrafos precedentes, los impactos que se generen con el estudio correspondiente a la aplicación de los subrogados penales pueden colaborar en la contracción de soluciones a la problemática penitenciaria y carcelaria que actualmente vive el país y en la cual es posible la posibilidad de impactos claros, tales como la complejidad que se presenta en el sistema penitenciario y carcelario del país, necesidad por parte del aparato estatal en su conjunto acciones inmediatas y eficaces en pro de dar pronta solución al escenario actual, toda vez que, son múltiples los derechos y bienes jurídicos vulnerados de forma masiva y sistemática, por causa de las condiciones en las que se encuentran muchos de los centros penitenciarios y carcelarios en este territorio, teniendo como resultado un panorama de grandes retos para el manejo de esta dificultad.

¹⁰ “De acuerdo con la tipificación de las conductas penales en Colombia, en la vigencia 2015 la Policía Nacional registró 779.801 tipos penales, de acuerdo con el código penal colombiano, los cuales están contenidos en 18 títulos. Seis de estos comprendieron el 81% del total de los delitos registrados: contra el patrimonio económico, la vida e integridad personal, la familia, la salud pública, la seguridad pública y el orden económico y social; entre estos, los delitos contra la salud pública (título penal que contiene los delitos en torno al narcotráfico) presentaron una reducción de al menos 13,32% respecto del año 2014” (Buitrago y Norza 2015, p. 12).

Metodología

Con el propósito de solucionar el problema de investigación, se utilizará el método deductivo, mediante el cual se podrá analizar cada uno de los objetos genéricos de esta investigación, tales como los subrogados penales, los fundamentos constitucionales de esta figura jurídica, además de los insumos teóricos sobre la pena y el derecho fundamental de la libertad, este estudio sobre los subrogados penales está enfocado en presentar los dilemas que envuelve su aplicación como lo es el cumplimiento de los fines y funciones de la pena junto con los parámetros internacionales y regionales en materia de protección del derecho fundamental a la libertad, obteniendo de forma subsidiaria elementos que puedan ayudar a construir políticas públicas y criminales que aseguren el sistema penitenciario y carcelario del país logrando evitar múltiples violaciones a los derechos humanos en este contexto.

1. Subrogados penales¹¹

Los subrogados penales son un mecanismo que se creó dentro de los ordenamientos jurídicos con el objeto de preservar bajo ciertos presupuestos la libertad como derecho fundamental, buscando obtener que las personas condenadas con la aplicación de estos subrogados alcancen con mayor facilidad los fines propios de la pena, realidad que se justifica en la prevalencia de la libertad como derecho fundamental tanto nacional como internacional y en los fines de prevención positiva y negativa, junto con la rehabilitación del condenado, debido a que, con estos mecanismos ambos preceptos se garantizan armónicamente. Esta realidad debe ser estudiada dentro del Estado colombiano, con el objeto de tutelar los derechos de los condenados ante las posibles violaciones que sufran en su integridad a causa de la problemática penitenciaria y carcelaria del país, teniendo presente su importancia para la efectiva aplicación de una política criminal dentro del territorio nacional en el cual se cumpla con cada uno de los fines propios de la pena, especialmente lo referente a la rehabilitación, esta premisa se desarrollará y complementará con los conceptos que se expondrán en los siguientes numerales.

1.1. Definición

Los subrogados penales o conocidos también como penas sustitutivas, son disposiciones legislativas que se crearon con el objeto de presentar a las personas condenadas alternativas por las cuales puedan cumplir con la pena impuesta mediante otras diferentes, cuando se cumplan los presupuestos que este mismo legislador impuso para poder

¹¹ “Los subrogados penales se han entendido en Colombia como mecanismos que sustituyen la pena de prisión y se fundamentan en el concepto de la resocialización del delincuente. Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1709 de 2014, la utilización de estas medidas surtía sus efectos, pues alguna porción de la población carcelaria se veía beneficiada por las mismas. Sin embargo, si bien su aplicación beneficiaba de manera particular a algunos individuos dado el contexto de sus casos, para efectos de resolver los problemas estructurales de la crisis por la que atraviesan los establecimientos carcelarios, una reforma era inminente; tanto los subrogados penales como la normatividad en general que regula lo atinente al sistema penitenciario y carcelario necesitaba una revisión por parte del legislador. Teniendo en cuenta el contexto político y social del actual estado Colombiano, donde la inseguridad y la delincuencia son algunos de los postulados característicos del país, es posible afirmar que la crisis del sistema penitenciario no llega a estos niveles críticos, únicamente por la incapacidad económica que tiene el Estado para hacerle frente a la problemática; por su parte, es posible afirmar que en aras de proyectar un país que lucha por combatir la inseguridad y la delincuencia en las calles, ha dejado en un segundo plano muchos otros problemas que debe combatir. La solución de dar penas de prisión masivamente constituye un mero mecanismo de eficacia simbólica por parte del Estado a su pueblo, pues le hace creer que en efecto se está trabajando por un país más seguro. Sin embargo, la envergadura de otras problemáticas no puede ser desatendida” (Archila y Hernández, 2015, p. 221).

concederlos por parte del juez de conocimiento que profiere la sentencia condenatoria, estos presupuestos varían dependiendo del tipo de subrogado que vaya a ser concedido, como es el caso de la suspensión, condonar la pena entre dos a cinco años y para los cuales uno de los requisitos es que la pena impuesta de pena privativa de la libertad no exceda los cuatro años, asimismo, el legislador estableció que si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000¹², el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo. Por último, Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena. Sobre este subrogado la Corte Constitucional se ha pronunciado, explicando que:

Para que el juez pueda conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la libertad condicional, debe verificar tanto factores objetivos que se refieren, en ambos casos, al quantum de la pena y al cumplimiento parcial de aquélla en el evento de la libertad condicional, como factores relacionados básicamente con antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado así como la modalidad y gravedad de la conducta, en un caso, y la buena conducta en el establecimiento carcelario en el otro, que le permitan deducir o sean indicativos de que no existe necesidad de la ejecución de la pena o de una parte de ella. De manera que, una vez demostrados los requisitos correspondientes, al condenado le asiste un verdadero derecho al subrogado penal, y su otorgamiento, por tanto, no podrá considerarse como una gracia o favor que dependa del simple arbitrio del juez. (Corte Constitucional, sala plena, sentencia C 679 de 2002).

Otro de los tipos de subrogados que pueden ser concedidos en la libertad condicional, dice la Corte Constitucional que tiene un doble significado, tanto moral como social; lo primero, porque estimula al condenado que ha dado muestra de su readaptación, y lo segundo, porque motiva a los demás convictos a seguir el mismo ejemplo, con lo cual, se logra la finalidad rehabilitadora de la pena. (Corte Constitucional, sala cuarta de revisión, T 019 de 2017), esto teniendo en cuenta que el artículo 64¹³ reglamenta que:

¹² Por la cual se expide el Código Penal.

¹³ “Específicamente sobre cada uno de estos beneficios se debe precisar en cada uno; por ello sobre la suspensión es una alternativa al cumplimiento de la pena corta privativa de libertad que plantea la exigencia de unos requisitos objetivos, en su modalidad ordinaria, pero cuya aplicación depende totalmente de la discrecionalidad del juez” (Osset, 2014, p. 97).

El Juez concederá la libertad condicional al condenado a pena privativa de la libertad mayor de tres (3) años, cuando haya cumplido las tres quintas partes de la condena, siempre que de su buena conducta en el establecimiento carcelario pueda el Juez deducir, motivadamente, que no existe necesidad para continuar con la ejecución de la pena. No podrá negarse el beneficio de la libertad condicional atendiendo a las circunstancias y antecedentes tenidos en cuenta para la dosificación de la pena. El período de prueba será el que falte para el cumplimiento total de la condena (Ley 906 de 2004, art. 64).

Es importante destacar que esta concesión no afecta en ningún sentido la responsabilidad civil del condenado a causa de los daños que ocasionaron a las víctimas. Asimismo, se debe precisar que el decreto de estos subrogados impone a los condenados claras obligaciones, como lo son: i) informar todo cambio de residencia; ii) observar buena conducta; iii) reparar los daños ocasionados con el delito, a menos que se demuestre que está en imposibilidad económica de hacerlo; iv) comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la sentencia, cuando fuere requerido para ello, y v) no salir del país sin previa autorización del funcionario que vigile la ejecución de la pena, ninguna de las cuales se garantiza por medio de caución (ley 599 del 2000, art. 65).

También, se han consagrado precisiones particulares sobre estos mecanismos, como lo es la revocación de la suspensión de la ejecución condicional de la pena y la libertad condicional, según la cual

(...) si durante el período de prueba el condenado violare cualquiera de las obligaciones impuestas, se ejecutará inmediatamente la sentencia en lo que hubiere sido motivo de suspensión y se hará efectiva la caución prestada. Igualmente, si transcurridos noventa días contados a partir del momento de la ejecutoria de la sentencia en la cual se reconozca el beneficio de la suspensión condicional de la condena, el amparado no compareciere ante la autoridad judicial respectiva, se procederá a ejecutar inmediatamente la sentencia (Ley 906 de 2004, art. 66)

No obstante, si transcurrido el tiempo el condenado no incumple sus obligaciones ni tampoco ha incurrido en hechos que establezcan su revocación, la condena queda extinguida y la liberación se tendrá como definitiva, previa resolución judicial (Ley 906 de 2004, art 67).

Por último, se puede conceder la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave como otro tipo de subrogado penal, la cual es estipulada en el artículo 68 del código penal,

El juez podrá autorizar la ejecución de la pena privativa de la libertad en la residencia del penado o centro hospitalario determinado por el INPEC, en caso de que se encuentre aquejado por una enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal, salvo que en el momento de la comisión de la conducta tuviese ya otra pena suspendida por el mismo motivo. Cuando el condenado sea quien escoja el centro hospitalario, los gastos correrán por su cuenta. Para la concesión de este beneficio debe mediar concepto de médico legista especializado (Ley 906 de 2004, art. 68).

Estos mecanismos sustitutivos han sido descritos por la doctrina, expresando que:

Los subrogados penales son derechos que tiene toda persona que ha sido condenada por sentencia debidamente ejecutoriada, después de haberse realizado proceso judicial y cumplido con todas las garantías judiciales se determinará su responsabilidad penal, para que sea sustituida la pena privativa de la libertad en centro carcelario, siendo los subrogados penales la suspensión de la ejecución de la pena, la libertad condicional y el otorgamiento de prisión domiciliar, teniendo en términos de la Corte Suprema de Justicia un aspecto sociológico pues se busca que con este derecho se pueda lograr que la persona puede reintegrarse en la sociedad¹⁴, en otras palabras, los subrogados penales se han entendido en Colombia como mecanismos que sustituyen la pena de prisión y se fundamentan en el concepto de la resocialización del delincuente (Archila y Hernández, 2015, p. 221).

Igualmente, se debe mencionar que estos subrogados penales son sometidos igualmente al debido proceso pues su otorgamiento está debidamente reglado por la ley, por otra parte, la doctrina ha pronunciado conceptos a partir de los cuales genera graves cuestionamientos a la aplicación de estos subrogados en el marco del ordenamiento jurídico colombiano que por sus limitaciones están desenfocándose y no alcanzando los fines por los cuales fueron creados, pues reforma tras reforma se limita la aplicación y concesión de subrogados penales como el caso del delito de terrorismo, reglamentado por la ley 1121 del 2006 (Rodríguez, 2013, p. 62)¹⁵, en otras palabras, existen

¹⁴ “Aparte de lo anterior, mal puede perderse de vista el aspecto socio pedagógico activo del subrogado al estimular a la acusada para que durante el período de prueba se reintegre a la sociedad que es lo que ha venido haciendo porque se encuentra ejerciendo la profesión de abogada, desde que, en un acto de arrepentimiento se desvinculó de la administración de justicia y el encontrarse en esa situación hace que sea mínima la probabilidad de reincidencia, al saberse que los delitos atribuidos están ligados al cargo público que ya no ostenta” (Colombia, Corte Suprema de Justicia, sentencia del veinte de noviembre del año 2014, número de Providencia SP 16022 M.P. Eyder Patiño Cabrera).

¹⁵ “Se trata de los delitos contemplados en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones. Artículo 26. Exclusión de beneficios y subrogados. “Cuando se trate de delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, no procederán las rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión, ni se concederán subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de la pena, o libertad condicional.

(...) reformas penales que elevaron a límites insospechados los marcos sancionatorios de buena parte de los tipos penales y que han reducido en igual magnitud la concesión de subrogados, beneficios y toda suerte de gracias liberatorias o sustitutivas de la pena de prisión (artículos 26 de la Ley 1121 de 2006, 199 numeral 8 de la Ley 1098 de 2006, 32 de la Ley 1142 de 2007, 28 de la Ley 1453 de 2011, y 13 de la Ley 1474, también de 2011), haciendo que la legislación penal colombiana sea cada vez más “dura” y que hasta el juez más benévolo termine impartiendo, por mandato legal, penas excesivamente rigurosas (Barrera, 2013, p. 3).

1.2. Desarrollo legislativo de los subrogados penales

Los subrogados penales, hacen referencia a aquellas medidas que sustituyen el arresto y las penas de prisión, concedidas a individuos que han sido condenados por este tipo de penas; cumpliendo con unos requisitos mínimos¹⁶. De acuerdo con la legislación, los subrogados penales son: 1) la condena de ejecución condicional, 2) la libertad condicional, y 3) reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad grave¹⁷.

Los subrogados penales son un derecho del condenado siempre y cuando se verifiquen los supuestos objetivos y subjetivos que el legislador ha establecido¹⁸. 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. Éstos subrogados penales pueden ser negados o revocados, sin existir violación al derecho a la libertad, esto si ante el incumplimiento de los requisitos objetivos y subjetivos contemplados en los artículos 68 del Código penal o de las obligaciones a que se refieren los artículos 69 del mismo, el juez niega o revoca el subrogado penal a un condenado, resolución

Tampoco a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea eficaz” (Sarabia – Castilla, 2013, p. 11).

¹⁶ “Y sobre la prisión domiciliaria la doctrina determina que es y seguirá siendo un tipo de limitación a la libertad, y el procesado a quien se le sustituye está detenido, solo que se reduce a la órbita de su domicilio. Su aplicación debe tener en cuenta los derechos prevalentes del niño y la finalidad de las penas que impone el sistema judicial de un país con el propósito de garantizar la sostenibilidad del Estado” (Maya, 2012, p. 28).

¹⁷ El juez podrá autorizar la ejecución de la pena privativa de la libertad en la residencia del penado o centro hospitalario determinado por el INPEC, en caso de que se encuentre aquejado por una enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal, salvo que en el momento de la comisión de la conducta tuviese ya otra pena suspendida por el mismo motivo. Cuando el condenado sea quien escoja el centro hospitalario, los gastos correrán por su cuenta (art 68, ley 599 del 2000).

¹⁸ “Se entienden como subrogados penales aquellos mecanismos que sustituyen la pena privativa de la libertad y que el juez concede a la persona que ha sido condenada, previo el cumplimiento de los requisitos o exigencias establecidas en la ley para tales efectos. A título de información, en nuestra legislación penal vigente existen tres clases de subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, a saber: suspensión condicional de la ejecución de la pena, libertad condicional y la reclusión domiciliaria u hospitalaria, ésta última por motivos graves de enfermedad” (Puentes, 2014, p. 136).

judicial que solo puede ser permitida bajo el cumplimiento del debido proceso y todas las garantías judiciales pertinentes que permitan al condenado ser escuchado y asistido por abogado y de esta forma defenderse, eventualidad que permitiría a la negación o revocatoria de dicho subrogados ser cubiertos de legalidad y legitimidad. Con base en prueba indicativa de la causa que origina la decisión pues, en ese evento, falla la condición en cuya virtud era posible suspender la ejecución de la pena o conceder la libertad condicional y, en consecuencia, la condena de arresto o prisión prevista en la Ley debe cumplirse.

Desde esta perspectiva, teniendo en cuenta la intervención de la comisión colombiana de juristas se plantean tres problemas jurídicos. El primero relativo a si resulta contrario al derecho de igualdad la exclusión de los beneficios y subrogados penales a quienes hayan cometido los delitos de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos; el segundo relativo a si resulta contrario a la función de resocialización de la pena la exclusión de dichos beneficios; y, finalmente, si la disposición demandada contiene una norma que implica una pena privativa de libertad proscrita por la Constitución (Corte Constitucional, C – 073 del 2010).

