

Información Importante

La Universidad Santo Tomás, informa que el(los) autor(es) ha(n) autorizado a usuarios internos y externos de la institución a consultar el contenido de este documento a través del catálogo en línea, página web y Repositorio Institucional del CRAI-USTA, así como en las redes sociales y demás sitios web de información del país y del exterior con las cuales tenga convenio la Universidad.

Se permite la consulta a los usuarios interesados en el contenido de este documento, para todos los usos que tengan finalidad académica, siempre y cuando mediante la correspondiente cita bibliográfica se le dé crédito al trabajo de grado y a su autor, nunca para usos comerciales.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, la Universidad Santo Tomás informa que “los derechos morales sobre documento son propiedad de los autores, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.”

Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación, CRAI-USTA

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

La libertad condicional en el delito de Acceso Carnal Abusivo en Menor de Catorce

Años

Margy Dayanna Paez Delgado

Trabajo de grado para optar el título de Abogado

Director

Andrés Hernando Luna Osorio

Magister en Derecho

Asesor Tematico

Luis Alejandro Becerra Mojica

Magister en Derecho con énfasis en Derecho Penal

Asesora Metodológica

Nydian Yaneth Contreras Rodríguez

Doctora en Derecho

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

División de Ciencias Jurídicas y Políticas

Facultad de Derecho

2020

A Dios, a mi padre en los cielos,
a mi madre, por todo su apoyo.
A G. por su apoyo y amor.

Agradecimientos

El esfuerzo, la disciplina y la dedicación son solo elementos que nos acompañan en el camino y que pueden optarse o apartarse de ellos en cada propósito de vida. Aun si por ellos se optare, no son lo suficientemente determinantes para alcanzar aquellos si no aparecen en ese camino las personas indicadas que con su magia explomen en nuestra vida la infinita pasión por cada emprendimiento que en ella iniciemos. Sea esta la oportunidad ineludible de expresar un emotivo agradecimiento a mi director Andrés Hernando Luna Osorio, a mi asesor Luis Alejandro Becerra Mojica y mi asesora Nydian Yaneth Contreras Rodríguez, por cada momento, por cada instante que con dedicación incuestionable me brindaron, pues su conocimiento y experiencia permitieron lograr el resultado de estas modestas líneas que componen mi trabajo de grado. Igualmente, y para no pecar por reconocer uno a uno las personas que aportaron esa magia necesaria para culminar este escrito, quiero agradecer a todos cuanto me apoyaron tanto académica y moralmente en el resultado que hoy propongo a consideración.

Con cariño,
Dayanna Páez.

Contenido

	Pág.
Resumen.....	7
Abstract	8
Introducción	9
1. Objetivos	13
1.1 Objetivo General	13
1.2 Objetivos Específicos.....	14
2. Marco Referencial.....	14
2.1 Marco Teórico.....	14
2.2. Marco Conceptual	21
3. Método	27
4. Resultados	29
5. Conclusiones	43
Referencias Bibliográficas	46

Lista de figuras

	Pág.
<i>Figura 1.</i> Descripción de la línea jurisprudencial sobre la concesión del subrogado penal de la libertad condicional ante el régimen de excepción del artículo 199, de la Ley 1098 de 2006 – Código de la Infancia y la Adolescencia.....	32

Resumen

La legislación penal prevé, el instituto jurídico del subrogado penal de la libertad condicional, concebido por la jurisprudencia como un beneficio y a partir de la interpretación del artículo 199, del C.I.A., no se otorga a los condenados por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años *a contrario sensu*, la doctrina a partir de las nuevas tendencias legislativas considera la libertad condicional como un derecho de obligatoria concesión al cumplirse por el condenado los requisitos objetivos y subjetivos.

Palabras Clave: Subrogado penal, beneficio, derecho, libertad condicional, condenado.

Abstract

The criminal legislation considers, the legal institute of the criminal subrogate of probation, conceived by jurisprudence as a benefit and from the interpretation of the article 199 of C.I.A., not given the convicted of the crime of abusive carnal access with teenager *a contrario sensu*, the doctrine from new legislative trends consider probation as a right mandatory concesión upon completion by convicted the objective and subjective requirements.

Key Word: Criminal subrogate, benefit, law, probation, convicted.

Introducción

Los subrogados penales son medidas sustitutivas de la prisión, que se conceden a los individuos siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos por el legislador. Los subrogados penales están consagrados en el Código Penal, artículos 63 y siguientes, su última modificación corresponde a la Ley 109 de 2014. (Informe estadístico enero 2017 de la Oficina Asesora de Planeación Grupo Estadística del INPEC).

El Estado Colombiano le impone a toda persona que es infractora del derecho penal el deber de cumplir una condena por los delitos en los que se encuentre penalmente responsable, dicha pena comprende unos fines que indica el artículo 4 de la Ley 599 de 2000, como la de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado, sin embargo, la Corte Suprema de Justicia los desarrolla en la sentencia T-718 del 24 de noviembre de 2015 de la siguiente manera:

- I. Fin preventivo - que, se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones -;
- II. Fin retributivo - se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena- y
- III. Fin resocializador - orienta la ejecución de la misma, de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas-.

