

**El beneficio del subrogado penal de libertad condicional para el procesado, establecida en el numeral 5 del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 y las funciones de la pena en un estado social y democrático de derecho**



**Carlos Leonardo Arguello Niño & Juan Carlos Corredor Tamayo**

Especialización Derecho Penal

**RESUMEN**

La jurisprudencia constitucional ha planteado en múltiples ocasiones que los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena, son medidas que permiten reemplazar una pena restrictiva por otra más favorable y tienen como «*Fundamento la humanización del derecho penal y la motivación para la resocialización del delincuente*». De esta manera, la existencia de estos mecanismos se entiende articulada con una política criminal que busca una orientación humanizadora de la sanción penal, que en el marco del Estado Social de Derecho debe ser necesaria, útil y proporcionada, para poder contribuir con los fines de prevención, retribución y resocialización. Esto quiere decir que si los mismos fines pueden lograrse a través de otras figuras, debe preferirse la más favorable para garantizar la dignidad del condenado, dado que la más restrictiva dejaría de ser necesaria y útil. Por tal motivo, la pregunta problema busca esclarecer si el beneficio del subrogado penal de libertad condicional para el procesado establecida en el numeral 5 del artículo 199 de la ley 1098 de 2006 cumple con las funciones de la pena en un estado social y democrático derecho como el nuestro, con el objetivo de determinar el cumplimiento normativo de este subrogado penal al interior de nuestro ordenamiento jurídico; este estudio se basa metodológicamente en un análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial con enfoque cualitativo de carácter jurídico básico, con el cual se obtiene como resultado la determinación de una vulneración de derechos y garantías constitucionales en nuestro ordenamiento jurídico- penal.

**Palabras Clave**

Estado Social y Democrático de Derecho, Funciones de la pena, Garantías constitucionales, Libertad Condicional, Subrogado penal.

**ABSTRACT**

The Constitutional Court has on several occasions raised the surrogate or substitute criminal punishment mechanisms, are measures that can replace a restrictive penalty for a more favorable and have the 'Basis humanization of criminal law and motivation to rehabilitate the offender'. Thus, the existence of these mechanisms means articulated with a criminal policy that seeks a humanizing orientation of criminal sanction, which under the rule of law must be necessary, useful and proportionate in order to contribute to the aims of prevention, compensation and rehabilitation. This means that if the same purposes can be achieved through other figures to be preferred to ensure the



absolute dignity of the offender, since the more restrictive would not be necessary and useful. Therefore, the problem question seeks to clarify whether the benefit of surrogate criminal probation for processing established in paragraph 5 of Article 199 of Law 1098 of 2006 fulfills the functions of the sentence in a social state and democratic right as ours, in order to determine the compliance of this criminal subrogated into our legal system; This study is methodologically based on a regulatory, doctrinal and jurisprudential analysis with qualitative approach of basic legal, with which you get as a result the determination of a violation of constitutional rights and guarantees in our legal and penal system.

#### Key words

Social and democratic state of law, its functions, constitutional guarantees, Probation, criminal Surrogate

## INTRODUCCIÓN

### **Después de la vida, el bien supremo del hombre es la libertad.**

El derecho penal consagra un catálogo de sanciones para quienes vulneren en forma grave los derechos y libertades de los asociados, sanciones que la mayor parte de las veces implican la privación de la libertad.

La imposición de la sanción penal se halla reglada en un sistema procesal comúnmente denominado código de procedimiento penal, que reglamente no solo los derechos de los procesados, sino la estructura del proceso, los funcionarios y partes que intervienen, estableciendo sus obligaciones y deberes, términos, etapas del proceso y formalidades de las actuaciones y decisiones. Dentro de los derechos de los procesados sobresale el derecho a permanecer en libertad mientras se es juzgado, derecho que se deriva del mandato constitucional y de los diferentes tratados internacionales de derechos humanos.

Sin embargo, en Colombia, pese a los anteriores postulados, dicho principio se ha desvirtuado, primando la privación de la libertad durante el tiempo que dure el proceso para buena parte de los delitos, lo que conlleva una vulneración a este derecho humano fundamental.