La exclusión de beneficios y subrogados penales, en términos de la sentencia en comento, es una decisión del poder legislativo que busca hacer efectivo el derecho a la justicia de las víctimas y, en un sentido más amplio, garantizar el cumplimiento del reproche social en contra de quien ha cometido una conducta que afecta, de forma grave, bienes jurídicos especialmente valiosos desde la perspectiva Constitucional, como la vida, la dignidad humana, la seguridad personal y la integridad física. Bajo esta lógica, “sin tener por qué afectar, comprometer o desconocer los presupuestos sustanciales y adjetivos concebidos a favor de todos los imputados, con la exclusión de los beneficios y subrogados penales lo que se busca es evitar que resulte nugatorio, desproporcionado o irrisorio, el reproche social impuesto para los delitos más graves y de mayor impacto social como el terrorismo, el secuestro, la extorsión y sus conexos; que, como se dijo, quebrantan en forma significativa los valores de gran relevancia individual y colectiva, desestabilizando incluso el propio orden institucional (Corte Constitucional, sala plena, sentencia C 073 de 2010).

A su vez, se crean entornos particulares donde la aplicación de los subrogados penales es nula en razón de la existencia de contornos especiales como la Ley 975 del 2005 o más conocida como la Ley de Justicia y Paz¹⁹, que no prevé ningún subrogado penal, en el

¹⁹ Ley 975 de 2005, por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.

entendido que la reducción de la sanción en razón de la pena alternativa resulta más que suficiente; a este respecto la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que:

1. En referencia a la forma en que unos y otros llegan a ser procesados judicialmente. Es sabido que la Fiscalía General de la Nación en ejercicio de sus funciones Constitucionales y legales, en especial en relación con la que le otorga la titularidad del ejercicio de la acción penal, dispone cuándo una persona debe responder de una o varias conductas punibles y en tal caso inicia la investigación y gestiona la privación de la libertad —en los eventos en que siendo procedente se acredite la necesidad de tal determinación— en tratándose del procedimiento ordinario; en cambio en el proceso transicional, los desmovilizados voluntariamente han acudido ante la administración de justicia a solicitar su indulgencia a cambio del cumplimiento de una serie de exigencias, algunas de las cuales deben satisfacer, precisamente durante el período de detención preventiva, en todo caso, camino a la concesión de una pena alternativa.

Así, la decisión de acogerse a los beneficios de la Ley 975 de 2005 es voluntaria, así como también puede serlo la de renunciar a la misma, sin que sea necesario, en este último evento, ni siquiera decisión judicial (...)

2. En relación con su naturaleza jurídica. La privación de la libertad es excepcional en el proceso ordinario, y sólo se justifica si responde a alguno de los objetivos declarados por la Ley, mientras que en el proceso transicional no solo es la única medida aplicable y se impone en todos los casos por disposición legal, sino que ciertamente dicha privación de la libertad es una anticipación de la pena que inexorablemente se impondrá en dicho proceso, a menos que el desmovilizado sea expulsado del procedimiento por el incumplimiento de alguno de los compromisos asumidos por él o de las obligaciones impuestas por la Ley para hacerse merecedor de la pena alternativa.

Esta conclusión surge clara del inciso tercero del artículo 29 de la Ley en mención, dado que allí se advierte que la resocialización, mediante trabajo, estudio o enseñanza, es un compromiso del desmovilizado durante todo el tiempo que permanezca privado de su libertad; lo cual difiere sustancialmente con lo dispuesto para el proceso ordinario, en el que es incuestionable que los objetivos de la pena —siendo el principal de todos en el Estado social y democrático de derecho, el de la resocialización—, se cumplen en la ejecución, y no hacen parte de la justificación de la privación preventiva de la libertad.(...)

3. En su dimensión cronológica. En el proceso ordinario la privación de la libertad es eminentemente cautelar, en todo caso temporal, en tanto se define la situación del procesado por medio de una absolución o condena, o mediante una preclusión de la investigación. De suerte que la privación física de la libertad del procesado, que le es inherente, tiene unos límites máximos cuyo vencimiento supone el nacimiento de la expectativa liberatoria. En cambio, en el proceso previsto en la Ley 975 de 2005 la detención preventiva es el inicio de la pena que inexorablemente será impuesta, a partir de lo confesado por el propio desmovilizado; lo cual se evidencia, no sólo en que en tal legislación no se previeron causales de libertad provisional, sino que en dicha Ley en el Capítulo VI dedicado al “Régimen de la privación de la libertad” nada se dice del cómputo de la detención y en cambio en el artículo 30 se menciona el establecimiento de reclusión donde “debe cumplirse la pena”; y en el derogado artículo 31 se indicaba que el tiempo que los desmovilizados permanecieran en la

zona de concentración, se computaría “como tiempo de ejecución de la pena alternativa, sin que pueda exceder de dieciocho (18) meses (Colombia, Corte Suprema de Justicia, sentencia del 2 de mayo del 2012, N° 38789, M.P. José Luis Barceló Camacho).

Así que el legislador previó desde el principio que la detención preventiva tenía como único objetivo descontar la pena que se impondría al finalizar del proceso regulado por la Ley de Justicia y Paz, con lo cual queda expuesto que ante eventos especiales como la justicia transicional la aplicación de los subrogados penales se condona a cada uno de estos eventos.

Ante la confrontación entre la aplicación de los subrogados penales en un contexto de jurisdicción ordinaria y una jurisdicción transicional, se debe aclarar que estos mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad suplen este tipo de sanción penal por diferentes, de esta manera comprando esta finalidad con las penas que se aplican en medio de una justicia transicional cumplen unos mismo criterios, en este orden de ideas la aplicación de estos subrogados es omitida por su falta de pertinencia en un contexto donde sus objetivos ya es alcanzado, en otras palabras, en el proceso ordinario estos subrogados penales se aplican sin ninguna variación, regido por la presunción de inocencia, está latente la posibilidad de absolución, y por tanto se imponen límites a la detención preventiva; en el proceso regulado por la Ley 975 de 2005, el desmovilizado al solicitar su inclusión en el trámite para ser beneficiario de una pena alternativa a partir de la confesión de los delitos cometidos durante su accionar armado, sin con ello entender que está siendo favorecido de los subrogados penales²⁰.

1.2.1. Reforma legislativa de la ley 1709 del 2014

Por último, para el año 2014 se realizó una reforma en materia de subrogados penales a través de la ley 1709 que trata varios temas sobre el sistema penitenciario y carcelario del país, dado que reglamenta temas como: i) Desde las cárceles, internos podrán cotizar pensión: ii) Estímulos tributarios para quienes den trabajo en las cárceles: iii) Pago de multas no podrán ser obstáculo para la libertad: iv) Fortalecimiento de la Guardia: v) los jueces deben

²⁰ “Para solucionar esta tensión, en la justicia transicional se recurre con frecuencia a mecanismos extraordinarios relativos al derecho penal, tales como las amnistías o los indultos para los delitos políticos y conexos, la reducción razonable de penas para los delitos no susceptibles de amnistía o indulto, la sustitución de penas privativas de la libertad por expresiones alternativas de punición, la regulación benévola del concurso de conductas punibles y el reconocimiento de subrogados penales o de mecanismos alternativos de ejecución de las penas” (Barbosa, 2016, p. 18).

garantizar trámite de libertad de quienes tengan derecho, dentro de los cuales se resalta como se mejora el sistema de salud debe cumplir unos objetivos claros, como lo son:

- a) Administrar de forma eficiente y diligente los recursos que provengan del Presupuesto para cubrir los costos del modelo de atención en salud los internos.
- b) Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones del Consejo Directivo del Fondo.
- c) Llevar los registros contables y estadísticos necesarios para determinar el estado de la prestación del servicio y garantizar un control del uso de recursos.
- d) Velar porque todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad cumplan con el pago de sus obligaciones.

Sin embargo, en la temática sobre subrogados penales se vislumbraba que dichas modificaciones dificultan su fomento y aplicación, al consagrar de forma más rigurosa los eventos por los cuales se puede otorgar, desconociendo la finalidad que tiene la pena, y la funcionalidad que tiene este tipo de figura jurídica para mitigar las problemáticas aquí analizadas, pues el tenor de la reforma consagra que:

Artículo 32. Modificase el artículo 68A de la Ley 599 de 2000 el cual quedará así:

Artículo 68A. Exclusión de los beneficios y subrogados penales. No se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.

Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado; extorsión, lesiones personales con deformidad causadas con elemento corrosivo; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrito; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o

uso de armas químicas, biológicas y nucleares; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal (Colombia, Congreso de la República, Ley 1709 de 2014).

Después de la lectura de este artículo, es necesario comprender que aparte de la aplicación que se da a partir de esta reforma a los subrogados, se deben realizar modificaciones en las cuales sea más fácil poder aplicar estos beneficios o derechos, pues lo que se busca es cumplir con la finalidad de la pena y mitigar la problemática del hacinamiento para proteger los derechos fundamentales, entre los cuales se desprende de forma prioritaria el debido proceso consagrado en el artículo 29 constitucional y de forma regional en los artículos 8 y 25 de la CADH, que en la actualidad son vulnerados por esos problemas, partiendo del hecho de que la libertad es uno de los derechos fundamentales que merecen mayor protección y solo puede ser excepcional su limitación, razón por la cual se fundamentará en los siguientes párrafos las premisas expuestas hasta el momento.

La variación normativa que se ha implementado sobre el tema de subrogados es realmente amplia, pues son constantes los cambios que se realizan especialmente sobre los presupuestos para su aplicación y para su exclusión, pues posterior a lo que reglamentó la ley 1709 del 2014, tan solo con un periodo inferior a los dos años surge nuevas modificaciones legislativas, esta última a través de la ley 1773 del 2016 que en su artículo cuarto limita aún más la aplicación de estos mecanismos sustitutivos, coligiéndose como premisa en esta materia el recrudescimiento de disposiciones legislativas para la concesión de los subrogados.²¹

²¹ “Modifíquese el segundo inciso del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así: "Artículo 68A. Exclusión de los beneficios y subrogados penales. No se concederán la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores..." (Ley 1773 de 2016)

1.3.Desarrollo jurisprudencial

1.3.1. Acercamiento teórico al concepto de subrogados penales por parte de la Corte Constitucional de Colombia.

La Corte Constitucional, desde sus primeras sentencias ha tratado el tema de los subrogados penales aclarando que 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 (Corte Constitucional, sala plena, C 679 de 1998); esta concepción pretoriana de la Corte tiene sustento en el mismo concepto que puede ser evidenciado del legislador dado que se entiende que estos subrogados 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. De acuerdo con la legislación, los subrogados penales son: 1) la condena de ejecución condicional y 2) la libertad condicional. (Corte Constitucional, sala plena, C 679 de 1998), esta postura se ha mantenido con el paso del tiempo, pues este máximo tribunal constitucional manifiesta en reciente jurisprudencia que:

(...) de conformidad con el precedente de la Corporación los subrogados penales son medidas sustitutivas de las penas de prisión y arresto, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos por el legislador. De acuerdo con la legislación, los subrogados penales son: 1) la suspensión condicional de la ejecución de la pena, 2) la libertad condicional, 3) reclusión hospitalaria o domiciliaria, y prisión domiciliaria (Corte Constitucional, 2017, T - 019)²².

De esta forma, la Corte Constitucional respeta los presupuestos legales, pero analiza sus fundamentos comprendiendo su razón de ser al momento de ser aplicados buscando en ciertos eventos humanizar la pena, los cuales se profundizarán en los siguientes párrafos.

1.3.2. Fundamentos constitucionales de los subrogados penales

²² “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” (Corte Constitucional, sala plena, C 694 de 2015).

La Corte Constitucional ha expresado que uno de los fines de la pena es la resocialización; objetivo que no se cumple exclusivamente con penas como la privación de la libertad intramuros, sino que también con mecanismos sustitutivos. En este orden de ideas la Corte expresa que:

(...) lo que compromete la existencia de la posibilidad de resocialización no es la drástica incriminación de la conducta delictiva, sino más bien la existencia de sistemas que, como los subrogados penales y los sistemas de redención de la pena, garanticen al individuo que rectifica y enruta su conducta, la efectiva reinserción en la sociedad. (Corte Constitucional, sala plena, C 806 de 2002)

Bajo estos razonamientos la corte constitucional deja sentado que los subrogados penales y su desarrollo legislativo están enfocados en la humanización de la pena y la resocialización de los condenados, cada uno de los cuales está estrechamente relacionado con la dignidad de las personas que en ningún escenario puede ser desconocido y sobre todo vulnerado.

1.3.3. Finalidad de los subrogados penales.

Sin tener por qué afectar, comprometer o desconocer los presupuestos sustanciales y adjetivos concebidos a favor de todos los imputados, con la exclusión de los beneficios y subrogados penales lo que se busca es evitar que resulte nugatorio, desproporcionado o irrisorio, el reproche social impuesto para los delitos más graves y de mayor impacto social como el terrorismo, el secuestro, la extorsión y sus conexos; que, como se dijo, quebrantan en forma significativa los valores de gran relevancia individual y colectiva, desestabilizando incluso el propio orden institucional (Corte Constitucional, sala plena, C 762 de 2002). Con posterioridad, la Corte Constitucional sintetiza en tres finalidades que se cumplen con la concesión de los subrogados penales, consistentes en:

(i) el alcance de la finalidad preventiva especial de la pena para permitir la resocialización del condenado y en este sentido su reintegración a la sociedad: bajo esta premisa se entiende que existen penas diferentes a la privación de la libertad en centro

carcelario a partir de las cuales se puede cumplir con los fines y las funciones de la pena según el ordenamiento colombiano²³

(ii) aplicabilidad de los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, estos principios conllevan a establecer que la imposición de la pena no solo está condicionada a los preceptos legales, sino que en dichos componentes normativos permiten igualmente que el administrador de justicia debe establecer que la pena ayude a satisfacer los derechos de las víctimas, evite la impunidad y genere en la sociedad una positiva, igualmente debe ser proporcional a la conducta realizada contextos en los cuales los subrogados penales tiene total cabida porque según los presupuestos de los que pueden ser decretados son proporcionales, razonables y necesarios²⁴.

(iii) por último, la institución de los subrogados penales obedece a una política criminal orientada a la mitigación y la humanización de la sanción punitiva. En este sentido, esta Corporación ha expresado que:

(...) los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena y los beneficios con los cuales se sustituye una pena restrictiva por otra favorable, han sido regulados en los diferentes estatutos procesales en provecho de las personas que han sido condenadas en los casos expresamente definidos por la ley y también tienen como fundamento la humanización del derecho penal. (Corte Constitucional, sala plena, C 694 de 2015)

Con cada una de las proposiciones que fueron presentadas se evidencia que los subrogados penales por su contenido legal y sus fundamentos constitucionales se encuadra a los fines de la pena, no obstante, es indispensable analizar su componente normativo.

²³ En este sentido, ha señalado que el fundamento que inspira estos subrogados penales es el derecho que tiene todo condenado a su resocialización, pues como ya lo ha expresado esta Corporación “lo que compromete la existencia de la posibilidad de resocialización no es la drástica incriminación de la conducta delictiva, sino más bien la existencia de sistemas que, como los subrogados penales y los sistemas de redención de la pena, garanticen al individuo que rectifica y enruta su conducta, la efectiva reinserción en la sociedad”. En este sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporado a nuestro ordenamiento interno mediante la Ley 74 de 1968, en su artículo 10.3 establece: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados” (Corte Constitucional, sala plena, C 694 de 2015).