En el territorio Colombiano los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad son los llamados funcionalmente a decidir sobre la solicitud de redención de la pena y subrogados penales, tal como la libertad condicional; quienes en sus decisiones no cuentan con un criterio

unificado en cuanto a su concesión, -pues el artículo 103A de la Ley 65 de 1993, que adiciona el art. 64, Ley 1709 de 2014, reconoce la redención de la pena como derecho y lo desliga de las demás instituciones de beneficios judiciales y administrativos, distinción que genera un trato diferencial y zanja, junto con las nuevas tendencias legislativas, la discusión frente a la concepción como derecho de la libertad condicional, sin embargo, frente al no reconocimiento como derecho de esta y por considerar prevalente la especial protección constitucional del menor, no se otorga en condenado por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, aun cuando se reúnen los requisitos del subrogado penal de la libertad condicional para su concesión.

Así pues, se encuentra el criterio que, considera la libertad condicional como un *derecho* y, de otro lado, aquel criterio que la considera como un *beneficio*, este último que, preside el régimen penal colombiano. Dualidad conceptual que genera una vulneración o lesión de los derechos del condenado, entre ellos el del subrogado penal de la libertad condicional como uno de los moduladores de la redención de la pena, dado que esta es uno de los mecanismos idóneos mediante el cual se puede resocializar al infractor y cumplir la prevención especial.

El problema central se encuentra en la lesión de los derechos del condenado, el cual se concreta al momento de negar la solicitud del subrogado penal de la libertad condicional, concretamente en el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, por cuanto la Corte Suprema de Justicia, al realizar un examen sobre el instituto jurídico en mención, concluye que, la libertad condicional no es un derecho. La negativa en torno al subrogado penal de la libertad condicional responde a que, es interpretada como un *beneficio*, que se encuentra en el régimen de excepción enmarcado en la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y Adolescencia, contemplado en el artículo 199, que a su vez indica que no procede la libertad condicional, ni ningún otro beneficio frente al delito de acceso carnal abusivo, entre otros, por la especial protección de los menores y la prevalencia

de derechos que los mismos tienen frente a los demás, contemplada en el artículo 44 de la Constitución Política de 1991.

De igual manera al negarse el subrogado penal de la libertad condicional por interpretarse como un *beneficio* más no como un *derecho*, se desconoce la Ley 65 de 1993 -Código Penitenciario y Carcelario- más específicamente en su función protectora y preventiva de la pena, la cual consiste en resocializar al infractor, la función de prevención especial que trata al condenado y procura su readaptación y posterior reinserción a la vida social, deber este que recae sobre el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC- de “brindar una atención integral a todos los(as) internos(as) que se encuentren en los centros de reclusión” (Informe estadístico enero 2017 de la Oficina Asesora de Planeación Grupo Estadística del INPEC, página 49).

Dentro de la política criminal se enmarca el tratamiento penitenciario y la resocialización del condenado, - herramientas para la reincorporación del infractor a la sociedad- y es allí cuando el condenado, puede ir ante la administración de justicia y hacer exigible su derecho a la libertad condicional, entre otros, de no ser porque no se considera como un derecho para los condenados por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años.

El presente trabajo de investigación identifica las diferentes concepciones que existen frente al subrogado penal de la libertad condicional, de cara al artículo 199, de la Ley 1098 de 2006 – Código de la Infancia y Adolescencia, y, en consecuencia, pretende analizar si la dualidad de criterios frente al subrogado penal de la libertad condicional es lesiva de derechos del condenado, la cual se configura al momento de negar la solicitud del subrogado penal en mención.

A partir de lo anterior es necesario preguntar ¿De qué manera pueden considerarse afectados los derechos del condenado, al aplicar el régimen de excepción establecido en el artículo 199 de

la ley 1098 de 2006, frente a la concepción de la libertad condicional como *beneficio* en el régimen penal colombiano?

Frente a la cuestión anterior es menester afirmar que existen concepciones sobre la procedencia del subrogado penal de la libertad condicional para el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años de acuerdo con el régimen de excepción establecido en el artículo 199, de la Ley 1098 de 2006 – Código de Infancia y Adolescencia, como lo es el considerar el subrogado en mención entre la concepción de *beneficio* mas no como un *derecho*. Esto, conlleva a la inexistencia de un criterio unificado por parte de la autoridad competente que decide sobre la solicitud de subrogados penales, por considerar de prelación la especial protección constitucional del menor, aun cuando se reúnen los requisitos del subrogado penal de la libertad condicional para su concesión, así pues, se configura una vulneración a los derechos del condenado, por entenderse la libertad condicional de la pena como un *beneficio* a pesar de reunir los presupuestos de hecho y de derecho que aplican para su concesión.

El presente trabajo investigativo surge a partir de la identificación de un complejo panorama que se plantea por los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad al momento de resolver solicitudes de concesión del subrogado penal de la libertad condicional a los condenados por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años. Ello por aplicación del régimen de excepción disciplinado en el artículo 199, de la Ley 1098 de 2006 – Código de Infancia y Adolescencia, pues el criterio de dichos despachos judiciales considera que este es un beneficio partiendo de las posturas asumidas por la jurisprudencia.