Tal como se ha planteado expresamente en la jurisprudencia constitucional, «Los subrogados penales son medidas sustitutivas de la pena de prisión y arresto, que se conceden a los individuos que han sido condenados a estas penas, siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos por el legislador» (Corte Constitucional, Sentencia C-679 de 1998).

Los subrogados penales están consagrados en el Código Penal en sus artículos 63 y siguientes. Estos son alternativas para el cumplimiento de la pena privativa de la libertad, tanto de manera extramural y se conceden a las personas condenadas, siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos por el legislador.

Estos subrogados penales se entienden como un derecho del condenado que debe ser concedido en los casos en los que se verifique el cumplimiento de los supuestos objetivos y subjetivos que el legislador ha establecido.

Adicionalmente a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, consagrada en el artículo 63, a la libertad condicional, establecida en el artículo 64, y a la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave estipulada en el artículo 68, el Código Penal establece en el artículo 38 la



prisión domiciliaria como mecanismo sustitutivo de la privación de la libertad en establecimiento penitenciario, en la cual «El sentenciado continúa privado de la libertad aun cuando en el lugar de su residencia, sitio donde debe purgar la pena de prisión impuesta».

*Descripción del problema.* En el presente proyecto de investigación se plantea un problema jurídico enfatizado en el beneficio del subrogado penal de libertad condicional para el procesado establecida en el numeral 5 del artículo 199 de la ley 1098 de 2006 en relación con las funciones de la pena establecidas en el código Penal Colombiano, con la observancia de las garantías de los derechos humanos en un estado social y democrático derecho.

*Antecedentes.* La Constitución de 1991 establece que Colombia es un Estado social de derecho, democrático y pluralista, y crea nuevas instituciones jurídico-políticas como la Corte Constitucional, la Defensoría del Pueblo y la Fiscalía General de la Nación, encargada de promover la acción penal. Se instaura entonces un nuevo modelo de juzgamiento llamado mixto en el que la Fiscalía investiga, practica pruebas, impone medida de aseguramiento, acusa o precluye, y los jueces juzgan, que luego de más de diez años de funcionamiento, evidenció que no respondía a las exigencias de un Estado de derecho democrático, por lo que fue necesario repensar el sistema para aprobar una reforma a la Carta e instaurar el sistema penal acusatorio vigente en la mayoría de los Estados democráticos, basado en las nuevas corrientes del garantismo penal. Este nuevo esquema de juzgamiento separará definitivamente la investigación del juzgamiento, y preserva la libertad y las garantías judiciales de una mejor forma que los anteriores sistemas de juzgamiento.

El acto legislativo que instaura el sistema penal acusatorio es implementado a través de la ley 906 de 2004, y en él se erige, como uno de los principios, el derecho a la libertad del indiciado o procesado durante el juzgamiento.

Con posterioridad, ante el agravamiento de la crisis social y el aumento de la delincuencia de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana, la “cruzada” antiterrorista como bandera del gobierno, y la percepción de que se hacía necesario expedir normas para la protección de los derechos de la infancia y la adolescencia, se expiden una serie de leyes que modifican el sistema penal acusatorio (ley 906 de 2004), imponiendo forzosamente la medida de aseguramiento de detención en centro carcelario en un número elevado de delitos y por diversas circunstancias, debilitando la garantía constitucional de la preservación de la libertad durante el transcurso del proceso, desvirtuando el principio constitucional de la libertad del procesado y diversas instituciones del sistema penal acusatorio.

Como raíz etimológica, se tiene en el latín la palabra “inquisitorious”: investigación, e “inquisitore” se refiere al investigador y también al acusador, sistema que data de varias centurias de antigüedad desde el siglo XI. Así las cosas, la “Inquisición” operaba como un sistema de penalización que se considera bárbaro, creando una crisis que se agudizó con la separación de las iglesias en la vieja Europa, teniendo en cuenta que el aspecto religioso era considerado como el más importante en la cultura de los pueblos; por consiguiente las grandes guerras de los imperios fueron tanto por la conquista de las tierras de otros imperios como por imposición de sus religiones; por ejemplo las Cruzadas. De hecho, el antiguo imperio Persa, Otomano, y lo que hoy se conoce por medio Oriente fue hostigado por su “Islamismo” que iba en contravía de la iglesia Romana (Danilo Lugo: 2006).