²⁴ La pena como instrumento adecuado para servir a los fines de prevención, retribución y resocialización, debe ser necesaria, útil y proporcionada; esto significa que, si los mismos fines pueden lograrse por otros medios sancionatorios, debe preferirse el menos severo (pues el más restrictivo dejaría de ser necesario y útil), en aras de garantizar la dignidad del condenado. En este sentido, la necesidad de la pena exige de ella que sirva para la preservación de la convivencia armónica y pacífica de los asociados no sólo en cuanto ella por su poder disuasivo e intimidatorio, sino que también permita “la reincorporación del autor de la conducta punible a la sociedad de tal manera que pueda, de nuevo, ser parte activa de ella, en las mismas condiciones que los demás ciudadanos en el desarrollo económico, político, social y cultural” (Corte Constitucional, sala plena, C 694 de 2015)

1.3.4. Facultad del legislador para regular los subrogados especiales en Colombia

El legislador puede modificar los subrogados penales en razón de la política criminal que se instaure, la Corte Constitucional en su interpretación manifiesta que:

En la medida en que exista en el ordenamiento jurídico una amplia gama de beneficios y subrogados penales, y los mismos resulten aplicables a todas las categorías de delitos en forma indiscriminada, la lucha que se promueva contra aquellos puede resultar infructuosa, pues la pena, que “constituye lo justo, es decir, lo que se merece”, pierde su efectividad y proporcionalidad cuantitativa frente al mayor daño que determinados comportamientos causan a la comunidad. Por eso, resulta ajustado a la Constitución Política que subsista y se aplique la punibilidad para conductas como el terrorismo, el secuestro y la extorsión, que, por razón de su gravedad y alto grado de criminalidad, no pueden ser relevadas de un castigo ejemplarizante y de la proporcionada sanción penal. (Corte Constitucional, sala plena, C 762 de 2002)

Esta potestad es respetada por el máximo tribunal constitucional, en razón de que, en aquellos casos en los que se establecen normas cuyo fundamento está dado en la protección del derecho de defensa o en la razonabilidad de la duración de la detención preventiva, supuestos en los que se ha hecho énfasis en los límites que impone a la potestad de configuración del legislador el respeto de las garantías procesales derivadas del debido proceso (Corte Constitucional, sala plena, C 622 de 2003). Sobre la forma de decreto de estos subrogados el legislador ha utilizado diversas pautas para aplicarlos, dentro de los cuales se encuentran criterios subjetivos que surgen de la personalidad del sentenciado y criterios objetivos que se verifican con la constatación de la pena impuesta y de su cumplimiento efectivo (Corte Constitucional, C 425 de 2008)²⁵. Con lo cual el legislador no puede desconocer que los beneficios tienen como fundamento la humanización del derecho penal y la motivación para la resocialización del delincuente (Corte Constitucional, sala plena, C 425 de 2008). Dentro de los criterios de valoración de la personalidad del condenado, el legislador ha señalado la existencia de antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, de tal suerte que, si éstos resultan favorables en el sentido general de aceptación social, el

²⁵ “(...) todos ellos dirigidos a suponer que no existe necesidad de continuar con la pena, o que no se requiere imponer su ejecución, o que no resulta necesaria la restricción de la libertad en los términos más gravosos porque existen elementos de juicio suficientes para concluir que la limitación de los derechos del sentenciado ha cumplido su función de reinserción a la sociedad. (Corte Constitucional, sala plena, C 425 de 2008)

sentenciado puede tener derecho a que se le concedan los beneficios indicados en la ley. (Corte Constitucional, sala plena, C 425 de 2008).²⁶

1.3.5. Exclusión de los beneficios y subrogados penales

Cada uno de los límites y exclusiones que establezca el legislador en materia de subrogados penales es una facultad totalmente legítima, toda vez que, no existe limitación constitucional en la incorporación de la reincidencia para excluir de los subrogados penales o beneficios a condenados, pues la adopción de esas medidas es una facultad libre del legislador que no contradice las normas constitucionales (Corte Constitucional, sala plena, C 425 de 2008). En otras palabras, es una decisión del poder legislativo que busca hacer efectivo el derecho a la justicia de las víctimas y, en un sentido más amplio, garantizar el cumplimiento del reproche social en contra de quien ha cometido una conducta que afecta, de forma grave, bienes jurídicos especialmente valiosos desde la perspectiva constitucional, como la vida, la dignidad humana, la seguridad personal y la integridad física (Corte Constitucional, sala plena, sentencia C 073 de 2010)²⁷, esta consideración responde en términos de la Corte Constitucional

(...) a un asunto de política criminal, que surge de una previa valoración de conveniencia política y, a la gravedad de las conductas delictivas y al grado de afectación que éstas puedan hacer al bien común. En ejercicio del *ius puniendi*, el legislador puede restringir o eliminar beneficios y subrogados penales con el fin de combatir las peores manifestaciones delictivas como el terrorismo, el secuestro y la extorsión, en razón a su gravedad. (Corte Constitucional, sala cuarta de revisión, sentencia T 271 de 2014)²⁸

²⁶ “Pero, de la misma manera, de la valoración sobre la personalidad del condenado, o de la gravedad de la conducta punible, o de la buena conducta del sentenciado, el juez puede concluir que la pena aún es necesaria o que debe mantenerse la rigidez de la medida restrictiva de la libertad. Precisamente uno de los criterios que el legislador ha utilizado para suponer que la pena debe mantenerse, o que no es adecuado ni justo otorgar beneficios al condenado, es el de la reincidencia, entendida ésta como la reiteración del delito, esto es, como el reproche a quien cometió una nueva conducta ilícita después de haber estado sometido a una pena anterior.” (Corte Constitucional, sala plena, C 425 de 2008)

²⁷ Bajo esta lógica, “sin tener por qué afectar, comprometer o desconocer los presupuestos sustanciales y adjetivos concebidos a favor de todos los imputados, con la exclusión de los beneficios y subrogados penales lo que se busca es evitar que resulte nugatorio, desproporcionado o irrisorio, el reproche social impuesto para los delitos más graves y de mayor impacto social como el terrorismo, el secuestro, la extorsión y sus conexos; que, como se dijo, quebrantan en forma significativa los valores de gran relevancia individual y colectiva, desestabilizando incluso el propio orden institucional” (Corte Constitucional, sala plena, sentencia C 073 de 2010)

²⁸ La jurisprudencia de esta Corte se ha referido de manera general a la regulación de la multa en materia penal y su relación con el otorgamiento de subrogados penales. Así, en la sentencia C-194 de 2005 asumió el estudio de constitucionalidad del artículo 64 del Código Penal, en el aparte en que la disposición exige el pago de la multa como requisito para que un condenado acceda a la libertad condicional. En dicho fallo la Corporación, utilizó dos argumentos principales para constatar la exequibilidad de la norma en comento. En primer término,

Tratándose de casos en que los infantes han sido víctimas de delitos que atentan contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, en cuanto a las reglas a aplicar en el tratamiento de los imputados, acusados o condenados por la comisión de la conducta punible, regulación legal establecida elimina beneficios propios del procedimiento penal, como lo son los subrogados penales (Corte Constitucional, sala sexta de revisión, sentencia T 718 de 2015)²⁹

2. Fundamentos teóricos y jurídicos de los subrogados penales.

Como se ha mencionado a lo largo de este texto los subrogados penales son penas sustitutivas a las penas principales de la privación de la libertad y las multas que existen en el ordenamiento colombiano, por ello al centrarse en esta figura dilemas entre la protección del derecho fundamental a la libertad junto al análisis del cumplimiento de los fines y funciones de la pena, ha sido sujeto a debates jurídicos sobre su aplicación, los cuales se expondrán a continuación.

2.1. Acercamiento conceptual a la pena y su relación con los subrogados penales.

El punto central de este artículo se desarrolla en el concepto de libertad y las formas mediante las cuales se puede limitar. Sin dejar de lado los preceptos constitucionales y transnacionales que Colombia debe afrontar en su ordenamiento jurídico interno, no solo se estudiará lo consagrado en la Constitución Política, sino también, en diversidad de instrumentos regionales e internacionales. Dentro de esta investigación, se debe mencionar la existencia de mecanismos jurídicos por los cuales se pretende alcanzar los fines propios de la pena sin la necesidad de llegar a la privación de la libertad en establecimiento

resaltó que el carácter de multa es sancionatorio y se origina en la configuración de una conducta penal; por ende, no responde a criterios transaccionales, obligacionales, ni contractuales, por lo cual su exigencia debe entenderse en el ámbito del cumplimiento de una pena, y no con la vocación de discriminar a personas de bajos recursos económicos. En segundo lugar, la Corte adujo que la regulación legal de la multa en materia penal brinda alternativas para el cumplimiento de su pago, que pretenden atender la realidad social y económica de quienes se hallan condenados penalmente, con lo cual no se encuentran discriminados los penados de bajos recursos económicos. (Corte Constitucional, sala primera de revisión, sentencia T 309 de 2010)

²⁹ “(...) la sustitución de la detención preventiva, la sustitución de la ejecución de la pena, la extinción de la acción penal, las rebajas de pena con base en los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado, el subrogado penal de libertad condicional ni otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva”, lo cual guarda consonancia con las disposiciones superiores y los compromisos internacionales, en virtud de los cuales debe primar el interés superior del menor.” (Corte Constitucional, sala sexta de revisión, sentencia T 718 de 2015).

penitenciario, por penas sustitutivas como la libertad condicional o la suspensión de la ejecución de la pena. Dentro de este contexto, se resalta la existencia de circunstancias especiales de las cuales el Estado otorga beneficios a personas condenadas después de una sentencia condenatoria, puedan cumplir su pena sin necesidad de llegar a la privación *intra muros*.

No obstante, es importante mencionar que la pena desde su concepción teórica no surgió de forma exclusiva para la privación de la libertad, sino que en términos de Beccaria (2011, p. 25) deben infringir un dolor superior a la satisfacción, con la cual el condenado realizó la conducta penal, o también, la existencia de fines como la prevención social tanto positiva como negativa, específicamente la rehabilitación del individuo.

Esto se debe, a que al sistema jurídico en el que se aplique la pena, no puede desconocer que toda persona es integrante de la sociedad y tiene el derecho de pertenecer a ella, por lo tanto, el Estado debe propender por que los condenados después de haber solventado sus deudas con las víctimas y la comunidad puedan ingresar nuevamente a la sociedad. Cada uno de estos argumentos, simpatizándose por la existencia de mecanismos tales como los subrogados penales, por los cuales dichos condenados cumplan sus penas, pero puedan igualmente integrarse fácilmente a la sociedad.

En el Estado colombiano se presentan problemas de rango constitucional, pues son múltiples los derechos que a causa del hacinamiento son vulnerados dentro de estos establecimientos, recayendo en el Estado la obligación de salvaguardar su integridad como persona, en razón de mantener derechos inculpes como la vida, la salud, inclusive principios como el de dignidad deben ser amparados sin importar la privación de la libertad de las personas.

Desde este punto, se debe dar particular atención a los subrogados penales dentro de la política criminal del Estado, con el objeto de que se convierta en una solución para el mencionado problema sobre el hacinamiento, esto con el fin de promover su implementación dentro del territorio nacional, para que se convierta en una de las medidas iniciales en el camino a la solución del problema carcelario y penitenciario que atraviesa Colombia.

El estudio sobre el hacinamiento en el sistema penitenciario y carcelario del país enfrenta problemáticas sociales, como lo son la falta de infraestructura y la disparidad entre los componentes normativos en el campo penal, del cual se sustraen, las reformas legislativas por las cuales se propenda por expandir su campo de aplicación, a través de la promulgación de penas diferentes a la principal de privación de la libertad en centro penitenciario. Con lo cual, no solo menguará el hacinamiento en las cárceles del territorio, sino que propenderá por la implantación eficaz de los fines de las penas consistentes en la resocialización de los autores en la comisión de conductas punibles.

En otras palabras, en el contexto del sistema penitenciario y carcelario que en la actualidad sufre problemáticas como el hacinamiento necesita de una intervención por parte del Estado a través de una política pública que permita estabilizar dicho sistema, política enfocada a evitar que los derechos que son atribuibles a las personas que son objeto de dicho sistema sean amparados con un asistimiento institucional de carácter integral, enfocado en el uso jurisdiccional de los subrogados penales, justificados en la conceptualización propia de la pena³⁰, logrando al mismo tiempo la protección de los derechos humanos en los términos tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que se han promulgado por estas corporaciones en los eventos donde una persona se encuentra privada de la libertad por atributo de la Ley.

A pesar de que la libertad es un derecho fundamental tanto para los sistemas internacionales como regionales sin olvidar el ordenamiento jurídico colombiano, este no es de naturaleza ilimitada, dado que ante la imposición sobre otros derechos de personas diferentes o incluso su prevalencia sobre los bienes comunes de la sociedad, implican una inviable sanción de la ley; sanción que no busca simplemente encontrar satisfacción por parte de los asociados en el castigo de las conductas anormales, sino que representa un medio por el cual la sociedad mejora mediante la rehabilitación de las personas que cometan estos delitos,. Es de tener presente, que el Estado al ser el estamento que los investiga, juzga y sanciona obtiene una calidad específica de posición de garante sobre personas privadas de la

³⁰ “Las prácticas penales han sufrido una transformación, una nueva semiótica se ha introducido en sus instrumentos de intervención, modificando a su vez la estructura de los mismos. Nuevo símbolo de poder viene a ocupar el sitio del rey y del individuo tematizado Una nueva forma de poder, que no solo es soberana y disciplinaria, aunque también es ambas, viene a alojarse en las prácticas penales” (Valencia, 2012, p. 141).

libertad, velando por su bienestar mientras cumplan su sanción, vislumbrando en los subrogados penales la herramienta accesoria para determinar en cada caso específico, y cumpliendo los lineamientos normativos, si esa persona puede obtener esa favorabilidad normativa.

2.2. Definición de la pena

Etimológicamente la palabra pena deriva del vocablo latino “Poena” y éste a su vez tiene su origen en la voz griega “Poine”, la cual significa dolor en relación con la expresión “Ponos” que quiere decir trabajo, fatiga o sufrimiento (Fernández y Gómez, 2006). En términos generales la pena, cuando no es extintiva, consiste en la limitación de los derechos personales de un sujeto impuesta por el Estado como consecuencia de un proceso adelantado por la rama jurisdiccional, cuando éste es declarado responsable de una conducta definida de manera inequívoca por las normas, que lesiona o pone en peligro, sin justa causa, el bien jurídico tutelado (Galvis, 2003, p. 3). En otras palabras:

Pena es la sanción en la norma penal, lo cual es consecuencia, no sólo de su disposición legal, sino además y fundamentalmente, de su imposición certera y pronta por el sistema penal. Su contenido es una restricción de bienes al sancionado, proporcional, en tal contenido y en la medida que estos se restringen: al bien jurídico, a la culpabilidad y a la prevención. Por lo antes expuesto la pena, en su contenido y medida, no puede variar por el incremento que pueda tener una conducta prohibida en un momento histórico determinado, en razón a que la inhibición a ella es propia del Derecho como sistema, como el todo y no de las partes independientemente. (De agreda, 2010, p. 34)³¹

³¹ “(...) las "teorías de la pena" cumplen la función de explicar el para qué de la pena, la legitimación del poder del Estado para castigar. Pero el ser de la pena requiere de otra explicación que no se satisface con aquellas teorías. Aquí sólo se puede señalar las grandes líneas, que requerirán, obviamente, una discusión más profunda, pero que a mi juicio son los elementos para elaborar una investigación sobre el concepto material de pena. Dichos elementos surgen de la función que en nuestro ámbito cultural se ha otorgado a la sanción penal. Así, es claro que la pena debe ser, ante todo, un mal, y ese mal se traduce en la privación de bienes jurídicos en cabeza del infractor de una norma. Pero, además, el Derecho Penal tiene una función de demarcación del comportamiento incorrecto -lo que no debe confundirse con la estigmatización de la persona del delincuente- de señalización social de lo no aceptable o incluso, repudiable. Si bien este último aspecto se asocia a la teoría preventivo general de la pena, considero que es independiente de ella y no requiere, como si lo exige esa teoría, de una mayor fundamentación empírica respecto de las consecuencias sobre los no infractores. Al Derecho Penal le es ajeno, por lo demás, la función meramente policial: aseguramiento de bienes o personas en casos de peligro comunitario, como ser, razones de salubridad o de seguridad (clausura de establecimientos con mercadería en mal estado, internamiento manicomio de enfermos mentales peligrosos, etc.) .También le es ajeno al Derecho Penal la reparación de daños, ya sean materiales o meramente morales (destrucción de cosas que deben ser reparadas, la "imagen de la administración pública", etc.).” (González, 2012, p. 2)

2.2.1. Función de la pena

Además de definir la pena dentro de su contexto jurídico, es importante mirar sus funciones y fines con el objeto de establecer la procedencia dentro de este desarrollo teórico de los subrogados penales, de esta amera sobre la función de la pena existen varias teorías, como lo es la absolutista, la cual sostiene que se justifica la pena en sí misma, sin ser considerada esta pena como medio para obtener con posterioridad otros objetivos, entendido como absoluto, el hacerse necesaria, siendo esta hipótesis de naturaleza autónoma y particular. Igualmente existe la anti tesis a esta teoría denominada relativa, para la cual el profesor Martínez-Ferro (2010) hace referencia a esta teoría resumiendo su desarrollo en los siguientes términos:

Según el profesor Jean, la teoría relativa discute una concepción de la pena referida exclusivamente al fin racional de prevenir el delito, cuyos orígenes se remontan al pensamiento iluminista de finales del siglo XVII posteriormente, la Escuela sociológica del Derecho penal de Franz von Liszt centraría su atención en el sujeto que ya ha delinquido, dirigiendo sus esfuerzos a impedir la reincidencia. En cualquier caso, el fundamento de la pena se halla en la necesidad de la misma para evitar la comisión de delitos futuros P. 43; dentro de las cuales se encuentran la prevención general, tanto negativa como positiva, y la rehabilitación, impregnando de humanismo el poder punitivo del estado (p.2).