Así, la dualidad de criterios frente a la procedencia o reconocimiento favorable de la libertad condicional, opera en esencia por una indistinción conceptual sobre si estamos frente a un *beneficio* o frente a un *derecho* del subrogado penal ya referido que, a pesar de cumplir con los requisitos

objetivos y subjetivos, entra en una tensión aparente con derechos de mayor prevalencia como los de los niños, niñas y adolescentes. Esta prevalencia podría afectar los derechos del condenado, pues no permite que esta población carcelaria acceda al subrogado penal de la libertad condicional.

En este sentido, es imperioso resaltar que, el presente ejercicio investigativo procura identificar el desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal aplicado en la resolución negativa de las solicitudes del subrogado penal de la libertad condicional de condenados por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, cuando se considera un *beneficio* en lugar de un *derecho*. Ante el conflicto de conceptos ya destacados se demanda un interés en la investigación a efectos de la necesidad de poder modificar la situación actual de la concepción que existe frente al subrogado penal de la libertad condicional y se apareje una aplicación de este frente a los demás institutos jurídicos en casos análogos más allá de la actual distinción nominativa y no de identidad de contenidos conceptuales de fondo que, resulten armónicos con el respeto de los derechos de este nicho poblacional.

1. Objetivos

1.1 Objetivo General

Analizar si existen afectaciones a los derechos del condenado en la aplicación del régimen de excepción establecido en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, frente a la concepción de la libertad condicional entendida como *beneficio* en el régimen penal colombiano.

1.2 Objetivos Específicos

- Estudiar la jurisprudencia desarrollada en Colombia sobre, la cláusula de excepción contenida en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, referente al subrogado penal de la libertad condicional.
- Revisar el desarrollo doctrinal respecto del subrogado penal de la libertad condicional entorno a su concepción y nuevas tendencias legislativas.
- Contrastar los argumentos jurisprudenciales y doctrinales respecto de la cláusula de excepción contenida en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 y del subrogado penal de la libertad condicional.

2. Marco Referencial

2.1 Marco Teórico.

La evolución de la Libertad Condicional presenta un avance histórico definido de la siguiente manera; desde su interpretación con el artículo 64 de la Ley 599 de 2000, -Código Penal- hasta llegar al artículo 30 de la Ley 1709 de 2014 – reforma de algunos artículos de la Ley 599 de 2000- lo que conocemos hoy en día como la Libertad Condicional.

1. La Libertad Condicional con la interpretación del artículo 64 de la Ley 599 de 2000.

Con este artículo se establece que, para otorgar la Libertad Condicional, el juez debe realizar una valoración previa de la conducta punible realizada por el condenado, y verificar que se haya cumplido con una serie de requisitos que también se tienen como causales de exclusión si no se llegaren a demostrar, tales como:

I. Que la persona que se encuentra condenada haya cumplido las tres quintas (3/5) partes de la pena impuesta.

II. Que el desempeño de la persona que se encuentra condenada y su comportamiento durante su reclusión en el establecimiento penitenciario y carcelario permitan suponer fundadamente que no existe la necesidad de continuar la ejecución de la pena, es decir, que se demuestre buena conducta durante el tiempo que estuvo privado de la libertad.

III. Que la persona que se encuentra condenada demuestre arraigo familiar y social.

IV. El Juez debe valorar la gravedad de la conducta realizada por la persona condenada.

2. La Libertad Condicional con la interpretación del artículo 30 de la Ley 1709 de 2014.

Se establece que, para otorgar la Libertad Condicional, el juez debe realizar una valoración previa de la conducta punible realizada por el condenado, y verificar que se haya cumplido con una serie de requisitos que también se tienen como causales de exclusión si no se llegaren a demostrar, tales como:

I. Que la persona que se encuentra condenada haya cumplido las tres quintas (3/5) partes de la pena impuesta.

II. Que el desempeño de la persona que se encuentra condenada y su comportamiento durante su reclusión en el establecimiento penitenciario y carcelario permitan suponer fundadamente que no existe la necesidad de continuar la ejecución de la pena, es decir, que se demuestre buena conducta durante el tiempo que estuvo privado de la libertad.

III. Que la persona que se encuentra condenada demuestre arraigo familiar y social.

De igual manera se debe asegurar el pago de la indemnización, cuando a esta haya lugar, mediante garantía personal, real, bancaria o un acuerdo de pago. Se tendrá como periodo de prueba el tiempo que falte para que se cumpla la pena impuesta, y quedará a discrecionalidad del juez aumentar en un periodo igual.

Es importante resaltar que la reforma introducida con la Ley 1709 de 2014, trajo un cambio sustancial en cuanto ya no se exige entre los requisitos para conceder la libertad condicional, la valoración de la gravedad de la conducta, requisito subjetivo que, si era necesario para conceder el mencionado subrogado, como se muestra en el acápite anterior de la interpretación del artículo 64.

La doctrina internacional y nacional ha establecido que la libertad condicional es un derecho y que la misma debe ser otorgada al momento en que se verifiquen sus requisitos. Internacionalmente, Eugenio Raúl Zaffaroni, esboza que, la libertad condicional es una de las manifestaciones privativas de la libertad ambulatoria, y en su criterio la ley penal y la ley penitenciaria deben mantener un criterio de progresividad, para dar paso al condenado a la reincorporación de un régimen de libertad y de libertad condicional.