*Pregunta Problema:* ¿El beneficio de subrogado penal que se establece en el numeral 5 del artículo 199 de la ley 1098 de 2006 cumple con las funciones de la pena en un estado social y democrático de derecho?

*Hipótesis uno:* El beneficio de subrogado penal que se establece en el numeral 5 del artículo 199 de la ley 1098 de 2006 no cumple con las funciones de la pena en un estado social y democrático de derecho.

*Hipótesis dos:* El beneficio de subrogado penal que se establece en el numeral 5 del artículo 199 de la ley 1098 de 2006 cumple con las funciones de la pena en un estado social y democrático de derecho.

*Justificación:* Nuestra constitución política de 1991 en su artículo segundo señala: “*Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*”

*Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares*”, motivo por el cual impone hacer efectivos los principios, valores e ideologías, de los cuales se infiere que el Estado debe estar al servicio del hombre y por lo tanto, velar por el reconocimiento de los derechos de todos los asociados, desde la concepción de la muerte, es decir reconoce a la dignidad humana como norma elevada al rango de constitucional.

La prisión como medida de control social, debe cumplir con sus funciones dentro del marco del Estado Social de derecho, y guardar absoluta coherencia con el respeto por los derechos fundamentales particularmente con la dignidad de la persona humana, ya mencionada.

En tales condiciones, se atenta contra la dignidad humana cuando la pena no se aplica atendiendo las particularidades del hombre a quien se impone. De allí la necesidad de diseñar una política criminal en la que las medidas de control del estado se hagan en consideración, incluyendo la identificación de la gravedad del delito, la posición de la víctima frente al bien jurídico vulnerado y la aplicación de un subrogado penal en cada caso en concreto sin la necesidad de aplicar la norma exegéticamente.

*Objetivo general:* Determinar si el numeral 5 del artículo 199 de la ley 1098 del 2006, cumple con las funciones de la pena en un estado social y democrático de derecho en relación con la solución del conflicto que genera el delito.

*Objetivos específicos:*

- Identificar las garantías y principios constitucionales transgredidas en la plena aplicación del numeral 5 del artículo 199 de la ley 1098 del 2006.
- Caracterizar la aplicabilidad de las funciones de la pena establecidas en la normatividad sustancial y procedimental penal colombiana.
- Ponderar el impacto social del delito con la necesidad de exclusión de los subrogados penales de libertad condicional.

## METODOLOGÍA

*Tipo de investigación.* El presente artículo de investigación es de tipo jurídico de carácter teórico-aplicativo que desarrolla una aproximación y una construcción de conocimiento con



fundamento en conceptos tales como subrogados penales y las funciones de la pena en un Estado Social y Democrático de Derecho.

A partir de una investigación con enfoque cualitativo de carácter jurídico, y con base en el análisis de contenido de las sentencias de la Corte Constitucional se busca determinar si la aplicabilidad del numeral 5 del artículo 199 de la ley 1098 del 2006 cumple con las funciones de la pena en un estado social y democrático de derecho en relación con la solución del conflicto que genera el delito. El nivel de profundidad de la investigación es Básica jurídica dogmática pues partimos del estudio de las funciones de la pena, del mismo modo el numeral 5 del artículo 199 de la ley 1098 de 2006 identificando las garantías constitucionales que posiblemente están siendo vulneradas y finalizamos con las posiciones de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia.

*Técnicas de investigación.* La técnica utilizada para la recopilación de la información en la investigación fue revisión documental de fuentes secundarias y terciarias, textos bibliográficos, documentos científicos indexados, monografías, jurisprudencia nacional, doctrina y artículos relevantes sobre la temática en estudio

## RESULTADOS

### *Ubicación Conceptual*

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.

De acuerdo con la legislación, los subrogados penales son: 1) la condena de ejecución condicional y 2) la libertad condicional.

Los subrogados penales son un derecho del condenado siempre y cuando se verifiquen los supuestos objetivos y subjetivos que el legislador ha establecido.