La función de la pena³² presenta uno de los enfoques por los cuales la política en mención sobre la práctica y fomento de los subrogados penales adquiere mayor legitimidad. Por tal razón, se pretende dar una solución de fondo a la condición que vienen soportando las personas privadas de la libertad por atributo de la ley, comenzando por la concientización de todo el país sobre la importancia que representa para una sociedad repetir la dignidad de todo hombre adecuando el sistema en el que están sometidos este tipo de personas; resocializando y formando una nueva figura que cumplan una misión, objetivos y finalidades que se hacen necesarias³³, por el respeto de Derechos y Deberes de los internos, funcionarios y toda la

³² Retomando la definición de varios autores establece que para el jurisconsulto romano Ulpiano la pena es una venganza por el daño sufrido, mientras que para Carrara la pena implica el sufrimiento por un hecho cometido por dolo imprudencia, (p. 3), por su parte, el profesor Carrara (sf.) determina que la pena es un mal que, de conformidad con la Ley, el Estado impone a quienes con la forma debida son reconocidos como culpables de un delito (p. 62) (Galvis, 2003).

³³ Esta es una constante, pues se ha generalizado en los manuales de Derecho penal, al referirse a la cuestión de la función de la pena, enfrentar las tesis absolutas (o retribucionistas, que centran la función de la pena en el castigo del delincuente por el delito cometido) a las relativas (o preventivas, que la centran en la evitación de delitos futuros) (Sánchez-Ortiz, Íñigo y Ruiz, 2014)

comunidad en general según la reglamentación correspondiente, a medida de reflexión; reemplazando parcialmente la aplicación de todo tipo de pena y su tasación versus sus cambios para el perfecto funcionamiento al cual es el que se apunta.

Pues este sistema no solo se ve afectado por factores internos, sino también por factores externos que propenden por su colapso; por ello, factores como los desafíos económico-sociales³⁴ que influyen en la adopción de medidas represivas a determinadas conductas, que en el contexto que se aplique conlleva al aumento en la tipificación de nuevos delitos, sin olvidar cómo las normas creadas por el Congreso no solo de talante material sino procesal, igualmente inciden en dicho colapso. El sistema a nivel general, colocando en práctica su regulación, organización, y disposición demanda la utilización de cada una de las medidas que permita cumplir su fin último, consistente en la resocialización de las personas como función de la pena anteriormente expuesta, dentro de las cuales se encuentra la propuesta en esta investigación sobre la práctica y fomento de los subrogados penales.

2.2.2. Fin de la pena

Para comenzar este apartado, se mencionará lo estipulado por los profesores Carrara y Alfonso; determina que en este punto es necesario precisar que la finalidad de la pena busca dos vertientes, por un lugar reprimir las conductas que vulneraron bienes jurídicos tutelados, pero también busca la prevención en la comisión de estas conductas³⁵, de esta manera, se establece cómo para esta investigación las finalidades se pueden cumplir sin la necesidad de ingresar a un centro carcelario, pues con la implementación de otras modalidades de pena como lo son los subrogados penales cuando las condiciones así lo permitan y además, evidencien la legitimidad de los mismos por esta misma finalidad³⁶, incluso sobre la

³⁴ De esta manera se evidencia que esta acción realizada por el Estado en función del poder punitivo a él atribuido a través del contrato social, tiene una funcionalidad clara por ello en las exposiciones doctrinales sobre el fin de la pena se suele distinguir las llamadas teorías absolutas de la pena y las llamadas teorías relativas de la pena (García, 2008, p. 2).

³⁵ “(...) la pena solo tiene un fin en sí misma que no es otro que el restablecimiento del orden externo de la sociedad y siendo así, a la pena no se le pueden plantear otros fines, como el de amedrentamiento de los ciudadanos o el de conseguir su enmienda” (Carrara, 2000).

³⁶ En el marco de las convenciones sociales y sus consecuencias, cobra especial énfasis en materia jurídico penal la Teoría de la Pena, ya que a partir de la determinación de una sanción, el común de las personas parecen confundirla con los fines de lo justo o de lo injusto, por ello es que decimos que la labor de individualización de una pena particular y específica adecuada al índice de reprochabilidad, constituye también la redacción de un discurso que debe resultar igualmente legitimado por la sociedad (Alfonso, 2013)

prevención de conductas anormales mediante la ejecución política criminal enfocada a erradicar las causa que origina la comisión de los delitos, se cumplen cada uno de los presupuestos que demanda la finalidad de la pena.

Esto se justifica teniendo en cuenta a los profesores Sánchez-Ortiz, Íñigo y Ruiz (2014), pues existen varias ópticas al momento de evaluar la finalidad de la pena, existiendo, por una parte, un sentido en cuanto justifica la existencia de una institución, mientras que la función, aunque viene asociada a ella, proporciona sólo una razón utilitarista en su favor, pero no justifica su existencia. Por otra parte, se encuentra la visión por la cual es necesaria la inclusión, junto a la pena, de otras realidades jurídicas, como el proceso, las normas penales en cuanto tales, la Administración de Justicia, la Administración penitenciaria, que enriquecen la comprensión al no centrar la cuestión en la ejecución de las penas, sobre todo las privativas de libertad y por último la imprescindible comprensión de la persona humana como social: no como un ser individual que adquiere el calificativo de social por su pertenencia al grupo social, sino esencial y originariamente social. Con cada uno de estos presupuestos se evidencia como en el tema de las penas no se hace uso exclusivo de la privación de la libertad, marco que permite la aplicación de los subrogados bajo los presupuestos legislativos correspondientes sin desconocer los fines y cada uno de los ingredientes normativos de la pena.

2.2.3. Pena privativa de la libertad

Se debe tener en cuenta que la pena privativa de la libertad es el perder la libertad de locomoción, sin embargo, cabe destacar que los derechos fundamentales no se pueden vulnerar ni estando privado de la libertad, puesto que, esto tendría como resultado la creación de nuevos actores de delitos debido a la existencia de presupuestos legales taxativos que no determinan eventualidades particulares que estén cubiertas por parámetros constitucionales y regionales³⁷ que se presenta en la actualidad, esta pena principal es claramente desarrollada por la ley La ley 906 del 2004 según la cual:

³⁷ “Se debe partir del hecho que, a través del Derecho, la clase en el poder expresa su valoración sobre la realidad social que le rodea. La prohibición penal, antes que norma misma, es la expresión de valores; es la exteriorización de una escala de valores dados. A través de la prohibición se desvaloran conductas humanas que le resultan contrarias a los “bienes” que satisfacen “necesidades”, esencialmente, de ese grupo social en el

Las penas que se pueden imponer con arreglo a este código son principales, sustitutivas y accesorias privativas de otros derechos cuando no obren como principales.

En los eventos de delitos culposos o con penas no privativas de la libertad, cuando las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad, se podrá prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria. (Artículo 37).

La prisión. La pena de prisión se sujetará a las siguientes reglas:

1. la pena de prisión tendrá una duración máxima de cuarenta (40) años.
2. Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan la reducción de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las Leyes y en el presente código.

2.3. Protección multinivel del derecho fundamental a la libertad

2.3.1. Protección regional de la libertad

Existen diferentes instrumentos internacionales que protegen el derecho a la libertad, como lo es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que consagra en su artículo tercero: todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona, igualmente; la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en su artículo primero donde se consagra que: Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona; estipulándose por último en la Convención Americana de Derechos Humanos que:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las Leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

poder. Por otra parte, el castigo es el par dialéctico sin el cual no existe la prohibición; él es la expresión del carácter coactivo del Derecho, pero, en la “forma” que se castiga, en la “forma definida” que se castiga (matar, torturar, privar de libertad o multar), en la elección de uno u otro castigo hay también una expresión concreta de los valores de esa clase dueña de la maquinaria del poder, que es el Estado, determinado, en última instancia, por el desarrollo económico-social alcanzado” (Rodríguez, 2010, p. 10).

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.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas Leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

De esta manera, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos como órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos³⁸, al cual hace parte Colombia con la ratificación en el año de 1973 de la Convención Americana de Derechos Humanos³⁹ (en adelante CADH), con lo cual en función del artículo 93 de la Constitución Política de Colombia todos los componentes de este sistema integran el bloque de Constitucionalidad, en función de esto resulta indispensable estudiar los parámetros que este sistema ha proferido en la materia.

Este Tribunal ha señalado que con la protección de la libertad se pueden salvaguardar otros derechos como:

³⁸ “A nivel internacional cada Estado americano cuenta con la posibilidad de integrarse como parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH), sin embargo, los sistemas jurídicos internos son tan diferentes que en algunos no se logra garantizar la adecuada protección de los derechos humanos. Por ejemplo, existen normas que van en contra de otras de mayor jerarquía, o peor aún, hay ausencia de procesos internos eficaces de protección a las víctimas ante violaciones de derechos humanos. Con todas estas irregularidades de cada sistema jurídico estatal se ha buscado crear una institución de carácter internacional que ayude a proteger los DD. HH., o en caso de ser violados, coadyuve a la reparación de dicha violación no dejando impune el acto cometido. No obstante, la solución creada dentro del SIDH no ha sido sencilla y ha conllevado varias décadas de formación y consolidación; incluso sigue evolucionando” (Martínez, Pares y Cubides, 2015, p. 117).

³⁹ La Convención Americana de Derechos Humanos, en adelante CADH, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, como son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en adelante, Comisión IDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante Corte IDH; dichos postulados son aplicables solamente a los países que han ratificado en debida forma la Convención, otorgando con ello jurisdicción y competencia a los órganos de la CADH para actuar (Cubides, Sánchez, & Pérez, 2013, p. 47).

(...) tanto la libertad física de los individuos como la seguridad personal, en un contexto en el que la ausencia de garantías puede resultar en la subversión de la regla de derecho y en la privación a los detenidos de las formas mínimas de protección legal. (Corte IDH, Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003)⁴⁰

Radicándose en esta premisa la importancia de la libertad al complementar innumerables derechos, al igual que ser una parte fundamental para el desarrollo de la persona en condiciones dignas.

En el mismo sentido, el artículo 7 de la CADH tiene dos tipos de regulaciones bien diferenciadas entre sí: una general y otra específica. La general se encuentra en el primer numeral: “toda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personales”. Mientras que la específica está compuesta por una serie de garantías que protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (art. 7.2) o arbitrariamente (art. 7.3), a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (art. 7.4), al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (art. 7.5), a impugnar la legalidad de la detención (art. 7.6) y a no ser detenido por deudas (art. 7.7) (Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007), comprendiendo de esta manera que la libertad es un valor regional y constitucional de gran importancia que debe ser respetado por cada uno de los Estados Parte, tal es su importancia que necesita para su privación legal de presupuestos objetivos y subjetivos por los cuales se puede limitar excepcionalmente.

En tal sentido, la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la Ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La seguridad, por su parte, sería la ausencia de perturbaciones que restrinjan o

⁴⁰ Corte IDH, Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003, párr. 642; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 823; Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 2234; Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 975; Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005, párr. 566; Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párr. 1047; Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006, párr. 598.

limiten la libertad más allá de lo razonable. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. En efecto, del Preámbulo se desprende el propósito de los Estados Americanos de consolidar “un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”, y el reconocimiento de que “sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”, con todo ello queda claro que internacionalmente específicamente en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) existen obligaciones internacionales que el Estado debe respetar como lo es la excepción de limitar el derecho de la libertad en el marco de la ley, contexto en el cual se fundamenta regionalmente la aplicación de los subrogados penales.

2.3.2. Privación de la libertad por atributo de la Ley

En este mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴¹ reconoce no solamente que la libertad es un derecho, sino que también en función del propio dinamismo de la sociedad, el Estado puede limitar este derecho fundamental en su función de mantener el orden social solamente cuando bajo parámetros legislativos y después de su correspondiente proceso penal respetando los derechos al debido proceso y a la justicia consagrados en el artículo 8 y 25 de la CADH así le sea facultado para imponer dichos límites, en este sentido esta corporación manifiesta que:

Así mismo, la Convención establece en el artículo 7.2 la posibilidad de restringir el derecho a la libertad personal por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas o por las Leyes dictadas conforme a ellas (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal) (Corte IDH, Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005)⁴²

⁴¹ El Sistema Interamericano es el tribunal con mayor alcance de protección y mayor criterio ampliado de lo que se considera la reparación integral, por lo que ha sido ejemplo para Naciones Unidas y la CPI en materia de la construcción del derecho humano a ser reparado integralmente (Cubides, Chacón, Díaz, Vargas, Martínez, & Vivas, 2015, p. 22).

⁴² Corte IDH, Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 5718; Caso Chita Nech, y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010, párr. 901.

Igualmente, es muy garantista la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴³ (en adelante Corte IDH) para los casos en los que se prive la libertad de las personas por la comisión delitos penales, estipulando los siguientes términos:

La restricción del derecho a la libertad personal, como es la detención, debe darse únicamente por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas o por las Leyes dictadas conforme a ellas (aspecto material), y, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal). A su vez, la legislación que establece las causales de restricción de la libertad personal debe ser dictada de conformidad con los principios que rigen la Convención, y ser conducente a la efectiva observancia de las garantías en ella previstas. (Corte IDH, caso *Servellón García y otros Vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006)

Con todo esto, se evidencia que regionalmente se permite limitar o privar de la libertad a las personas por atributo de la ley, pero solo cuando la persona deba recibir lo que le corresponde y esto ocurre después de una investigación y juicio donde se le garantice cada uno de los derechos que tiene como persona dentro de los procesos judiciales para que la sentencia que determine su responsabilidad esté totalmente fundada en razones de derecho y hecho alejándose de toda duda razonable legitimando en estos términos el accionar del Estado para privar a las personas de la libertad, sin embargo dichas privaciones no se especifican simplemente en reclusiones en centros carcelarios sino antes bien con otras modalidades de pena o sanción, que dando claro en este orden de ideas que la privación de la ley no es una regla general sino una excepción teniendo en este contexto fundamento la aplicación de penas sustitutivas a estas como lo son los subrogados penales, más aun teniendo en cuenta que en el marco de esta privación es indispensable al protección de garantías mínima a los reclusos como se evidenciara en el siguiente numeral.

2.3.3. Protección Constitucional de la libertad en Colombia

De forma Constitucional, en el artículo 13 se preceptúa que todas las personas nacen libres e iguales ante la Ley, asimismo el artículo 28 de la Carta Magna estipula que: Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o

⁴³ La Corte IDH surge como la institución que hace valer la CADH y como pieza fundamental de todo el SIDH. Es la intérprete última de la Convención. De hecho, la Corte tiene una doble función: la primera es de carácter consultivo, mientras la segunda es de carácter jurisdiccional (Cubides, Chacón, Díaz, Vargas, Martínez & Vivas, 2015, p. 102).

arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la Ley, sin desconocer que es la libertad⁴⁴ uno de los derechos que más persiste en todo el articulado de la constitución⁴⁵.

Se han establecido principios que reglamentan toda la materia penal en Colombia, como es el caso del principio de favorabilidad, en donde existe una postura sobre la manera de interpretar el principio de favorabilidad, lo que, indudablemente tiene claras connotaciones Constitucionales al entrever los derechos que en este rango se han consagrado. La redacción Constitucional del principio de favorabilidad es en extremo amplia, de suerte que, sin restricciones razonables permitiría pensar, que en un proceso penal le serían aplicables a cualquier disposición más favorables o benignas al procesado. Esta postura absoluta, generaría un caos de dimensiones inconcebibles en el aparato de justicia y sería fuente de una enorme inseguridad jurídica. A fin de superar dicho problema, se precisa de un límite temporal a la aplicación del principio de favorabilidad.

En términos generales, puede señalar que dicho límite temporal está definido por el hecho objeto del proceso. De ahí que, en caso de realizarse un hecho punible cuando se han agravado las penas imponibles, resultaría inadmisibles que se aplicara ultractivamente la disposición derogada, so pretexto de que resulta más benigna a los intereses del procesado. De igual manera, se ha entendido que, en materia procesal, cuando las normas modificadas tienen efectos sustantivos, se aplican ultractivamente las derogadas si resultaban más benéficas, siempre y cuando estuvieran vigentes al momento de realizarse el hecho punible objeto del juicio (Colombia, Corte Constitucional, sentencia, T, 1625 de 2000, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez)

Igualmente, la Corte Constitucional, en materia de esta investigación determinó que:

⁴⁴ La libertad constituye, desde siempre, el principio aglutinante de la lucha por los Derechos Humanos, hasta el punto de que, durante mucho tiempo, la idea de libertad, en sus diversas manifestaciones, se identificó con la propia noción de Derechos Humanos. Hoy las demandas de derechos se inscriben en la aspiración más amplia de libertad, que puede ser considerada por lo tanto como la exigencia fundamental, la base teórica de las libertades y los derechos específicos. La persistencia en las apelaciones a la noción de libertad puede servirnos de hilo conductor para reconstruir la dinámica del proceso de consolidación de los derechos y para ensayar una clasificación de los mismos (León, 2005, p. 70).

⁴⁵La Constitución un conjunto de normas que, además de estructurar el poder político y definir las relaciones básicas entre el Estado y los ciudadanos, presuponen el fundamento constitucional en los derechos y la democracia (Vivas, Pulido, & Cubides, 2013, p. 100).