El criterio dominante de la doctrina es que, no es posible considerar la libertad condicional como un beneficio en sí mismo, ni puede considerarse como un acto de gracia o discrecional, la libertad condicional es una forma de cumplimiento de la pena, lo cual implica que la libertad del condenado está limitada y no ha sido recuperada totalmente y que, la última parte de la ejecución de la pena es ambulatoria, sometido el condenado a determinadas restricciones.

Por otro lado, la doctrina nacional, concibe de la mano de tratadistas como Fernando Velásquez Velásquez, que también es un derecho la libertad condicional aun cuando equívocamente el legislador, un tanto desorientado y sin apremio de las nuevas tendencias legislativas y de la

discusión contemporánea tejida en torno a esta, la definiera como un sustitutivo de la pena privativa de la libertad y posterior exclusión.

En mismo sentido se encuentran los tratadistas Mario Arboleda Vallejo y José Armando Ruiz Salazar, quienes forjan a la libertad condicional, como una forma de ejecución de la pena que, opera en la última fase y la cual no es un beneficio sino un modo especial y diferente de ejecutar la pena. Igualmente manifiestan que, en un sentido criminológico, busca preparar al penado para reactivar su vida en libertad, resocializarlo y readaptarlo a la vida en sociedad.

Al respecto de la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, se encuentra su fundamento en el artículo 44, de la Constitución Política de 1991, que indica los derechos fundamentales de los niños, pero además en el último inciso establece que “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás” (Constitución Política de Colombia, 1991) igualmente, el Código de la Infancia y la Adolescencia que tiene como fin garantizar el pleno y armonioso desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, trae consigo en el artículo 8, lo que se entiende por interés superior del menor, que es la obligación, hacia todas las personas, de garantizar la satisfacción integral y simultánea de los Derechos Humanos de los niños, niñas y adolescentes.

La Ley 1098 de 2006, en su artículo 9, reza de la siguiente manera,

Artículo 9o. Prevalencia de los derechos. En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse **en relación con los niños, las niñas y los adolescentes**, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.

En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente. Negrillas fuera del texto. (Código de la Infancia y la Adolescencia, 2006)

Con base en lo anterior, se le otorga un trato especial, respecto a situaciones que guarden relación directa con los niños, niñas y adolescentes para garantizar el desarrollo integral y armónico, que indica la constitución, como un miembro de la sociedad.

2.2. Estado del Arte

En el presente acápite se pretende dar cuenta de las diferentes teorías, tesis, investigaciones, y paradigmas que han girado en torno al problema de la presente investigación; permitiendo establecer el conocimiento, las interpretaciones y las explicaciones que se han realizado sobre las diferentes concepciones acerca de los subrogados penales.

Bello (2017), autor de “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” habla de la protección de la libertad como uno de los derechos más arraigados en la dignidad e integridad de la persona y su forma excepcional de limitarse y en tal evento la intervención del derecho penal, el cual designa a cada conducta punible su pena y ejecución. Explica la implementación de los subrogados penales como medidas que se pueden utilizar para mediar en la ejecución de la pena y alcanzar con mayor facilidad los fines propios de la pena, a su vez indica que los fines reconocidos por la Corte Constitucional son tres, i) un fin preventivo, ii) un fin retributivo, y iii) un fin resocializador e igualmente deja sentado que los subrogados penales están enfocados en la humanización de la

pena y la resocialización de los condenados, relacionados estrechamente con la dignidad de la personas.

En el artículo científico escrito por Uribe (2012) y denominado “Rebaja de pena por vía de redención: ¿derecho o beneficio? Comentario a la sentencia 35.767 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, del seis (06) de junio de dos mil doce (2012), M.P. José Leónidas Bustos Martínez”, el autor se enfoca en la redención de la pena como uno de los elementos de la fase de la ejecución de la pena privativa de la libertad, indicando así que los internos pueden practicar durante su reclusión actividades de tipo artísticas, deportivas, trabajo, estudio o enseñanza y de esta manera reducir el tiempo de privación de la libertad y acceder a los beneficios administrativos y judiciales de cada fase del tratamiento penitenciario, pero a su vez realiza una descripción del mecanismo de rebaja de pena al que hace alusión e indica que solo pocos reclusos gozan del mecanismo en mención ya que como lo indica Uribe Barrera en el artículo, la mayoría de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad en Colombia entienden que si bien el interno tiene derecho a realizar actividades para resocializarse, la rebaja de la pena consiste en uno más de los beneficios administrativos que se conceden a los condenados, siendo esto así por mediar norma penal aplicable que excluye tales beneficios el penado no tendrá derecho a que se le rebaje la pena por esa vía; valoración que se lleva de calle los principios de proporcionalidad, necesidad y razonabilidad de la pena, entre otros.

En la revista científica Guillermo de Ockham de la Universidad de San Buenaventura, Echeverry y Jaramillo (2011) en el artículo denominado “derecho penal de enemistad. Aproximación aproximaciones críticas al debate”, hablan de cómo se discrimina a los sujetos penales al ser merecedores y no merecedores de garantías procedimentales y sustitutivas, atendiendo a una política criminal estructurada en la concepción de la dignidad humana, analiza a

su vez como se ha venido imponiendo dicha práctica en el derecho colombiano, vulnerando principios constitucionales. Indica que existen normas, como la de exclusión de beneficios y subrogados, que vulneran las garantías constitucionales al incorporar definiciones que separan a la comunidad, al violar el artículo 13 de la Constitución Política de 1991, al no permitir que determinados sujetos sean beneficiarios de subrogados, desconociendo de esta manera las garantías a que tienen derechos y desconociendo el principio de igualdad bajo el supuesto de la libertad de configuración.