Si aquellos no se cumplen, es evidente que el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad no puede conceder tales beneficios, pues su competencia está limitada por lo dispuesto en la ley (Corte Constitucional, Sentencia C-679/98).

La suspensión de la ejecución de la pena es una figura que permite a quien ha sido condenado a una pena privativa de la libertad que se suspenda por un determinado periodo la sanción de privación de la libertad impuesta por el juez. En otras palabras, permite que, en lugar de ser llevado a prisión inmediatamente, pueda seguir en libertad.

### *Marco Normativo*

Desde la teoría del delito se comprende sin dificultad que los subrogados y beneficios no hacen parte del factor pena ni se constituyen en elemento para la dosimetría de la misma como máximo, mínimo ni reducción de aquella, esto es, no se integran al principio de legalidad de la pena, como en su diferencia sí lo son las rebajas de que tratan los artículos 351, 352, 356 numeral 5º y 367 ejusdem, de lo que se infiere que el artículo 32 de la Ley 1142 de 2007 no afectó los *derechos de degradación punitiva* consagrados en esas normas, como de manera equivocada lo interpretó el Tribunal cuando dijo:



Esta Sala mantiene la posición que ha asumido en relación con este tema desde la sentencia de noviembre 27 de 2007 (radicación 631306000082200700213), en el sentido que esa exclusión no sólo está ligada a los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional, como a la prisión domiciliaria, sustitutiva de la prisión, sino también, a cualquier otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, exceptuándose, únicamente los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que ésta sea efectiva.

En este orden de ideas, es dable inferir que el artículo 68 A hace parte de las medidas tomadas por el legislador en la ley 1142 de 2007, por medio de la cual se adoptan mecanismos para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana, es decir, se refiere a un ámbito que supera el tema de los subrogados, tanto que el canon mencionado los relaciona taxativamente y agrega otras figuras jurídicas que no están en ese capítulo, como la prisión domiciliaria y los demás beneficios legales, judiciales o administrativos.

En consecuencia, como el señor Jaramillo Quintero fue condenado por delitos dolosos (sic) dentro de los cinco años anteriores al ilícito por el que se adelanta el presente proceso, no es posible reconocerle la rebaja de pena por aceptación de responsabilidad por expresa disposición del artículo 68 A del Código Penal.

El artículo 367 de la Ley 906 de 2004, es inequívoco al establecer que si el acusado se declara culpable en el juicio oral *tendrá derecho a la rebaja de una sexta parte de la pena imponible*.

En igual sentido el artículo 352 ejusdem en el inciso 2º es determinante al indicar que si los preacuerdos se realizaren en tiempo posterior a la presentación de la acusación *la pena se reducirá en una tercera parte*.

En esa medida, se puede colegir que no es cierto que el artículo 68 de *manera expresa* esté prohibiendo o excluyendo la disminución punitiva de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, afirmación a la que de manera errónea arribó el Tribunal, postulado que de acogerse se haría extensivo a las dosimetrías establecidas en las otras normas citadas.

Por lo anterior, se insiste que desde la teoría del delito y más concretamente desde los rigores del principio de legalidad de la pena, no se torna posible confundir ni hacer entremezclas híbridas entre los subrogados, beneficios y los aspectos que regulan la punibilidad pues éstos últimos se constituyen en un derecho al punto dado que inciden en el quantum a imponer y afectan los topes de prescripción.

La suspensión de la ejecución de la pena, antes llamada «suspensión condicional de la ejecución de la pena», se encuentra en el artículo 63 del Código Penal (Ley 599 de 2000). Este artículo mencionado se reformó recientemente a través del artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, y su redacción es la siguiente:

La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. *Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.*
2. *Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos el inciso 2º del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento*



*concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo.*

- 3. 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. La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible.*

El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad accesorias a esta. En todo caso cuando se trate de lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política se exigirá su cumplimiento.