Los funcionarios encargados de reconocer y aplicar los beneficios y rebajas que la Ley penal reconoce en favor del procesado están obligados a pronunciarse sobre su procedencia o improcedencia, cuando los supuestos de hecho para su concesión se den. De lo contrario, se desconocerían el derecho a un debido proceso y, en especial, los principios de favorabilidad y legalidad, al no explicar ni justificar las razones por las cuales no se tiene en cuenta determinado beneficio o rebaja, pese a que se cumplen los requisitos para su concesión. Sin embargo, cuando en uso de esta potestad, el juez resuelve denegar o conceder algún beneficio o rebaja, la decisión debe estar debidamente sustentada y motivada. No de otra manera puede entenderse ese grado de discrecionalidad que, en esta materia, se le reconoce al juez penal. Por tanto, no basta afirmar que para el caso concreto no es conveniente reconocer el respectivo beneficio, hay que explicar y fundamentar el porqué de esa afirmación (Colombia, Corte Constitucional, sentencia, T, 573 de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía)

De esta manera, la omisión en que incurrió el juez acusado consistió en no aplicar una norma, sin importar el sentido en que lo hubiese hecho, cuando estaba obligado a ello, tal como lo dispone el artículo 61 del Código Penal, según el cual, el juez al momento de fijar la pena debe tener en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación⁴⁶, así como la personalidad del agente. De esta forma, al abstenerse de pronunciarse sobre un aspecto que invariablemente tenía repercusiones en el cálculo de la pena, y, por ende, en la situación jurídica de los procesados, pues de su quantum pendía la posibilidad de obtener subrogados relacionados forzosamente con su libertad, se desconocieron derechos fundamentales del actor. Toda disminución de la pena conduce a una reducción del tiempo de reclusión, hecho que, evidentemente, es importante para quien es condenado a la pena privativa de la libertad, y más teniendo en cuenta que con dicha privación se limitan derechos a estos condenados, sin olvidar a las vulneraciones que son expuestos con un sistema carcelario y penitenciario insostenible, factor que se profundizara a continuación.

⁴⁶ Conocer el grado de libertad moral con el que se comportó un individuo al transgredir la ley había dejado de ser, para los representantes de esa nueva psiquiatría, la cuestión fundamental a debatir en las salas de justicia. Lo importante para la comunidad, para que ésta se sintiera segura, era ahora establecer no los agravantes o atenuantes del delito, sino la posibilidad de que el delincuente fuera considerado un peligro para la sociedad. Merece la pena destacar que este concepto de peligrosidad social tendrá su máxima expresión y aceptación a partir de los años veinte y treinta, cuando las aspiraciones de psiquiatras y criminalistas encuentren espacio tanto en los discursos considerados más avanzados y progresistas, algunos de los cuales llegaron de la mano de la higiene mental, como en los códigos penales de inspiración fascistas como, por ejemplo, el Código Rocco en la Italia de Mussolini (1930) o el código penal promulgado en la España en 1928 durante la dictadura de Primo de Rivera y abolido por la segunda República. En cualquier caso, tanto en los discursos más liberales como en los más autoritarios, la peligrosidad social de los criminales se orienta- golpe de gracia dado por la escuela positivista al pensamiento pre-liberal de Beccaria- hacia la prevención del delito (Bravo, 2016).

3. La problemática del hacinamiento en Colombia.

Antes de contemplar el tratamiento que el Estado ha realizado sobre el sistema carcelario y penitenciario del país, es preciso determinar y establecer cuál es la situación actual que acontece en dicho escenario. Para esto, se hace necesario precisar que sobre el sistema en mención se han proferido varios informes por parte de la Procuraduría⁴⁷ y la Defensoría del Pueblo que en ejercicio de sus funciones han evidenciado la existencia de varias problemáticas, la cual propende por la vulneración masiva y sistemática de varios derechos fundamentales que tiene toda persona privada de la libertad por mandato de la Ley.

En primer lugar, se debe comprender de forma genérica al hacinamiento como la relación que existe entre el número de personas en una vivienda o casa y el espacio o número de cuartos disponibles⁴⁸; por su parte, la Real Academia de la Lengua Española (2016) determina sobre el particular que es: amontonar, acumular, o juntar sin orden; a lo cual se concluye que el hacinamiento en un contexto poblacional implica una dificultad sin importar el escenario en el que se presente. Profundizando esta noción se puede decir sobre este concepto que:

En términos generales, en la consideración del déficit intervienen, además del factor demográfico (crecimiento vegetativo de la población y migraciones), los componentes físicos de la vivienda y de su entorno y también ciertos componentes sociales. Dentro de los componentes físicos se incluyen el diseño de la vivienda, la habilidad de construcción, la situación sanitaria, las condiciones del lugar de emplazamiento y los medios físicos de integración social (camino, equipamiento educativo, sanitario, etc.). Los componentes sociales comprenden densidad habitacional, es decir la relación entre el número de habitantes y el espacio disponible (la densidad se convierte en hacinamiento cuando sobre pasa ciertos límites tolerables) (Lentini y Paralelo, 1997, p. 24).

Estos términos permiten establecer cómo el hacinamiento desde su concepción genérica puntualiza elementos estructurales fijos aplicables a cada una de sus delimitaciones situaciones, como lo dicen cada uno de los autores ya referidos el hacinamiento comprende i) un problema habitacional en marcado en una discordancia entre el número de pobladores

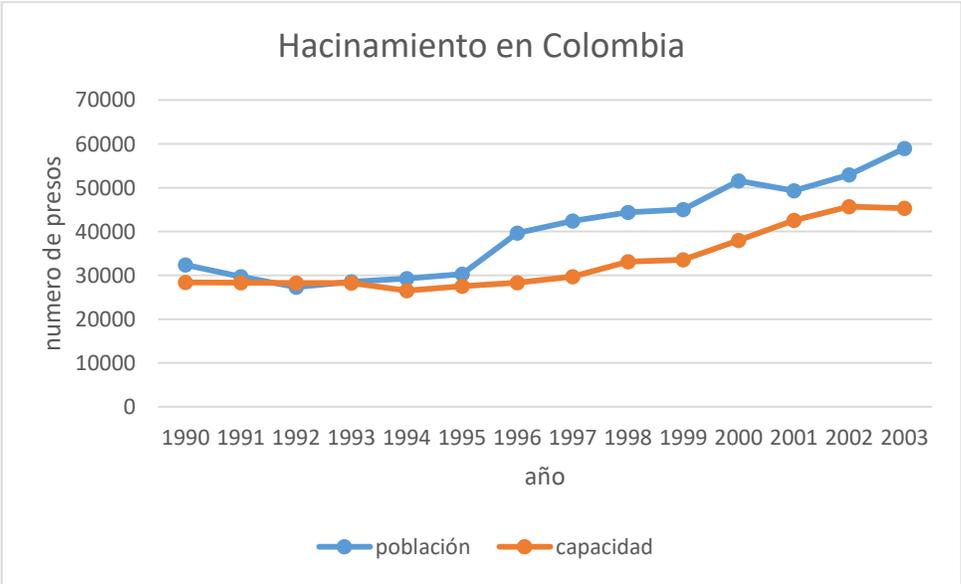
⁴⁷ El sistema de prisiones colombiano opera bajo niveles de presión crecientes; los derechos humanos de las personas privadas de libertad en riesgo (Procuraduría, 2004).

⁴⁸ También es entendido esta figura como el acceso de los pobres a los recursos es limitado, las instalaciones de vivienda que ocupan tienden a ser menos apropiadas que aquellas disponibles para las personas no pobres (Spicker, Leguizamón y Gordon, 2009, p. 153)

del sitio específico, o también llamada densidad poblacional y ii) la capacidad que tiene la infraestructura de dicho sitio para albergar en las mínimas condiciones a sus pobladores.

Específicamente en materia del sistema carcelario y penitenciario del país, la cuestión del hacinamiento ha tenido sus más altos niveles desde la década de los noventa, dado que desde la primera mitad del siglo pasado se presentaron antecedentes de este problema, pero que no representaban los niveles que desde esa década hasta la actualidad se han presentado, siendo denunciado este inconveniente de forma reiterada por varias de las instituciones estatales de Colombia como lo es la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo como órganos de control, y la Corte Constitucional, que mediante variedad de escritos denuncian a lo largo de estas décadas la permanente presencia del hacinamiento dentro de las penitenciarías y cárceles de este territorio, como forma temática de exponer la evolución de este fenómeno a lo largo de los años noventa y los primeros años del presente siglo, se presenta el siguiente gráfico:

Grafica 1 hacinamiento en Colombia



Fuente: Elaboración propia a partir de información obtenida de Mojica, C. A., Sáenz, D. A., y Rey-Anaconda, C. A. (2009).

De la anterior gráfica, se rescata de forma significativa varias circunstancias que son descubiertas por la interpretación de las variables en ella contenidas, como lo es la presencia constante de esta problemática durante más de 25 años, de forma extraordinaria se deslumbró

cómo para el año de 1992 la población que habitaba las penitenciarías y los centros carcelarios en Colombia era inferior a la capacidad con la que para ese año contaba el sistema. Dicho evento solo se presentó durante ese año pues a partir de ese tiempo, la diferencia entre una y otra fue exponencial. Es así, como en este punto, se manifiesta que dentro de las estadísticas expuestas e incluso cada uno de los informes presentados por la administración y los medios de control no logran evidenciar claramente distinción entre las personas que son privadas de la libertad fruto del cumplimiento de la pena consagrada en sentencia debidamente ejecutoriada⁴⁹ tras la investigación y juzgamiento de su responsabilidad en la comisión de los delitos consagrados en el Código Penal, específicamente en la parte especial del mismo y las personas que son detenidas de forma preventiva mientras transcurre el proceso penal en el que se encuentran, eventualidad que aumenta la complejidad del hacinamiento en el país.⁵⁰

Existiendo con estas precisiones los elementos que se mencionaron al respecto de la concepción genérica del hacinamiento, en el caso del sistema objeto de estudio, existe una densidad poblacional integrada por las personas sujetas a medidas de restricción y otra a personas condenadas por la comisión de conductas punibles, esta densidad sobrepasa la infraestructura no solo de las cárceles en particular, sino de todo el sistema en general pues cada uno de los entes competentes que intervienen dentro de la custodia de estas personas son incapaces en soportarlas como lo es la salud y lo sanitario.

Por otra parte, pero dentro del mismo discurso, fue presentado un informe de la Procuraduría General de la Nación en el año 2004 (Procuraduría, 2004) en el que se trató la

⁴⁹ De igual forma cuando se hace referencia a la Cosa Juzgada en el Artículo 21 C.P.P, había quedado consagrado:” (...) La persona cuya situación jurídica haya sido definida por sentencia ejecutoriada o providencia que tenga la misma fuerza vinculante, no será sometida a una nueva investigación o juzgamiento por los mismos hechos, salvo que la decisión haya sido obtenida mediante fraude o violencia. Como también las absoluciones que se refieran a graves violaciones a derechos humanos o al derecho internacional humanitario, cuando se debieron a la falta de un interés serio del Estado (Cancino, 2004, p. 15).

⁵⁰ De esta manera se encuentran dentro de este sistema las personas privadas de la libertad en función o atributo de la ley por causa de sentencia ejecutoriada que lo condena a pagar pena en dicho establecimiento, existiendo también dentro de esta población personas que son privadas de la libertad en centro carcelario como medida excepcional y previa para garantizar el desarrollo adecuado del proceso penal que se cursa en contra de este, Misión Internacional Derechos Humanos y Situación Carcelaria. Centros de Reclusión en Colombia: un Estado de Cosas Inconstitucional y de Flagrante Violación de Derechos Humanos. (Marcos, Morris y Yrigoyen, 2007)

temática del hacinamiento, precisándose varias problemáticas que existían dentro del sistema, las cuales se pueden sintetizar de la siguiente manera:

1. La circunstancia en la cual de una persona al hacinamiento mientras cumple determina pena o es detenida de forma preventiva está siendo por ello expuesta a la violación de múltiples derechos
2. La concentración del hacinamiento es asimétrica; perjudica ciertas regiones y se evidencia de manera particularmente grave en los establecimientos de mayor capacidad ubicados en capitales departamentales
3. El hacinamiento afecta de manera generalizada a las mujeres privadas de libertad
4. La superpoblación carcelaria no es una situación coyuntural, debe ser abordada mediante el diseño de una política criminal integral que racionalice el uso de la prisión (Procuraduría, 2004, p. 2)

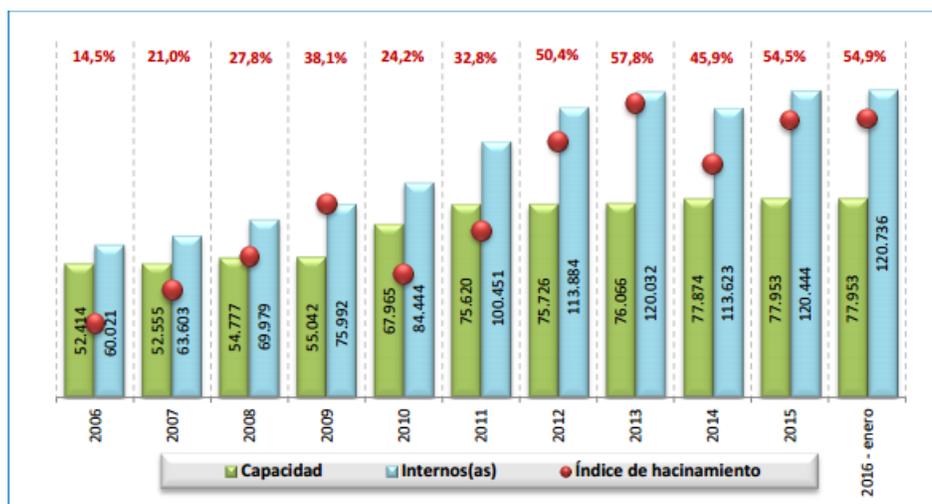
Esta última sugerencia es de gran relevancia para la evolución y mejoramiento del sistema, por lo cual es exaltada dentro de esta investigación, debido a que en ella no solamente se analizó y describió el problema del hacinamiento, antes bien, presenta la solución adecuada que debe ser utilizada con la finalidad de mitigarse.

Por su parte, en ejercicio de sus funciones Constitucionales, la Defensoría del Pueblo (2001) en su momento determinó que son muchas las circunstancias que agravan las condiciones en las que las personas sujetas al sistema carcelario y penitenciario del país se encuentran, como lo son:

- i) el hacinamiento crítico, frecuentemente severo, tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes producto de la violencia y las malas condiciones de detención; ii) la falta de separación de personas privadas de libertad por categorías; iii) infraestructura y condiciones higiénicas y sanitarias marcadamente deficitarias; iv) igualmente, la falta o insuficiencia de atención médica adecuada; v) asimismo, la escasez y/o inadecuada calidad de alimentos; junto con vi) la inseguridad jurídica de las personas privadas de libertad, incluyendo la falta de un recurso efectivo ante la Ley; sin olvidar, vi) la falta de acceso por parte de la mayoría de las personas privadas de libertad a la educación, al trabajo y a la recreación; y la vii) falta de tratamiento penitenciario y atención especializada requerida por muchas personas privadas de libertad, incluyendo las pertenecientes a los grupos vulnerables, concluyendo la defensoría que: el sistema penitenciario es el subsistema de la justicia penal que tiene mayor impacto en las libertades y derechos de los individuos. (Defensoría del Pueblo, 2001, p. 91)

Es por ello que los funcionarios y las entidades que están involucrados en él deben respetar los derechos fundamentales guiados por el convencimiento en la justicia e igualdad ante la Ley, la dignidad y valoración de las personas y en una administración honesta, franca e íntegra. Sin embargo, todos estos criterios no fueron por lo menos en la práctica tenida en cuenta, pues como se mostrará en la siguiente gráfica para el año 2015 aún persiste la problemática del hacinamiento:

Grafica 2 hacinamiento en Colombia desde el 2006 hasta el 2016



Fuente: CEDIP – enero 2016

La información en la gráfica que antecede, exhibe cómo la problemática que ha sido diagnosticada y denunciada desde la última década del siglo pasado persiste casi veinte años después, debido a que para el año anterior se mantenían niveles de grave magnitud, además esta gráfica no solo denuncia un aumento exponencial de la densidad que integra el sistema penitenciario y carcelario del país, sino que demuestra un estancamiento en el desarrollo del capacidad que este sistema tiene para atender a cada una de las personas que integran esta población, además, la problemática del hacinamiento sigue en expansión, puesto que a pesar de las sugerencias presentadas por la Procuraduría General de la Nación, no se logró mitigar ni solucionar esta dificultad aumentando en un 40,4% desde el año 2006 a enero del presente año manteniéndose un promedio de 34,26% de diferencia entre la capacidad del sistema y la

población que posee, con lo cual, se debe tener en cuenta que en América Latina igualmente se presenta este inconveniente en las cárceles de esos países.⁵¹