“La suspensión condicional de la ejecución de la pena: implicaciones jurídicas y sociales” escrito por Fuentes (2015), expresa que las persona condenadas por algún tipo de delito y llevadas a centros penitenciarios tienen beneficios otorgados en el espíritu de la reinserción social, a través de un modelo de justicia restaurativa que busca reintegrar el daño material y moral así como crear una salida a la crisis penitenciaria del país, tendencia garantista con los imputados y allanados para reducir y/o prevenir ostensiblemente el número de encierros temporales o innecesarios, deber ser del nuevo sistema penal como lo es la resocialización a través de mecanismos dentro de la política criminal del país, encaminados a lograr un funcionamiento más coherente con el sistema penal y más armónica con los derechos humanos. De igual manera llama la atención al derecho penal que se vuelve más acogedor de la teoría de la retribución, esto es represión justa por delito cometido, y deja de lado el fin resocializador que debe cumplir la pena dentro de un estado social y democrático de derecho, donde prima la dignidad humana.

Rojas (2016) en su escrito denominado “El artículo 199 de la Ley 1098 de 2006: ¿un desafío no superado por el sistema de control de constitucionalidad colombiano?” realiza un análisis de la controversial norma instituida en el artículo 199 del C.I.A., en relación con su aplicación en el ámbito judicial “en la medida en que imposibilita la aplicación de una justicia premial propia de

un sistema penal de tendencia acusatoria” (p. 2) y a lo largo de su texto trae a colación los diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia al respecto de la referida norma e indica que, por la preocupación que existía para la época de la expedición de la Ley 1098 de 2006, por los altos índices de crímenes, el legislador quiso aplicar un tratamiento más severo a la criminalidad que atentaba contra los niños y por ello incluyó la prohibición contenida en el artículo 199 *ibidem*. Refiere algunas decisiones de Tribunales Superiores donde inaplican la Ley 1098 de 2006, por considerarla inconstitucional toda vez que, es un tratamiento judicial discriminatorio y por tratarse de una limitación a derechos fundamentales la misma debe ser interpretada de manera restrictiva, seguido a esto el autor trae el pronunciamiento de la Corte Constitucional la sentencia T-718 de 2015, el cual se refiere más adelante en el presente trabajo, para finalmente concluir que existen falencias en el estudio de la norma en cuestión por no tenerse en cuenta las bases que la misma la Constitución le otorga al proceso penal para su adecuado funcionamiento, y que si bien existe la libertad de configuración legislativa esta no es ilimitada y debe tener presente los derechos fundamentales del acusado en el proceso penal y los fines que pretende alcanzar dicho proceso. Falencia evidente en el control de constitucionalidad mixto colombiano, ya que las consecuencias que se pueden generar de la aplicación de normas populistas, como la del artículo en cuestión, pueden ser nefastas, al momento de no considerar que la imposición de una pena no solamente tiene su fundamento en la procedencia formal sino también en parámetros mínimos de racionalidad, y aún más dramática si se toman este tipo de normas como una posición preventivo general positiva de la pena, deslegitimando el *ius puniendi* del Estado.

2.2. Marco Conceptual

Libertad de configuración legislativa en materia penal

La Corte Constitucional en Sentencia T-100, del 22 de marzo de 2018, indica que,

El derecho penal es la expresión de la política criminal del Estado, cuya definición, de acuerdo con el principio democrático y la soberanía popular (artículos 1º y 3º de la Constitución), corresponde de manera exclusiva al Legislador. En este sentido, la cláusula general de competencia legislativa prevista en los artículos 114 y 150 de la Carta, otorga al Congreso de la República la facultad de regular cuestiones penales y penitenciarias. En materia penal, el Legislador goza de un amplio margen para fijar el contenido concreto del derecho punitivo. De tal suerte que, en ejercicio de esta competencia, le corresponde determinar: (i) las conductas punibles; (ii) el quantum de las penas; y (iii) las circunstancias que las disminuyen o aumentan. Ahora bien, cuando el Congreso hace uso de su potestad para configurar las penas, está limitado por los principios constitucionales de la dignidad de las personas y el respeto por los derechos humanos, la aplicación de criterios de razonabilidad y proporcionalidad y las obligaciones internacionales contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad. (Sentencia T-100/18).

Subrogado penal

Indica la Corte Constitucional el 19 de noviembre de 1998, con la Sentencia Constitucional 679, en ponencia del Magistrado Carlos Gaviria Díaz, que 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” (Sentencia C-679, 1998) y en el mismo sentido manifiesta que, por mandato legal los subrogados penales son: 1) la condena de ejecución condicional y 2) la libertad condicional, y que los mismo 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”*. (Sentencia C-679, 1998).

Libertad condicional

En Sentencia T-019 del 20 de enero de 2017, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, indica la referida corporación que,

Específicamente, en lo que tiene que ver con el subrogado de libertad condicional, éste 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. El principal argumento para que esta figura haya sido incorporada dentro de nuestra legislación es la resocialización del condenado, “pues si una de las finalidades de la pena es obtener su readaptación y enmienda y está ya se ha logrado por la buena conducta en el establecimiento carcelario, resultaría innecesario prolongar la duración de la ejecución de la pena privativa de la libertad. En este sentido, puede afirmarse que la libertad condicional es uno de esos logros del derecho penal, que busca evitar la cárcel a quien ya ha logrado su rehabilitación y por lo tanto puede reincorporarse a la sociedad. (Sentencia T-019, 2017).