### **Requisitos y causales de exclusión**

De acuerdo con el artículo anterior, la suspensión de la ejecución de la pena puede ser concedida de oficio o a petición del interesado, lo cual quiere decir que el juez penal, después de la condena, o puede concederla de inmediato sin que nadie se lo haya pedido, o bien teniendo en cuenta la solicitud que puede hacer el condenado para que el juez la examine. Suspensión de la Ejecución de la Pena: dependerá de que se cumplan los siguientes requisitos que el mismo artículo establece:

1. La privación de la libertad que se impuso no exceda los cuatro años. Si la pena, por ejemplo, es de cuatro años y un día, no es posible solicitar y conceder la suspensión de la ejecución de la pena.
2. Cuando quien ha sido condenado no tiene antecedentes penales por un delito doloso dentro de los cinco años anteriores y además de esto no ha sido condenado por alguno de los delitos excluidos de beneficios, de acuerdo al artículo 68-A del Código penal, solo se necesita cumplir el requisito número 1.
3. Cuando quien ha sido condenado sí tiene antecedentes penales por un delito doloso dentro de los cinco años anteriores, para la concesión el juez analizará que los antecedentes sociales, familiares y personales no expresan la necesidad de la ejecución de la pena de privación de libertad.
4. A partir de la reforma que introdujo la Ley 1709 de 2014, ya no es un requisito para la concesión de este mecanismo el pago de la multa en consonancia con la jurisprudencia constitucional, por lo cual el juez deberá otorgar el subrogado y establecer un acuerdo de pago de la multa con el condenado beneficiario de la medida.

### **Artículo 199 de la LEY 1098 DE 2006**

El artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 titulado: "*Beneficios y mecanismos sustitutivos*", vale decir, de negación de beneficios y mecanismos sustitutivos de las medidas de aseguramiento y de la pena, se establece una serie de restricciones cuando los menores son víctimas de los delitos de homicidio o lesiones personales dolosas, o delitos contra la libertad, integridad o formación sexuales, o secuestro.

Tales restricciones son:



- a. Si hubiere mérito para proferir medida de aseguramiento, esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión. Es decir, se descarta cualquier otra medida de aseguramiento no privativa de la libertad, como las presentaciones a la autoridad judicial cuando sea citado, el sometimiento a un mecanismo de vigilancia electrónica, el sometimiento a la vigilancia de una persona o institución determinada, la prohibición de salir del país, o de observar buena conducta individual, social o familiar, la prohibición de concurrir a determinados lugares o reuniones, la prohibición de comunicarse con determinadas personas o con la víctima, la prohibición de abandonar su lugar de habitación entre las 6 pm y las 6 am, y la de prestar una caución real adecuada.
- b. No se otorgará el beneficio de la sustitución de la detención preventiva en centro carcelario por domiciliaria, pese a que se considere que para los fines de la medida de aseguramiento es suficiente la reclusión en el lugar de residencia, atendiendo a la vida personal, laboral, familiar o social del imputado; o el imputado o acusado fuere mayor de 65 años y su personalidad y la modalidad del delito hagan aconsejable su reclusión en el sitio de residencia. Aquí se establece una tarifa legal de modalidad del delito para negar la domiciliaria.

Por otra parte, la ley 1098 también desvirtúa los subrogados penales aplicables a los condenados por los delitos de homicidio y lesiones personales dolosas, delitos contra la libertad sexual y el secuestro, cuando las víctimas son menores de edad.

Al respecto tenemos que,

- a. Se abole el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena previsto en el artículo 63 del código penal, si éste llegare a proceder, por ser la pena impuesta inferior a tres años de prisión, no contar con antecedentes penales en los cinco años anteriores, y analizados los antecedentes personales, sociales o familiares, y la modalidad y gravedad (que ahora se precisa), indiquen que no es necesario ejecutar la pena en centro carcelario.
- b. Se suprime el subrogado de la condena de ejecución condicional para los procesados previsto en el artículo 64 del código penal, a pesar de que el condenado haya redimido las dos terceras partes de la pena, haya reparado a la víctima y pagado la multa, y haya mantenido buena conducta en el establecimiento carcelario.
- c. El análisis de la modalidad y la gravedad de la conducta por el juez es sustituido por la tarifa legal en los delitos señalados, suprimiendo el subrogado, pese a que se reúnan los demás requisitos de ley.
- d. También hace nugatorio en forma absoluta la sustitución de la ejecución de la pena, cuando concurren los mismos requisitos de la sustitución de la detención preventiva, previsto en el artículo 461 de la ley 906 de 2004.