En materia carcelaria y penitenciaria uno de los competentes de dicho sistema es el INPEC al ser un establecimiento público adscrito al Ministerio de Justicia, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa, el cual fue creado a partir de la fusión que se realizó por parte del gobierno de la Dirección General de Prisiones, Ministerio de Justicia con el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia (Colombia, Presidencia de la República, Decreto No. 2160 de 1992), que tiene por objeto ejercer la vigilancia, custodia, atención y tratamiento de las personas privadas de la libertad; la vigilancia y seguimiento del mecanismo de seguridad electrónica y de la ejecución del trabajo social no remunerado, impuestas como consecuencia de una decisión judicial, de conformidad con las políticas establecidas por el Gobierno Nacional y el ordenamiento jurídico, en el marco de la promoción, respeto y protección de los derechos humanos (Colombia, Presidencia de la República (2011), Decreto No. 4151 de 2011).⁵²

Para dar un alcance en la historia del origen y creación del ente director del manejo de los centros carcelarios en el país, se presenta la cita textual a continuación, en aras de explicar las medidas utilizadas para desarrollar la seguridad de los internos en Colombia:

La evolución carcelaria, se remonta desde el siglo XV, época de los aborígenes, que solo comunidades desarrolladas como los chibchas mostraban una legislación civil y penal de gran influencia moral para su época. Pena de muerte al homicida, vergüenza pública al cobarde, tortura al ladrón, no fue frecuente la privación de libertad y su aplicación no tuvo como criterio el castigo. En la época de la conquista, se impusieron las leyes del conquistador:

⁵¹ La situación penitenciaria en los países de América Latina y el Caribe es muy grave. Hay alta violencia, numerosas muertes y delitos que ocurren al interior de los presidios, muchos de ellos cometidos en su interior, pero con efectos fuera de ellos, y gravísimas violaciones a derechos humanos tanto de las personas privadas de libertad como de las personas funcionarias. La situación ha venido deteriorándose durante las tres últimas décadas (1980-2010), y ha escapado del control de los países a partir de la década de los noventa en la mayoría de los casos (Carranza, 2012 p. 31)

⁵² Las obligaciones del Estado con relación a las personas privadas de la libertad, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional, se enmarcan dentro de una relación de especial ejecución, por el estado de indefensión en que se encuentra un recluso frente al poder del Estado. Esas obligaciones son correlativas a la garantía de los Derechos Fundamentales de los reclusos salvo las limitaciones que para ellos impone el estar sometidos al poder punitivo del Estado, en tal sentido está restringida la libertad individual y están limitados otros Derechos, pero solo en cuanto ello garantice la seguridad de los internos y el cumplimiento de la media de detención o la pena. Bajo tales premisas el Estado tiene una obligación de custodia y vigilancia, que se traduce en el cumplimiento de los Deberes jurídicos que le impone la ley penitenciaria, a fin de evitar daños a las personas privadas de la libertad, con ocasión de la omisión, acción o negligencia de la administración carcelaria que pudiera configurar una falla en el servicio (Ruiz, 2013, p. 413).

delitos, guarda de presos, tormentos, penas y perdones. El Establecimiento de Reclusión se considera como un sitio previo a la ejecución o un castigo para la población española o criolla. El nativo no disponía de libertad por su carácter de vasallo. En la época de la colonia se aplicó la confiscación, multa y prisión, así como medidas eclesiásticas relacionadas con abjuración, represión, suspensión de órdenes y las penitencias. Para el cumplimiento de las penas se utilizaron las famosas mazmorras, presidios de Cartagena y Tunja; las cárceles de la Real Cárcel, la Cárcel del Divorcio, la de Zipaquirá y la de Santafé (Colegio de Nuestra Señora del Rosario), entre otras. En la época de la Independencia con el objeto de contribuir al estado-nación se importan modelos penitenciarios franceses y españoles. Estatuto político del territorio colombiano. Contempla la abolición de la tortura, se autoriza a coartar la libertad del ciudadano y se prohíbe el ingreso a la cárcel de quien no sea legalmente conducido a ella. 1890 - primera cárcel de mujeres: es establecida por las religiosas del buen pastor. 1914 - ley 35: se crea la Dirección General de Prisiones; reglamentándose como entidad adscrita al Ministerio de Gobierno. 1934 - primer código penitenciario colombiano: primeros lineamientos de administración penitenciaria. 1936 y 1938 - nuevo código penal, código de procedimiento penal y ley de vagos. 1940 - auge de construcciones penitenciarias: dispositivos de control social por el desarrollo del capitalismo. Penitenciaría nacional la picota, Palmira y Popayán. 1940 - Reestructuración: Dirección General de Establecimientos de Detención, Penas y Medidas de Seguridad (Min-justicia). 1958 - Ley de Maleantes: doctrina de la peligrosidad. 1960 - Reestructuración: División de Penas y Medidas de Seguridad (Min-justicia). 1992 - Decreto No. 2160, por el cual se fusiona la Dirección General de Prisiones del Ministerio de Justicia con el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia y se crea el Instituto Nacional Penitenciario Y Carcelario – INPEC (INPEC, octubre, 2016).

Este contenido teórico y normativo que se ha lucido sobre el INPEC, lo enmarca como la autoridad competente en la ejecución de las disposiciones que se presenten en el sistema penitenciario y carcelario de este país, pero como bien lo exponen cada una de las normas que lo reglamentan es el ejecutor rango que lo obliga a remitirse en realizar aquellas conductas que le sean impuesta por el sistema, esta precisión permite afirmar que los conceptos que esta institución realice sobre el problema y sus posibles soluciones sean prevalentes y representen una fuente confiable para abordar esta problemática, no obstante, esta misma idea exterioriza el dilema que se encuentra en el sistema por falta de coordinación

3.1.Efectos del hacinamiento en los centros carcelarios y penitenciarios del país

Una vez diagnosticado el problema del hacinamiento resulta pertinente presentar los efectos que este problema produce, describiendo en forma inicial:

El problema del hacinamiento es una realidad no solo en Colombia sino en gran parte de los países del mundo, pero dicho problema va más allá del aspecto físico que delimita la palabra a la falta de un espacio adecuado para vivir, se trata de un problema que subyace en la

desigualdad social, pobreza, violencia, carencia de oportunidades, inseguridad y una verdadera educación que permita traspasar las condiciones de marginalidad y motive a los ciudadanos a mejorar sus circunstancias de vida. (Jiménez, 2012, p. 79)

Convirtiéndose, en relación a lo dicho por este autor, en una cuestión compleja no solo por su misma procedencia sino en razón de ser un hecho que impacta negativamente estos derechos; como si fuera poco, surgen vulneraciones simultáneamente en los derechos que ataca y en el número de personas que en un mismo momento son violentadas. Ciertamente va mucho más allá de las cifras, es decir, que ha saltado los miles de reclusos que se encuentran en dichos lugares sufriendo penurias y situaciones vergonzosas e inhumanas (Gutiérrez – Ramírez y Barajas, 2015, p. 26). Estos efectos expuestos de forma global sobre el hacinamiento vislumbran graves consecuencias que para esta investigación serían más completa con la ejemplificación de casos particulares, por ello se mencionarán dos casos específicos de hacinamientos en cárceles colombianas para representar lo que los autores han relatado hasta el momento.

Los casos que se mostrarán a continuación son las situaciones en las que se encuentra la población carcelaria y penitenciaria del país en las penitenciarías y cárceles de Sevilla, Valle del Cauca durante el año 2012 y de Anayancy Quibdó durante los años 2014 y 2015. En el primer centro se vislumbra que los presos están sujetos de sufrir: i) Estrés, ii) Rechazo de ayuda, iii) Reacciones paranoides, iv) Disminución de la productividad, v) Depresión, vi) Comportamiento hostil y agresivo, vi) Comportamiento antisocial y vii) Comportamientos autodestructivos (Osorio, Lopera y Ríos, 2012). Por su parte, en el segundo centro se observa la falta de higiene, de orden, de salubridad, entre otras. En Anayancy, Quibdó las cifras de hacinamiento para el 2014 eran exorbitantes, excedían el 260%, además de la estructura y las condiciones en las que se ven obligados a convivir los presidiarios (Cury-Parra, Córdoba-Mosquera, Palacios y Trujillo- Placido, 2016, p. 47). Con estos casos se colige cómo, ya sea desde una óptica genérica o particularizada, los efectos del hacinamiento son de una índole que afecta directamente los derechos fundamentales de las personas que integran este sistema.

3.2.Perspectiva jurisprudencial del hacinamiento en el sistema penitenciario y carcelario en Colombia

3.2.1. Ámbito de protección de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad por mandato de la ley ante sus posibles violaciones en el sistema penitenciario y carcelario del país.

Ante la manifiesta vulneración a los derechos fundamentales dentro de este sistema, es importante precisar, que se ha proferido jurisprudencia que establece cuáles son los derechos que deben ser protegidos a toda persona que está siendo privada de la libertad por atributo de la Ley⁵³. En el numeral anterior, se exhibió cada uno de los efectos nocivos que presenta el hacinamiento en el sistema penitenciario y carcelario del país, coligiéndose como la transgresión de los derechos humanos son su principal producto, entonces se debe detallar cuáles son los derechos que se ven vulnerados por el acaecimiento del hacinamiento, dado que esta población tiene una particularidad al ser privados de la libertad por atributo de la ley, esta peculiaridad no representa el desconocimiento total de todos los derechos de estas personas, antes bien, se debe indicar cuál es el tratamiento de estas personas sobre los derechos que se les suspendan, restrinjan o mantengan intactos, esto se encuentra desarrollado por los diferentes tribunales tanto internos como regionales en sus respectivas sentencias, las cuales se procederán aquilatar a continuación.

A partir de este lineamiento, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, específicamente en la Sentencia T - 153 del año de 1998, ha determinado que ciertos derechos de los presos se suspenden y restringen, tales como la libertad física y la libertad de locomoción, o se suspenden como los derechos políticos, asimismo, derechos como los de la intimidad personal y familiar, reunión, asociación, libre desarrollo de la personalidad y libertad de expresión, con todo, se siguen manteniendo, en su incolumidad a pesar del encierro a que es sometido su titular, esto implica que los sujetos objeto del sistema penitenciario y carcelario del país no sean sometidos a ningún trato cruel e inhumano, además de ser amparados en sus derechos a la salud y la vida, que con los problemas actuales de

⁵³ El aumento de los índices de criminalidad en Latinoamérica ha propiciado un ascenso en la tipificación de conductas consideradas como delictivas, que a su vez ha engrosado las legislaciones de los países latinoamericanos. En los casos en los que se ha logrado detener a los delincuentes por medio del Derecho Penal se han identificado dos consecuencias: Hacinamiento carcelario que es costado por el Estado, y desplazamiento de la criminalidad a otras áreas.

América latina utiliza principalmente una política criminal reactiva basada en reprimir conductas criminales por medio de la pena de prisión, sin embargo, se ha demostrado que los países que han utilizado modelos preventivos no solo han disminuido los homicidios dolosos sino también los efectos adyacentes de la disminución de la criminalidad (hacinamiento carcelario, desplazamiento de criminalidad, entre otros). (Alvarado, 2014, p. 54).

dicho sistema se ven menoscabados, esta premisa se encuentra sustentada en el artículo 3 del código de procedimiento penal donde se da el:

“Reconocimiento de la dignidad humana. Toda persona a quien se atribuya la comisión de un hecho punible tiene derecho a ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. “Se respetarán las normas internacionalmente reconocidas sobre derechos humanos, y en ningún caso podrá haber violación de las mismas.” “Art. 408. [C.P.P.]. Derechos de la persona privada de la libertad. Todo sindicado privado de su libertad tendrá derecho a recibir en el lugar de la reclusión un tratamiento acorde con el respeto a los derechos humanos, como los de no ser víctima de tratos crueles, degradantes o inhumanos ; a ser visitado por un médico oficial y en su defecto por uno particular, cuando lo necesite ; a tener una adecuada alimentación, a que se le faciliten todos los medios y oportunidades de ocuparse en el trabajo y el estudio ; a tener un intérprete de su lengua si lo necesitare al momento de recibir notificación personal de toda providencia, todo lo cual se compendia en el respeto por su dignidad humana.” “Artículo 5 [C. Pen. y Car.]. Respeto a la dignidad humana. En los establecimientos de reclusión prevalecerá el respeto a la dignidad humana, a las garantías Constitucionales, y a los derechos humanos, universalmente reconocidos. Se prohíbe toda forma de violencia síquica, física o moral.” (Corte Constitucional, sala tercera de revisión, sentencia T 153 de 1998)

En esta relación sobre el contenido normativo del derecho de la libertad, igualmente se debe mencionar los componentes regionales que integran este marco jurídico, en lo cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos enuncia la calidad que dota la Convención Americana sobre Derechos Humanos de derecho fundamental a la libertad, no obstante, dentro de su jurisprudencia reconoce la facultad que tienen los Estados para limitar este derecho en ocasión de procesos judiciales debidamente realizados por los cuales se reconoce la responsabilidad de ciertos individuos en la comisión de conductas penales que afectan otros bienes jurídicos tutelados, y que por este sustento se puede limitar la libertad de dicho individuo por mandato de la ley con lo cual se afianza su característica de excepcionalidad particularmente es permitida por la jurisprudencia de la Corte IDH bajo reglas claras y precisa, esto en función del artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

De esta manera, se evidencia cómo son múltiples los derechos que deben ser garantizados a las personas que se encuentran dentro del sistema penitenciario y carcelario del país, pues a pesar de que estén siendo sancionadas por realizar conductas anormales estipuladas por la ley como delitos, en función del Estado de Derecho y también en el Estado Social de Derecho tiene derechos fundamentales inmutables como lo son en el caso regional, el i) derecho que toda persona tiene para que se respete su integridad física, psíquica y moral,

incluso ii) nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, más aun toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (San José, Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, art. 5), por su parte la Corte Constitucional determina que la vida e integridad personal, la dignidad, la igualdad, la libertad religiosa, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la salud y al debido proceso, y el derecho de petición tiene esta característica de inmutabilidad, de esta manera son numerosos los derechos que resultan vulnerados a los sujetos que son privados de la libertad por mandato de la ley, lo que integra el tema subsidiario que se ha desarrollado en este trabajo sobre los problemas del sistema penitenciario y carcelario del país, que con los subrogados penales en parte puede ser estabilizado.

3.2.2. Estudio institucional del sistema penitenciario y carcelario del país

La complejidad de las dificultades que existen en el sistema penitenciario y carcelario del país, han alcanzado tal exiación, que de forma reiterada ha sido tratada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pues desde 1998 ha proferido sentencias de gran relevancia, configurando el estado de cosas inconstitucional⁵⁴ ante la presencia de una violación sistemática en la cual cada una de las entidades interviniente presenta defectos por los cuales se generan dichas violaciones, estas sentencias son las T 153 de 1998, T 388 del 2013 y T 762 del 2015. Creándose de esta manera un desarrollo jurisprudencial sobre la temática del hacinamiento, desarrollo que tiene su origen en la sentencia T 153 de 1998, momento en el que esta corporación constitucional estableció que:

Si se establece que las cárceles colombianas se han convertido en un problema de orden público y en centros donde se violan sistemáticamente los derechos fundamentales de los internos, la Corte debe poner en conocimiento del presidente de la República la existencia del mencionado estado de cosas inconstitucional en materia penitenciaria. Ello con el objeto de que, haciendo uso de sus facultades como suprema autoridad administrativa del país y participante fundamental del proceso legislativo, realice todas las actividades necesarias para poner pronto fin a esta delicada situación, vinculada con la conservación del orden público y

⁵⁴ Concepción ratificada por la Corte Constitucional pues para esta corporación el estado de cosas inconstitucional se predica de aquellas situaciones en las que se presenta una repetida violación de derechos fundamentales de muchas personas - que pueden entonces recurrir a la acción de tutela para obtener la defensa de sus derechos y colmar así los despachos judiciales - y cuando la causa de esa vulneración no es imputable únicamente a la autoridad demandada, sino que reposa en factores estructurales (Corte Constitucional, sentencia SU 090 de 2000).

con la violación crónica y sistemática de los más elementales derechos humanos (Corte Constitucional, sala tercera de revisión, sentencia T 153 de 1998)

Es en este momento donde por primera vez la Corte evidencia la problemática que tiene el sistema carcelario y penitenciario del país y las graves violaciones de derechos humanos que surgen de ello, como es el caso del hacinamiento. Aparece en el año del 2013 una continuidad sobre el tratamiento de este problema, manifestando que:

La política criminal colombiana ha sido desarticulada, reactiva, volátil, incoherente, ineficaz, sin perspectiva de Derechos Humanos y supeditada a la política de seguridad nacional; La política criminal colombiana ha abandonado la búsqueda del fin resocializador de la pena, lo que a su vez genera mayor criminalidad, pues ese abandono contribuye a convertir los establecimientos de reclusión, en verdaderas “universidades del delito”. El hacinamiento no es el único problema del sistema penitenciario y carcelario del país. Sin embargo, toda la inversión presupuestal se ha dirigido únicamente a la creación de nuevos cupos carcelarios. Esta estrategia es insuficiente, ya que se abandona la atención de otras problemáticas igual de importantes; los problemas que enfrenta el Sistema penitenciario y carcelario no son nuevos, pero la política criminal sigue sin resolverlos. (Corte Constitucional, sala octava de revisión, sentencia T 338 de 2013)

Estas fueron las problemáticas que a la luz de la Corte Constitucional propendieron por que se presente una crisis en el sistema penitenciario y carcelario, con lo cual se está vulnerando los derechos fundamentales de las personas sujetas al sistema en mención.⁵⁵

Siguiendo esta línea en la sentencia T 762 del año 2015, se determinó que fruto de la crisis existente en el sistema objeto de investigación, la población carcelaria del país es expuesta a graves vulneraciones en sus derechos fundamentales, toda vez que existe una desarticulación de la política criminal implementada por el Estado, lo cual produce un segundo problema concentrado en el hacinamiento que estadísticamente ya fue expuesto en este artículo, dificultades sistemáticas que también son acompañadas por la desarticulación entre las entidades territoriales descentralizadas y el ministerio de justicia y el derecho como cabeza del sector central, teniendo como factores adicionales el populismo punitivo, donde el tipo de pena a establecer por determinada conducta punible es sancionada en función de los pareceres populares. Con cada uno de estos aportes pretorianos se evidencia la

⁵⁵ La confluencia armónica de los contenidos “iusfilosóficos” que fundamentan los derechos, con los contenidos materiales que los hacen efectivos, valiéndose de los últimos desarrollos del Constitucionalismo, que han madurado la idea de una ‘Constitución viviente’. Es decir, de una constitución que tenga plena vigencia sociológica, que supere el aislamiento entre Constitución y realidad (Cárdenas, 2011)

problemática que envuelve al sistema penitenciario y carcelario lo que demuestra su complejidad, pero igualmente evidencia la posible solución de forma escalonada evento en el cual se puede utilizar lo referente a los subrogados penales ya tratados.