Derecho

Expone la Corte Constitucional en la Sentencia T-095 del 25 de febrero de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo, la concepción de derecho de la siguiente manera,

En el Título II, Capítulo 1 de la Constitución Política consagran los derechos fundamentales nominados y positivizados. Para la jurisprudencia constitucional la noción de derechos fundamentales se ha consolidado, en primer lugar, a partir de una construcción tradicional de los derechos que se deriva de los principios de indivisibilidad, integralidad y universalidad, los cuales ordenan la protección igualitaria de todos los derechos que sean necesarios para preservar la dignidad humana. También, en segundo lugar, de la relación de la dignidad humana como valor y como principio, lo que implica una relación con el principio de igualdad, libertad y autonomía, los cuales tienen como propósito velar por la eficacia de todos aquellos derechos constitucionales como fundamentales. En tercer lugar, desde una teoría positivista, por medio de la cual se entiende como derecho (...) toda garantía prevista en el texto constitucional (...). (Sentencia T-095, 2016).

Beneficio Administrativo

La Corte Constitucional en la Sentencia C-312 de 2002, que declaró la exequibilidad del numeral 5° del artículo 79 de la Ley 600 de 2000, cuyo contenido fue reproducido íntegramente por el citado numeral 5° del artículo 38 de la Ley 906 de 2004, realizó un estudio y en cuanto a los beneficios administrativos manifestó que,

Se trata de una denominación genérica dentro de la cual se engloban una serie de mecanismos de política criminal del Estado, que son inherentes a la ejecución individual de la condena. Suponen una disminución de las cargas que deben soportar las personas que están cumpliendo una condena y que, en algunos casos, pueden implicar la reducción del tiempo de privación efectiva de la libertad dispuesto en la sentencia condenatoria o una modificación en las condiciones de ejecución de la condena. (Sentencia T-312, 2002).

Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad

En Sentencia C-233 del 11 de mayo de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, la Corte Constitucional define al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, como aquel que,

Le corresponde evaluar según los parámetros fijados por el legislador, sí es posible que el condenado avance en el régimen progresivo y pueda acceder a regímenes de privación de la libertad de menor contenido coercitivo (libertad condicional, prisión domiciliaria, vigilancia electrónica, entre otros subrogados penales), logrando la readaptación social del condenado. (Sentencia C-233, 2016).

Prevalencia de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes

Se crea con el artículo 44, de la Constitución Política de Colombia, el cual indica que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás y el artículo 9 de la Ley 1098 de 2006. La Corte Constitucional en sentencia T-075 de 2013, indicó los criterios jurídicos que

determinan la prevalencia del principio del interés superior del niño como la forma en que, por primar los derechos de los menores de edad se deben “ofrecen mayores garantías y beneficios, para proteger su formación y desarrollo. Igualmente, al ser los niños sujetos de protección constitucional reforzada, atraen de manera prioritaria las actuaciones oficiales y particulares que les concierna” (Sentencia T-075 de 2013), y en caso de presentarse determinada situación en relación con un menor, la Corte indicó lo siguiente,

Las autoridades administrativas y judiciales encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares, cuentan con un margen de discrecionalidad importante para evaluar, al aplicar la preceptiva atinente y ante las circunstancias fácticas de los menores de edad involucrados, la solución que mejor satisfaga dicho interés. (Sentencia T-075, 2013)

Interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes

El interés superior del menor se desarrolla con base en la prevalencia de los derechos de los niños, en el artículo 8 del Código de la Infancia y la Adolescencia desarrolla lo que se entiende por interés superior en relación con los niños, niñas y adolescentes e indica que en todo acto, decisión o medida que deba tomarse en relación con los sujetos en mención, prevalecerán los derechos de estos, especialmente en caso de conflicto de sus derechos fundamentales con los de otra persona y a su vez, en relación con cualquier tipo de disposición, se aplicara la norma más favorable al interés superior de los menores. De otro lado la Corte Constitucional también indica que, el interés del menor también se predica por la “particular vulnerabilidad al ser sujetos que empiezan la vida, que se encuentran en situación de indefensión y que requieren de especial

atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado y sin cuya asistencia no podrían alcanzar el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad” (Sentencia T-468, 2018)

3. Método

Como indica el diccionario, método es el “procedimiento seguido en las ciencias para encontrar la verdad y enseñarla” o “manera de decir o hacer con orden alguna cosa”. (Ñaupas, Mejía, Novoa y Villagómez, 2014, p. 121) La palabra método proviene del latín *methodus* y tiene sus raíces en dos palabras griegas *meta*, que significa “fin” y *hodos*, que significa “camino”, lo cual significa etimológicamente “el camino para alcanzar o llegar a un fin”.