Finalmente, la ley 1098 de 2006 consagra en el artículo 199 por los delitos arriba mencionados, otros aspectos que van en contravía del sistema penal acusatorio, como son:

- a. Se establece que en los procesos en que los niños, niñas y adolescentes sean víctimas, no procederán las rebajas por "preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y en imputado o acusado", que por vía jurisprudencial se ha hecho extensivo a otras instituciones como los





allanamientos a cargos en la imputación, la aceptación voluntaria de los cargos en la audiencia preparatoria y al inicio del juicio oral (artículos 356.5 y 367 inciso segundo).

- b. Se prohíbe la extinción de la acción penal prevista en el artículo 324.8 "Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa", es decir, cuando se aplica inicialmente la suspensión una vez se haya realizado la reparación integral de la víctima y se cumple con otras obligaciones, como no incurrir en un nuevo delito.
- c. Finalmente se prohíbe todo tipo de beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración eficaz con la justicia.
- d. Cabe anotar que el Tribunal de Bogotá, mediante sentencia de septiembre 4 de 2007, dejó de aplicar, por excepción de inconstitucionalidad, el numeral 8o del artículo 199 de la ley de infancia y adolescencia, y concedió la rebaja de la pena por allanamiento a cargos a un procesado por el delito de secuestro en un menor de edad.

### Discusión

Se puede iniciar aseverando, que en Colombia los principios establecidos en las disposiciones legales, efectivamente propenden por materializar lo consagrado en la carta política de 1991 y en los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos. Modelo de lo anterior, es el respeto por la dignidad humana, la consagración de los fines esenciales de la pena los requisitos para imponer las sanciones, el establecimiento de un tratamiento penitenciario que fundamentalmente permita la resocialización del recluso, entre muchos otros postulados.

Para dar solución a este problema jurídico, nuestro proyecto de investigación expresó la siguiente hipótesis, que está contenida en la siguiente información: Nuestro sistema penal acusatorio está diseñado para servir a la comunidad y que solucione el conflicto social generado, del mismo modo es imperioso en un Estado Social y Democrático de Derecho como el Colombiano que los funcionarios judiciales analicen las condiciones en que se encuentran los condenados, para adoptar medidas de rehabilitación y se cumpla con las funciones de las penas, tal como está plasmado en el Código Penal Colombiano.

El Estado en todas sus actuaciones debe fundarse en el principio de la Dignidad Humana, debe respetar el derecho a la igualdad y proteger las garantías que tienen todos los condenados del país, para asegurar el fin de la pena. Por tal razón, se considera que cuando un interno se rehabilita, se adapta, muestra progreso y cumple con los requisitos exigidos en la ley, no tiene por qué negársele su derecho a gozar de libertad condicional.

*La Teoría absoluta:* corresponde a una de la doctrina más antigua que se han elaborado sobre la justificación de la pena. Así, según Séneca confundiendo, como incluso hoy sucede la moral con el derecho, la pena se impone porque se ha pecado (quia peccantum), por el mal cometido del tal forma, que lo que verdaderamente importa por tanto, es la idea rectora de redistribución o de expiación a un mal de donde resulta que la pena es un fin, útil en sí mismo considerado y no un medio o un instrumento para el logro del convivencia pacífica en sociedad.

Estas tesis, importa precisarlas, se encuentran superadas en la actualidad, como lo señala la doctrina, las mismas chocan de forma abierta con la finalidad preventiva que orienta al derecho penal.



En la palabras de Barrata, justificar la pena con la pena misma en cuanto a justa retribución de la infracción del orden jurídico es incompatible con el reconocimiento de la positividad y de a instrumentalidad del derecho " (Moreno, 2011).