4. Política pública y criminal en materia del sistema penitenciario y carcelario de Colombia

Como se mencionó en el inicio de este trabajo uno de los efectos subsidiarios del estudio principal de esta investigación consiste en otorgar insumos teóricos para la construcción de una política pública en materia carcelaria, para lo cual se desarrollará esta materia a continuación.

4.1. Concepto de política pública

Antes de establecer cuál ha sido la política pública del Estado en materia carcelaria, resulta relevante definir el concepto de política pública, consistente en un conjunto de decisiones interrelacionadas, tomadas por un actor o grupo de actores respecto de la selección de metas y medios para alcanzarlas en una situación específica, y donde aquellas decisiones están dentro del ámbito de autoridad de esos actores (Olavarría, 2007, p. 16). En otras palabras, raramente un gobierno aborda un problema con una sola decisión (Jenkins, 1978)⁵⁶, igualmente se puede manifestar que:

Tanto la política como las políticas públicas tienen que ver con el poder social. Pero mientras la política es un concepto amplio, relativo al poder en general, las políticas públicas corresponden a soluciones específicas de cómo manejar los asuntos públicos. El idioma inglés recoge con claridad esta distinción entre políticos y policías. Las políticas públicas son un factor común de la política y de las decisiones del gobierno y de la oposición. Así, la política puede ser analizada como la búsqueda de establecer políticas públicas sobre determinados temas, o de influir en ellas. A su vez, parte fundamental del quehacer del gobierno se refiere al diseño, gestión y evaluación de las políticas públicas⁵⁷. (Naciones Unidas, 2004).

⁵⁶ “Thomas Dye (2002) señala que una política pública es cualquier cosa que el Estado elige hacer o no hacer. Los Estados regulan conflictos en la sociedad y la organizan para enfrentar conflictos con otras sociedades, distribuyen una gran variedad de recompensas simbólicas y servicios materiales a los miembros de la sociedad, para lo cual obtienen recursos de ella, normalmente bajo la forma de impuestos. Así, las políticas públicas pueden regular la conducta, organizar burocracias, recaudar impuestos y distribuir beneficios, todo a la vez” (Olavarría, 2007, p. 13).

⁵⁷ Las políticas públicas están directamente relacionadas con el ejercicio del gobierno en cualquier contexto político. Desde la tradición anglosajona se centra en la administración, la relación de las políticas públicas con los mecanismos de toma de decisiones y las cuotas de poder de cada uno de los actores, mientras la tradición

Desde otra perspectiva, es “un conjunto conformado por uno o varios objetivos colectivos considerados necesarios o deseables y por medios y acciones que son tratados, por lo menos parcialmente, por una institución gubernamental con la finalidad de orientar el comportamiento de actores individuales o colectivos para modificar una situación percibida como insatisfactoria o problemática.”⁵⁸, entendiendo este concepto evidenciamos que sobre el tema subsidiario del sistema penitenciario y carcelario del país debe ser un tema objeto de estas políticas públicas y a la cual se puede ayudar con los conceptos que se han presentado sobre los subrogados penales.

4.2. Categorías

A partir del análisis teórico, se colige la existencia de una categorización en materia de políticas públicas que para algunos autores pueden ser: i) Políticas sustantivas y procedimentales, ii) Políticas distributivas, regulatorias, y redistributivas y iii) Políticas materiales y simbólicas (Delgado, 2009, p. 7); dentro de la clasificación de políticas sustantivas y procesales se puede conmutar en una tipología fundamentada en el método que es utilizado para abarcar esta problemática, en otras palabras, se determina esta tipología en razón del método utilizado para la ejecución de dichas conductas encaminadas a la satisfacción de las necesidades de la sociedad, gracias a los conceptos teóricos anteriormente descritos se logró establecer la existencia de dos tipos de políticas una i) mono y otra ii) pluri conductual, esta primera categoría de las políticas públicas⁵⁹ mono conductuales se refiere a

europea, la vincula al concepto de Estado, su funcionamiento interno y sus relaciones con la Sociedad. En Europa, como en América Latina, el Estado es la institución que domina la vida política, da forma y trasciende a la sociedad. Las sociedades son organizadas desde el Estado. El Estado tiene la función de regular la vida social, y lo hace a través de la promulgación de textos jurídicos y administrativos, de la creación de organizaciones, la construcción de políticas públicas y de otras formas concretas en las que se viabilizan las decisiones públicas. (Jiménez y Ramírez, 2008, p. 54).

⁵⁸ Para entender qué son las políticas públicas, es necesario diferenciar dos conceptos que en nuestro idioma no tienen traducción: Politics (política), (políticas). “El primero es entendido como las relaciones de poder, los procesos electorales, las confrontaciones entre organizaciones sociales con el gobierno. El segundo tiene que ver más con las acciones, decisiones y omisiones por parte de los distintos actores involucrados en los asuntos públicos (...) Las políticas son el diseño de una acción colectiva intencional; el curso que toma la acción como resultado de las decisiones e interacciones que comporta son los hechos reales que la acción produce. En este sentido, las políticas son “el curso de acción que sigue un actor o un conjunto de actores al tratar un problema o asunto de interés. El concepto de políticas presta atención a lo que de hecho se efectúa y lleva a cabo, más que a lo que se propone y quiere. La política se conforma mediante un conjunto de decisión, y la elección entre alternativas” (Aguilar y Lima, 2009).

⁵⁹ Para concluir y arriesgar una definición personal considero que una Política Pública designa la existencia de “un conjunto conformado por uno o varios objetivos colectivos considerados necesarios o deseables y por

la ejecución por parte de una sola autoridad de acciones propias de sus funciones para mitigar y solucionar las problemáticas a las cuales es competente, como por ejemplo una alcaldía municipal o distrital, por otra parte se encuentran las políticas públicas pluri - conductuales consistentes en aquellas acciones planificadas desde el gobierno y ejecutadas por diferentes autoridades de menor jerarquía o igual, en la cual para la efectiva implementación de dichas políticas es necesario la sincronía sistemática en su implementación; como es el caso de la política pública que se implementa en materia penitenciaria y carcelarias en el país; que conjuga en un mismo fin a las acciones dispuestas por la judicatura, la fiscalía, el ministerio de justicia, el INPEC, entre muchas otras entidades, sin olvidar la influencia que generan en este sistema la promulgación de normas sobre las conductas penales ya sea sustanciales o procesales, sin olvidar que uno de los grandes colaboradores en esto es la jurisprudencia de las altas cortes especialmente la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional.

4.3. Política pública en materia carcelarias y penitenciaria (política criminal) en Colombia

Por los razonamientos anteriores, se infiere que el tema de política pública⁶⁰ para el sistema penitenciario y carcelario del país se desarrolla en la llamada política criminal del Estado, la cual presenta varias características particulares como lo es la complejidad del objeto al cual está realizando tratamiento dada su composición múltiple como lo es la norma sustancial bajo la cual se imponen las penas y los delitos, y también existe un componente instrumental o formal consistente en el procedimiento penal que establece las reglas por las cuales se reglamente el juicio a las personas, y el sistema propiamente dicho de penitenciaria y carcelaria, tres componentes que por su propia ideología y finalidad están totalmente en contra, o bajo directrices totalmente opuestas, ocasionado los actuales problemas que se viven en materia carcelaria.⁶¹

medios y acciones que son tratados, por lo menos parcialmente, por una institución u organización gubernamental con la finalidad de orientar el comportamiento de actores individuales o colectivos para modificar una situación percibida como insatisfactoria o problemática” (Roth, 2002).

⁶⁰Como podemos ver en el caso de la política pública nacional. Una política pública basada en SH debe contener cinco elementos básicos: antropocéntrica, multidimensional, integral, contextualizada y preventiva (Cubides, 2014. p. 6)

⁶¹ El centro de investigación en Política Criminal, en sus investigaciones ha tenido la preocupación constante acerca de la violencia existente en Colombia, no solo de la sociedad, sino también del Estado. La criminología

En este orden de ideas, dentro del gran marco que abarca una política pública, existe también la política criminal con el enfoque preciso en el sistema carcelario y penitenciario del país donde se estudia el manejo que el aparato estatal debe realizar con el fenómeno anormal de los delincuentes, por lo cual la forma en la que la problemática del sistema en estudio específicamente el hacinamiento debe ser solucionado se relaciona con la implementación de este tipo de política⁶².

Sobre ello la Corte Constitucional se pronunció exponiendo cada una de las críticas que se presentan a esta política, entre las cuales se encuentra particularmente el tema sobre la toma de decisiones que tiene como defectos la carencia de fundamentos empíricos sólidos⁶³, igualmente, Colombia tiene una tendencia al endurecimiento punitivo (populismo punitivo)⁶⁴, sin olvidar que esta política criminal colombiana es poco reflexiva frente a los retos del contexto nacional, y está subordinada a la política de seguridad, por último destaca esta corporación que esta política es inestable e inconsistente presentándose de esta manera la debilidad institucional que persiste en esta materia, por esto la reforma que debe realizar el Estado en la materia debe contener las siguientes condiciones: i) debe tener un carácter preventivo (uso del derecho penal como última ratio), ii) debe buscar como fin primordial la efectiva resocialización de los condenados iii) Las medidas de aseguramiento privativas de la libertad deben ser excepcionales, iv) debe ser coherente, v) debe estar sustentada en

ofrece caminos de reflexión con el fin de materializar el deber ser de una Política Criminal garantista y diseñar propuestas edificantes y restaurativas para los involucrados en el sistema penal (Gutiérrez, 2015, p. 9)

⁶² «La cuestión de cómo debe tratarse a las personas que atentan contra las reglas básicas de la convivencia social y con ello lesionan o ponen en peligro al individuo o a la comunidad constituye el objeto principal de la Política Criminal. La Política Criminal adopta una singular posición intermedia entre ciencia y configuración social, entre teoría y práctica. Por un lado, se basa como ciencia en el conocimiento objetivo del delito en sus formas de aparición jurídicas y empíricas; por otro lado, pretende, como clase de política, llevar a cabo ideas o intereses concretos. Como teoría, intenta desarrollar una estrategia decidida de lucha contra el delito; pero como también ocurre por lo demás en la política, la realización práctica depende a menudo más de las realidades preexistentes que de la concepción ideológica. Probablemente esta posición ambigua de la Política Criminal permita explicar el que todas sus tesis sean extremadamente discutidas y que la orientación dominante cambie con bastante frecuencia. La historia se mueve, si se puede decir así, más deprisa en el ámbito de la política criminal que en el campo de la dogmática jurídica.» (Borja, 2003, p. 122).

⁶³ En el entendido de que la política criminal colombiana necesita con urgencia crear y fortalecer los precarios sistemas de información sobre la criminalidad y sus dinámicas, para poder presentar propuestas que retroalimenten las diversas respuestas institucionales a los fenómenos criminales.

La tendencia al endurecimiento punitivo es una característica de la política criminal colombiana que, según el diagnóstico realizado por la Comisión Asesora, puede evidenciarse a partir del estudio de: (i) la creación de nuevas conductas penales, (ii) el incremento en las penas mínimas y máximas de los delitos existentes y, (iii) el aumento de las personas privadas de la libertad; (Corte Constitucional, sala quinta de revisión, sentencia T 762 del 2015)

elementos empíricos, vi) debe ser sostenible y vii) debe proteger los derechos humanos de los presos, con todo este análisis se evidencia que una de las soluciones a toda esta problemática es la ejecución de una política criminal que utiliza los subrogados penales como medios de cumplir con las finalidades de la pena, y realizar un veredero tratamiento a los delincuentes para su resocialización, como forma de mitigar estos problemas, dentro de lo cual resulta valioso la ejecución de los subrogados penales.

5. Práctica y fomento de los subrogados penales como política criminal para el tratamiento del hacinamiento en el sistema penitenciario y carcelario del país.

De este modo, un trascendental desafío que afronta Colombia es la crisis en su sistema penitenciario y carcelario, tal es la gravedad de esta problemática que la percepción de los medios de comunicación no es nada alentadora. Sin embargo, no se puede considerar como nula las acciones del Estado pues ha intentado mitigar este dilema desde su aparición teniendo como obstáculo la presencia de nuevos delitos o el aumento en la comisión de estos generando un aumento en la población carcelaria.⁶⁵

Bajo esta aclaración junto con el análisis sobre políticas públicas especialmente la realizada en materia carcelaria y penitenciaria anteriormente expuesta, se logró colegir que al ser pluri conductual la política criminal aplicada en materia penitenciaria y carcelaria del país, esta se debe dividir temporalmente con el objeto de sistematizar esfuerzos que logren producir logros a corte, mediano y largo plazo; siendo estos últimos la solución final del problema, pero para lo cual necesita de bases suficientes que le permitan alcanzar dicha meta, estas bases se encuentran en las políticas que sean implementadas a corto plazo como es el caso de la práctica y fomento de los subrogados penales.

5.1. Legitimidad en la aplicación de la política criminal sobre la práctica y fomento de los subrogados penales

Un trascendental desafío que afronta Colombia es la crisis del sistema penitenciario, para lo cual las noticias al respecto son cada vez más desalentadoras; aclarando que no se debe dejar

⁶⁵ La función de la pena constituye un tema inevitablemente valorativo, opinable, y sustraído a la posibilidad de una respuesta independiente del punto de vista que se adopte ante la cuestión de la función a atribuir al Estado (Mir, 1982, p. 12).

de lado el esfuerzo y dedicación que el Estado ha tenido, planteando diferentes estrategias para sortear la situación, y no es porque no se han tomado las medidas necesarias, sino porque cada día se presentan nuevos delitos, generando un hacinamiento en la población carcelaria.⁶⁶

Esta política para poder ser implementada debe tener fundamentos sólidos que corroboren su legitimidad especialmente en el contexto de los subrogados penales, porque a pesar de tener una práctica legal su fomento riñe con conceptos tradicionales sobre la pena los cuales deben ser resueltos de forma preliminar para poder planificar y ejecutar esta política sin ningún inconveniente.

6. Conclusiones

Una vez se analizado el desarrollo que la Corte Constitucional realizó, junto con la protección multinivel de la libertad, y los fines de la pena, se puede comprender que los subrogados penales en ningún momento contravienen los fines propios de la pena, antes bien en términos de la Corte Constitucional, buscan humanizar la pena, con lo cual ayudan a la protección del derecho a la libertad, y cada uno de los derechos colaterales que se pueden vulnerar al exponer a los condenados a un sistema cada vez con mayores problemas. En otras palabras, se demostró por medio de este artículo que la aplicación de los subrogados penales armoniza dentro del ordenamiento jurídico-procesal colombiano tanto los fines de la pena como la protección de los derechos como la libertad, por consiguiente, los subrogados penales en su aplicación tiene fundamentos constitucionales que permiten su ejercicio protegiendo los derechos humanos.