Partiendo de lo anterior, la presente investigación, para alcanzar su fin utiliza el método jurídico con un enfoque cualitativo – inductivo, lo cual implica que, la base del método sean las teorías jurídicas sobre la realidad que se pretende investigar, para el caso en concreto, la Ley, la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia, la doctrina planteada por autoridades en la materia como Eugenio Raúl Zaffaroni y tratadistas como Fernando Velásquez Velásquez, Mario Arboleda Vallejo y José Armando Ruiz Salazar, la observación sistemática de la realidad respecto de las concepciones de la libertad condicional, así pues, como indica Mejía (2008) “los conocimientos previos (...) son la primera fase de la investigación”, de igual manera Villabella (2015), indica que “la investigación teórica es la que se desarrolla sobre objetos abstractos, (...) y cuya materia prima son datos indirectos, no tangibles, especulativos; a esos efectos, se emplean métodos del pensamiento lógico, tiene un fin cognitivo, y su propósito es la reconstrucción del núcleo teórico de la ciencia”.

Así pues, la presente investigación tiene como primera fase investigativa, la cláusula de excepción contenida en el artículo 199, de la Ley 1098 de 2006, y la concepción que existen frente

al subrogado penal de la libertad condicional y la dualidad frente al mismo como *beneficio – derecho* en el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años.

Como investigación cualitativa se inspira en un paradigma emergente e interpretativo, al abordar la presente investigación una problemática histórica, cultural y condicionada a la dualidad de concepciones frente a las teorías de *beneficio – derecho* y cuyo propósito es la descripción, análisis, interpretación del subrogado penal de la libertad condicional en el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, con el objetivo de responder ¿Qué es?, ¿Cómo es?, y tener en cuenta las cualidades y características del mismo.

También aplica el método descriptivo partiendo del análisis de la jurisprudencia abordada, como indica Cerda “examina y analiza (...) la interacción de los factores que producen cambio, crecimiento o desarrollo”, “en su desarrollo y procedimiento utiliza (...) información cualitativa, ya sea en actividades exploratorias, descriptivas o explicativas” (2011). Igualmente aborda las teorías doctrinales desde una dimensión teórica, cualitativa, analítica y descriptiva, centrándose en una posible lesividad de los derechos del condenado por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, en relación con la prohibición del subrogado penal de libertad condicional bajo la concepción de *beneficio*, al estudiar conceptual y teóricamente los fines de la pena, los derechos del condenado, la cláusula de excepción contenía en el artículo 199, del C.I.A., el subrogado penal de la libertad condicional y sus diferentes concepciones.

El presente trabajo de investigación usa como fuente de información secundaria la Constitución Política de 1991; la Ley 65 de 1993, Código Penitenciario y Carcelario; la Ley 599 de 2000, Código Penal Colombiano; la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y Adolescencia; la Ley 1709 de 2014, Reforma a la Ley 599 de 2000; Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia –

Sala Penal, libros y artículos científicos en materia de fines de la pena, subrogados penales, libertad condicional, entre otros, y trabajos de investigación.

4. Resultados

Estudiar la jurisprudencia desarrollada en Colombia sobre, la cláusula de excepción contenida en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, referente al subrogado penal de la libertad condicional.

El Estado Colombiano debe velar por los derechos de los ciudadanos y garantizar el goce efectivo de los mismos, y en virtud de la Constitución Política de 1991, debe asegurar la protección de los niños, niñas y adolescentes, es por ello que el legislador colombiano aprobó la Ley 1098 de 2006, - Por el cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia -, y en la norma en mención, bajo el entendido del interés superior del menor, crea en uno de sus artículos, la siguiente cláusula de excepción, entre otras, sobre el subrogado penal de la libertad condicional:

Artículo 199. Beneficios y mecanismos sustitutivos. Cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes reglas:

(...)

5. No procederá el subrogado penal de Libertad Condicional, previsto en el artículo 64 del Código Penal.

8. Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva.

(...) (Código de la Infancia y la Adolescencia, 2006).

Del anterior artículo nace la interpretación de la prohibición de aplicar beneficios, tanto judiciales como administrativos y subrogados penales, en especial el de la libertad condicional a aquellas personas condenadas por delitos que atenten contra la libertad, integridad y formación sexuales de los niños, niñas y adolescentes, fundamentalmente en el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, aun cuando los mismos cumplan los requisitos objetivos y subjetivos contemplados en el artículo 64 de la Ley 599 de 2000, para la concesión del subrogado penal en mención, los cuales son los siguientes:

- I. Que la persona haya sido condenada a pena privativa de la libertad mayor de tres (3) años,
- II. Que haya cumplido las tres quintas partes de la condena,
- III. Que haya tenido su buena conducta en el establecimiento carcelario y,
- IV. Que pueda el Juez deducir, motivadamente, que no existe necesidad para continuar con la ejecución de la pena.

Desde el punto de vista de la Ley 599 de 2000, si se cumplen los anteriores requisitos, puede la persona condenada solicitar ante el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, la concesión del subrogado penal de la libertad condicional y el mismo debe ser otorgado, pero de la lectura del artículo 199 del C.I.A, se desprende la interpretación de que, para el delito de acceso

carnal abusivo con menor de catorce años, no se puede otorgar el subrogado penal de la libertad condicional, por cuanto existe en virtud del mencionado artículo y de la especial protección del menor, una excepción que genera que los jueces prohíban la aplicación de dicho subrogado.