Lo anterior tendría incidencia directa en las secuelas que produce el encarcelamiento, porque resulta innegable que tener limitado o restringido un bien tanpreciado como lo es la libertad, debe representar variedad de consecuencias internas y externas para los encarcelados. Pero podría aminorarse estos efectos, estableciendo o implementando la libertad condicional para cada caso en particular, que no sea por mandato legal la prohibición de este beneficio sino que se haga un estudio concreto de cada interno y así se permite el goce efectivo del principio de igualdad y verdadera reinserción a la sociedad.

Con lo anterior cualquier, autoridad judicial ya sea Juez de Control de Garantías, conocimiento o de ejecución de penas, negaría por mandato legal la solicitud de algún subrogado penal, sin tener en cuenta la proporcionalidad de la conducta, la pena o el arraigo familiar o social del procesado.

#### CONCLUSIONES

En primer lugar es necesario concluir que una norma que exige que los jueces de ejecución de penas valoren la conducta punible de las personas condenadas para decidir acerca de su libertad condicional es exequible a la luz de los principios del non bis in ídem, del juez natural (C.P. art. 29) y de separación de poderes (C.P. art. 113). Por otra parte, dicha norma tampoco vulnera la prevalencia de los tratados de derechos humanos en el orden interno (C.P. art. 93), pues no desconoce el deber del Estado de atender de manera primordial las funciones de resocialización y prevención especial positiva de la pena privativas de la libertad (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos art. 10.3 y Convención Americana de Derechos Humanos art. 5.6). Sin embargo, sí se vulnera el principio de legalidad como elemento del debido proceso en materia penal, cuando el legislador establece que los jueces de ejecución de penas deben valorar la conducta punible para decidir sobre la libertad condicional sin darles los parámetros para ello.

Por lo tanto, una norma que exige que los jueces de ejecución de penas valoren la conducta punible de las personas condenadas a penas privativas de su libertad para decidir acerca de su libertad condicional es exequible, siempre y cuando la valoración tenga en cuenta todas las circunstancias, elementos y consideraciones hechas por el juez penal en la sentencia condenatoria, sean éstas favorables o desfavorables al otorgamiento de la libertad condicional.

La pena tiene en nuestro sistema jurídico un fin preventivo, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un efecto negativo ante la vulneración de las prohibiciones, un fin retributivo, que se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena, y un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma, de conformidad con los principios humanistas y las normas de Derecho Humanos adoptadas.

En un estado social de derecho fundado en la dignidad humana la ejecución de las penas deben tener una función de prevención especial positiva, esto es en esta fase se debe buscar ante todo la resocialización del condenado obviamente dentro del respeto de su autonomía y dignidad, solo son compatibles con los derechos humanos penas que busquen la resocialización del condenado, esto es a su incorporación a la sociedad como un sujeto que la engrandece, con lo cual además se contribuye a la prevención general y la seguridad de la coexistencia.

Por otra parte es necesario hacer alusión a los postulados que consagra tanto la carta política como las demás disposiciones normativas en relación con la igualdad dado que esto permitirá vislumbrar si existe algún trato diferenciado en razón al tipo de delito y las exclusiones, así se tiene que el artículo 13 de la constitución política consagra el derecho a la igualdad, el artículo 7 del código penal reitera el principio de igualdad tanto formal como material, el artículo 4 de la constitución impone a los servidores públicos la obligación de hacer efectiva la igualdad.

De esta manera ostensible que las disposiciones legales constitucionales jurisprudenciales consagran no sólo el respeto por la dignidad humana como principio orientador de toda la normatividad sino que también disponen positivamente la igualdad material y por ende la posibilidad de brindar tratamientos y mecanismos diferencial según las circunstancias y las personas a los cuales se les está aplicando como acontece en los delitos contra los menores de edad.

La finalidad es permitir apreciar que el estado ostenta la facultad de declarar punibles determinadas conductas por medio de su legislación, cuando lo considere necesario para salvaguardar la guarda los bienes jurídicos y establecer sanciones que permitan la protección material efectiva de los mismos. En este orden de ideas el estado tiene la potestad de imponer y ejecutar la pena de prisión no de manera arbitraria o desmesurada, puesto que encuentra sus límites en la constitución y demás normas que integran el ordenamiento jurídico toda vez que el legislador debe tener en presente a la hora de tipificar los delitos qué Colombia es un estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana.