La finalidad de la pena en su espíritu legal busca mantener el orden social, resocializar al responsable y lograr la reparación de la víctima imponiendo justicia, propio de la definición de justicia retributiva⁶⁷, teniendo como objetivo primordial la mitigación en la comisión de ese tipo de conductas, este razonamiento junto con la perspectiva de última ratio propia del

⁶⁶ La función de la pena constituye un tema inevitablemente valorativo, opinable, y sustraído a la posibilidad de una respuesta independiente del punto de vista que se adopte ante la cuestión de la función a atribuir al Estado (Mir, 1982, p. 12).

⁶⁷ La justicia restaurativa es una forma de responder al comportamiento delictivo balanceando las necesidades de la comunidad, de las víctimas y de los delincuentes. Es un concepto evolutivo que ha generado diferentes interpretaciones en diferentes países, respecto al cual no hay siempre un consenso perfecto. Esto se debe también a las dificultades para traducir de manera precisa el concepto en diversos países, en los cuales a menudo se usa una gran variedad e términos (Oficina de las naciones unidas contra la droga y el delito, 2006, p. 9).

derecho penal determinan cómo la actual política criminal debe replantearse, toda vez, que en la actualidad, existe una grave problemática en el sistema penitenciario y carcelario del país en especial el hacinamiento. Razones por las cuales, es el replanteamiento de la política criminal el medio por el cual se brinde la solución necesaria para esta problemática, buscando inicialmente que esta se encargue de lograr erradicar la comisión de conductas anormales, buscando las causas que producen la comisión de estos delitos y logrando que sea cada día menos las personas que incurran en ello, logrando de esta manera que sean menos las personas que ingresen al sistema penitenciario y carcelario. Sin embargo, los niveles actuales que tiene este sistema necesitan del fomento y ejecución de los subrogados penales como política inmediata dentro de la categoría pluri - conductual de estas medidas para mitigar esta problemática.

En este orden de ideas, mantener a una persona privada de la libertad en centro carcelario, es una pena que en la actualidad ha tenido replanteamientos para buscar otras formas de cumplirla bajo ciertos presupuestos legales pues ante los cambios sociales y sobre todo la adecuación que necesita darse en materia del sistema penitenciario y carcelario, es indispensable comprender que son otros los mecanismos mediante los cuales se puede cumplir con los fines de la pena y consolida una política criminal en la que en verdad se mitigue la comisión de las conductas anormales, y es en este punto donde la utilización de los subrogados penales⁶⁸, porque ayudaría de forma significativa a los problemas en mención.

De lo expuesto en esta investigación, se logra evidenciar la importancia que tiene para el ordenamiento internacional, junto con el ordenamiento interno la protección del derecho a la libertad, pues es uno de los derechos más importantes para toda persona, siendo muy excepcionales los momentos o circunstancias por los cuales se puede limitar por parte del Estado este derecho a sus asociados. Esto ocurre, cuando estos bienes tutelados se vulneran,

⁶⁸ La nueva Ley elimina el pago de multas como una obligación para acceder a la libertad, para acceder a subrogados penales o para cualquier beneficio judicial o administrativo. Se establece que el juez de ejecución de penas podrá disponer de medidas alternativas para que las personas que no tengan recursos paguen la multa a través de servicio no remunerado a la comunidad, previo acuerdo con los entes territoriales. También se contempla que en caso de que una persona privada de la libertad haya sido condenada a una multa accesoria o exista un monto pendiente respecto a un incidente de reparación integral, el juez podrá en la sentencia descontar un 10 por ciento del salario devengado por cuenta de su trabajo dentro de la cárcel y el condenado, a su vez, podrá autorizar los descuentos. Esto, en ningún caso exime de la obligación de pagar la indemnización por las víctimas. (Ministerio de justicia, 2014, p. 1)

evidenciándose después de una investigación y juicio su responsabilidad y, merecen ser castigados por ello.

Es muy importante comprender que la sanción no es necesariamente la reclusión extramuros o que esta perdure en el tiempo, resulta de gran importancia aplicar los subrogados penales con la finalidad de disminuir los efectos que produce la grave crisis del sistema penitenciario y carcelario del país.

De esta forma, se logra establecer que a pesar de que la naturaleza de la política pública que debe implementarse en materia carcelaria y penitenciaria es pluri - conductual, específicamente de forma inmediata se puede promover el fomento y ejecución de los subrogados penales como parte de esta macro política, necesitándose de este modo una planificación modular, sistemática y por etapas.

La modificación al momento de otorgar los subrogados penales buscando cumplir con ello el fin de la pena sobre la resocialización y la mitigación de las conductas anormales mediante la suspensión de la condena, la libertad condicional o la libertad domiciliaria resulta eficaz para la protección de los derechos humanos a pesar de que implique apartarse del arcaico concepto de privación de la libertad en centro carcelario como único medio de cumplir la pena interpuesta, logrando de este modo respetar el derecho de la libertad limitándolo solo de forma excepcional, y lograr con ello la consolidación de bases suficientes que permitan a largo plazo la solución completa de la problemática que actualmente padece el sistema penitenciario y carcelario del país.

Gracias a cada uno de los temas, conceptos y demás, abordados a lo largo de esta investigación se logró establecer que la práctica y fomento de los subrogados penales como política pública especialmente como política criminal en materia del sistema penitenciario y carcelario del país, resulta eficaz para mitigar el hacinamiento en este sistema en un contexto temporal inmediato. Resulta útil, toda vez que con la legitimidad dada en la función y fin de la pena el poder lograr la rehabilitación de los autores de conductas punibles mediante penas alternativas a la privación de la libertad en centro carcelario con lo cual se cumpliría con las demandas regionales para la protección de las personas privada de la libertad por mandato de la ley incluso las mismas disposiciones sobre la protección de la libertad. Esto se debe a que los subrogados penales en su aplicación están sustentados en parámetros constitucionales

inherentes a la humanización de la pena y la resocialización del condenado con los cuales se armoniza las funciones y fines de la pena, además de cumplir con los requerimientos regionales sobre la protección del derecho fundamental a libertad.

Referencias

- Aguilar, C. R. y Lima, M. A. (2009). *¿Qué son y para qué sirven las políticas públicas?* Contribuciones a las ciencias sociales.
- Alfonso, I. (2013). *Teoría de la pena*. Asunción: Universidad de Salamanca.
- Alvarado, M. (2014). *Criminología Victimología*. Guatemala. Primera Edición, Consejo Editorial.
- Archila, J. y Hernández, N. (2015). Subrogados y hacinamiento carcelario. Respuesta del legislador del año 2014 frente a la situación carcelaria en Colombia. *Misión Jurídica Revista de Derecho y Ciencias Sociales* (9).
- Asimov, I. (1994). *El nacimiento de los Estados Unidos, 1763-1816*. Alianza Editorial.
- Avella, F. (2007). *Estructura del Proceso Penal Acusatorio*
- Barbosa, G. (2016). *Justicia transicional: retos teóricos* vol. I. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
- Barrera, J. P. U. (2013). Estudio piloto sobre actitudes punitivas en la universidad EAFIT, Medellín. *Boletín Criminológico*, (147), 1-5. Recuperado de: <https://search.proquest.com/docview/1513232036?accountid=136733>
- Borda, L. V. (2007). Estado de derecho y Estado social de derecho. *Revista Derecho del Estado*, 20.
- Borja, E. (2003). *Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin*. ADPCP.
- Bravo, O. (2016). *Las prisiones de la locura la locura de las prisiones*. Editorial Grupo 5
- Buitrago, J. R. y Norza, E. (2016). Registros de la criminalidad en Colombia y actividad operativa de la Policía Nacional durante el año 2015. *Revista Criminalidad*, 58 (2), 9-20.
- Cancino, A. (2004). *Reforma al Código de Procedimiento Penal y a la Fiscalía General de la Nación Principios y garantías fundamentales*. Colombia. Editorial ABC Ltda.

- Cárdenas, B. R. (2011). *Contornos jurídico-fácticos del estado de cosas inconstitucionales*. Universidad Externado de Colombia
- Carranza, E. (2012). *Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer?* Anuario de Derechos Humanos.
- Carrara, F. (2000). *Programa de Derecho Criminal, parte general*. Volumen I, Editorial Temis, Bogotá
- Cubides, J., Sánchez, M., & Pérez, C. (2013). El nuevo control difuso de convencionalidad como mecanismo para la protección de los derechos humanos. *Revista del observatorio de derechos humanos: iemp*, 46-54.
- Cubides, J. & Cita, R. A. (2014). *La Seguridad Humana (SH) y su influencia en las políticas públicas en Colombia*. Bogotá: Escuela superior de guerra.
- Cury Parra, H., Córdoba Mosquera, J., Palacios, F., y Trujillo Palacio, Y. (2016). *Hacinamiento carcelario y su relación con violaciones a los derechos humanos en la cárcel de Anayancy Quibdó en los años 2014 al 2015* (tesis doctoral) Universidad Libre Seccional Pereira.
- De Ágreda, G. R. P. (2010). La cárcel punitiva, naturaleza histórica, crisis y perspectiva. *Derecho y Cambio Social*, 7(21).
- Delgado, L. (2009). *Las políticas públicas. El ciclo de las políticas públicas. Clases de políticas públicas. Eficacia, legalidad y control. Indicadores de gestión*. Castilla: Conserjería de Administraciones Públicas.
- Fernández, M. E. P., & Gómez, J. L. G. (2006). Agresión y conducta antisocial en la adolescencia: una integración conceptual. *Psicopatología clínica, legal y forense*, 6.
- Gallo, H. (2007), P 16. *El sujeto criminal, una aproximación psicoanalítica al crimen como sujeto social*. Medellín. Universidad de Antioquia.
- Galvis, M. C. (2003). *Sistema penitenciario y carcelario en Colombia: teoría y realidad*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- García, C. (2008). *Cerca de la función de la pena*. Universidad de Piura.

- González, R. L. (2012). *El concepto material de pena en la dogmática y en la política criminal*. Recuperado de: <http://www.unne.edu.ar/cyt/2001/1-Sociales/S-039.pdf>.
- Gutiérrez Ramírez, J. E. y Mahecha Barajas, J. F. (2015). *El hacinamiento en las cárceles de Colombia: análisis de tres consecuencias e impactos que genera en los reclusos* (tesis) Universidad Militar Nueva Granada.
- Gutiérrez, M. (2015). *Política criminal y libertad*. Bogotá. Universidad externada de Colombia.
- Jiménez, J. C. L. (2012). Drama humano en los centros penitenciarios y carcelarios de Colombia. *Revista Al Derecho & al Revés*, 8(8).
- Jiménez, W.G. y Ramírez, C. A. (2008). *Gobierno político y público*. Colombia: escuela superior de administración pública.
- La Rosa, M. J. y Mejía, G. R. (2013). *Historia concisa de Colombia (1810-2013)*. Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario (Bogotá, Colombia).
- Lentini, M. y Palero, D. (1997). El hacinamiento: la dimensión no visible del déficit habitacional. *Revista Invi*, 12(31).
- León, N. (2005). *Identidades 9*. Bogotá. Grupo Editorial Norma.
- Marcos, F., Morris, T. B. M. y Yrigoyen, R. (2007). *Misión Internacional Derechos Humanos y Situación Carcelaria. Centros de Reclusión en Colombia: un Estado de Cosas Inconstitucional y de Flagrante Violación de Derechos Humanos*.
- Martin, J. C. (2013). *La revolución francesa*. Barcelona: Critica.
- Martínez, A., Pérez, E. y Cubides, J. (2015). Implicaciones del Control de Convencionalidad: cumplimiento de la Sentencia Radilla Pacheco versus México y el caso de la masacre de Santo Domingo versus Colombia. *Revista Científica General José María Córdova* 13 (15), 115- 141.
- Martínez-Ferro, H. (2010). Legitimidad, dominación y derecho en la teoría sociológica del Estado de Max Weber. *Estudios Socio-Jurídicos*, 12(1), 405-427.

- Maya, F. J. (2012). *Prisión domiciliaria como alternativa de protección de la unidad familiar de los (as) menores hijos de personas privadas de libertad*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- Ministerio de justicia, (2014). *Abecé de la Ley 1709 del 20 de enero de 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*. Bogotá: ministerio de justicia
- Mir, S. (1982). *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: casa Editorial.
- Mojica, C. A., Sáenz, D. A. y Rey-Anacona, C. A. (2009). Riesgo suicida, desesperanza y depresión en internos de un establecimiento carcelario colombiano. *Revista Colombiana de Psiquiatría*, 38(4), 681-692.
- Nieto, J. H. (2016). (Ed.) *Revista Criminalidad*, 58 (3)
- Oficina de las naciones unidas contra la droga y el delito. (2006). *Manual sobre justicia restaurativa*. New York: ONU.
- Olavarría, (2007). *Conceptos básicos en el análisis de políticas*. INAP.
- Olivares, G. (1986). Los delitos laborales: perspectivas de reforma. *Cuadernos de política criminal* (12) 59-82
- Osorio, L. E., Lopera, H. y Ríos, M. (2012). Hacinamiento carcelario en el establecimiento penitenciario y carcelario de Sevilla, Valle del Cauca. *Colombia: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad La Gran Colombia Seccional Armenia*, 14(1), 77-93.
- Osset, N. (2014). *Suspensión de la pena privativa de libertad especial referencia al supuesto por enfermedad muy grave con padecimientos incurables*. España: Premios Victoria Kent.
- Procuraduría. (2004). *El sistema de prisiones colombiano opera bajo niveles de presión crecientes; los derechos humanos de las personas privadas de libertad en riesgo*.

Puentes, E. (2014). *Apuntes jurídicos y jurisprudenciales sobre el derecho a la intimidad en Colombia*.

Rodríguez, G. (2010). La cárcel punitiva, naturaleza histórica, crisis y perspectiva. *Derecho y Cambio Social*.

Rodríguez, K. (2013). Contradicciones entre la aplicación del delito de terrorismo y el delito político: Un análisis desde la influencia del derecho internacional en el derecho interno. *Revista CES Derecho*, 4(1), 58-68. Recuperado de: <https://search.proquest.com/docview/1734274371?accountid=136733>

Roth, A. N. (2002). *Políticas públicas: formulación, implementación y evaluación*. Bogotá. Ediciones Aurora.

Ruiz, W, (2013). *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*. Bogotá. Ecoe Ediciones.

Sánchez-Ortiz, Íñigo y Ruiz, (2014). *Iuspoenale 1.0* Materiales docentes para la asignatura de Concepto y Fundamentos del Derecho penal, Pamplona, 2014, 340.

Sarabia Castilla, J. C. (2013). El allanamiento: Manifestación voluntaria y unilateral de aceptación de cargos. *Revista CES Derecho*, 4(1), 2-13. Recuperado de: <https://search.proquest.com/docview/1734274850?accountid=136733>

Spicker, P. Leguizamón, S. y Gordon, D. (2009). *Hacinamiento. Pobreza: un glosario internacional*. Argentina: CLACSO.

Triana, N. C. (2015). Eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Universidad Católica de Colombia.

Valencia, D. (2012). *El cuerpo, el alma y la víctima, tercera parte subjetividad y prácticas penales*. Medellín. Universidad de Antioquia.

Jurisprudencia

Colombia, Corte Suprema de Justicia, sentencia del veinte de noviembre del año 2014, número de Providencia SP 16022 M.P. Eyder Patiño Cabrera.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, sentencia del 2 de mayo del 2012, N° 38789, M.P. José Luis Barceló Camacho

Corte IDH, Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 5718; Caso Chitay Nech, y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010, párr. 901.

Corte IDH, Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003, párr. 642.

Corte IDH, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 823.

Corte IDH, Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 2234.

Corte IDH, Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 975.

Corte IDH, Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005, párr. 566.

Corte IDH, Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párr. 1047; Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006, párr. 598.

Corte IDH, Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú Sentencia de 11 de diciembre de 1991 (Excepciones Preliminares)

Colombia, Corte Constitucional, sentencia, T 573 de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia, T 153 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia, C 679 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Diaz.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia, T 1625 de 2000, M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia, C 806 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia, C 762 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia, C 622 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia, C 425 del 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

Colombia, Corte Constitucional, sentencia, C 073 del 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia, T 338 del 2013, M.P. María Victoria Calle Correa.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia, T 271 del 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia T 762 del 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia C 694 del 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia T 718 del 2015, M.P. Jorge Iván Palacio.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia T 019, del 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Legislación

Colombia, (1991), Constitución política.

Colombia, Congreso de la Republica (2002), acto legislativo N° 3, por la cual se reforma la Constitución Nacional.

Colombia, Congreso de la Republica (2004), por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

Colombia, Congreso de la Republica, (2014). Ley 1709 por la cual 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.

San José, (1969), Convención Americana de Derechos Humanos