Este modelo de estado tiene como fin garantizar la efectividad de los principios y derechos fundamentales de sus asociados sin ningún tipo de discriminación y se refiere a esos derechos inalienables de la persona. Así mismo el ente jurisdiccional debe fundarse en decisiones que busquen proteger los principios de necesidad, razonabilidad, proporcionalidad al igual que en las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

Bien podría decirse que la evolución del sistema acusatorio da más muestras de sus debilidades que de sus fortalezas; lo anterior no es fundamento, sin embargo, para decidir que no es el más adecuado para enfrentar la lucha contra la delincuencia, sino que su enfoque debe hacerse a través de una mixtura con otros sistemas y teniendo en cuenta, inclusive, el perfil de cada nación, para lograr así una aproximación a la perfectibilidad en procura de que los delitos sean adecuadamente investigados y sancionados.

## BIBLIOGRAFIA

### *Códigos*

Código De Procedimiento Penal, Bogotá: Editorial Leyer, 2009.

Código penal de 1890, Ley 19 de 1890, Librería Colombiana Camacho Roldán, Bogotá, 1921.

Código De Procedimiento Penal, LEY 94 de 1938, Bogotá: Editorial Temis, 1937.

Código De La Infancia Y Adolescencia, ley 1098 de 2006. Bogotá: Editorial Leyer, 2008.

#### *Altas Cortes*

- Corte Constitucional C-318 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional, Sentencia C-446 M.P, Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional, Sentencia C- 1001 de 2005, M.P. Álvaro Tafur.
- Corte Constitucional, C- 425 de 2008, del 30 de abril de 2008, M.P, Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional, Sentencia C-301 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional, Sentencia 185 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda.
- Corte Constitucional, Sentencia C-730 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional, Sentencia C-456 de 2006, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional, Sentencia 1198 de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
- Corte Constitucional, Sentencia C-425 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

#### *Instrumentos jurídicos internacionales*

- Comité Internacional De La Cruz Roja, Cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, Ginebra, 1986.
- Concordancias Y Discordancias, Derecho Internacional, Derecho Colombiano Y Dd.Hh., Comisión Andina de Juristas, Seccional Colombiana, Bogotá, 1991.
- Estatuto De La Corte Penal Internacional. Compilación de derecho Penal Internacional, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las NN.UU. para los DD.HH., Bogotá, 2003.
- Normas Internacionales Sobre DD.HH. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1988.

#### *Normas colombianas*

- Decreto 4562 de 2006. Código Penal y de Procedimiento Penal, Bogotá: Editorial Leyer, 2000.
- LEY 1142 de 2007, Bogotá: Editorial Leyer, 2007.

#### *Autores*

- GALLÓN GIRALDO, Gustavo, 25 años de Estado de sitio, Cinep, Bogotá, 1980.
- HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto. "Convocatorias al pueblo de Colombia". Credencial Historia, No. 159, marzo de 2003. Bogotá.
- HINESTROSA, Fernando. El espíritu y la obra de los radicales colombianos, Universidad Externado de Colombia, 1986.
- Lugó, Danilo. (2006). P.H. La auditoría forense en el sistema judicial acusatorio.



Los fines del derecho penal, una aproximación desde la filosofía política, Rafael Alcacer Guirao, Universidad Complutense de Madrid, 1998

Manual Sobre La Ley 1142 de 2007. Despacho del Fiscal General de la Nación. Bogotá, julio de 2007.

MATYAS CAMARGO, Eduardo. "La Contra reforma. Del proyecto de Barco no va quedando sino lo autoritario", en Acontecer Jurídico, No. 1 septiembre-octubre de 1989, Temis, 1989.

NÚÑEZ, Rafael. La reforma política, Biblioteca Popular de Cultura Colombiana, Bogotá, 1945.

PÉREZ VILLA, Jorge. Constitución Política de Colombia, Comentada. Bogotá: Editorial Leyer, 1998.

POMBO, Manuel Antonio; GUERRA, José Joaquín. Constituciones de Colombia, Tomo IV, Biblioteca del Banco Popular No. 130, Bogotá, 1986.