Así pues, con las nuevas teorías legislativas en torno a la libertad condicional y con la entrada en vigor de la Ley 1709 de 2014, que reformó algunos artículos de las leyes 55 de 1985, 65 de 1993 y 599 de 2000, y trae la definición de la redención de pena como derecho, se zanja la discusión sobre si deben ser considerados los beneficios como un *“beneficio”* o como un *“derecho”*.

La Corte Suprema de Justicia, como se puede ver en la línea jurisprudencial desarrolla el instituto del subrogado de la libertad condicional y en Sentencia STP10727-2014, del 11 de agosto de 2014, expuso y reiteró los diferentes pronunciamientos esbozados, de la siguiente manera,

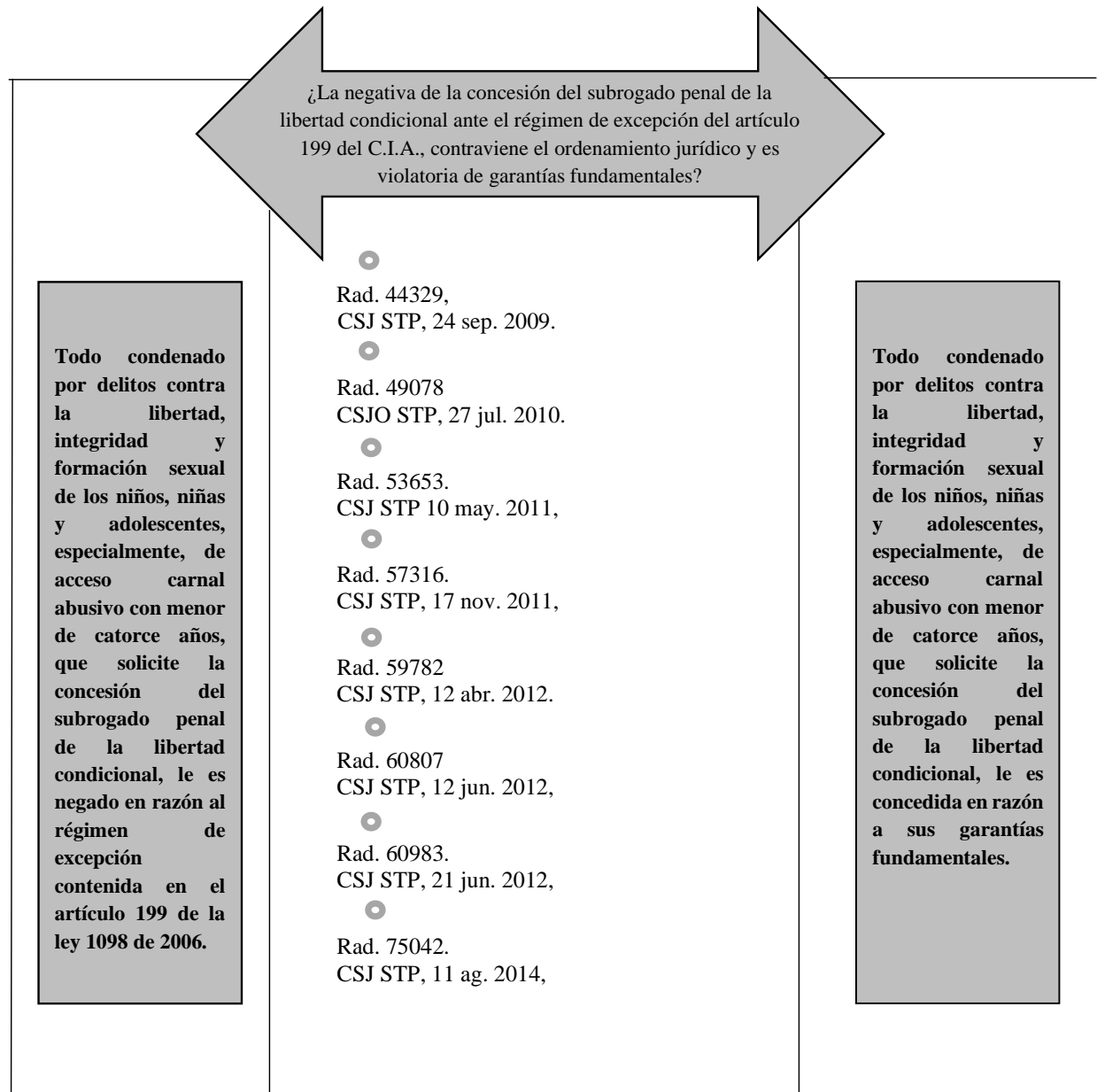


Figura 1. Descripción de la línea jurisprudencial sobre la concesión del subrogado penal de la libertad condicional ante el régimen de excepción del artículo 199, de la Ley 1098 de 2006 – Código de la Infancia y la Adolescencia.

Con base en las interpretaciones emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, se aborda la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

1. Todo condenado por delitos contra la libertad, integridad y formación sexual de los niños, niñas y adolescentes, especialmente, de acceso carnal violento con menor de catorce años, que solicite la concesión del subrogado penal de la libertad condicional, le es negado en razón a la cláusula de exclusión contenida en el artículo 199 de la ley 1098 de 2006.

La postura de la Corte suprema de Justicia entorno al subrogado de la libertad condicional respecto del delito de acceso carnal abusivo, siempre ha sido negativa, en razón al artículo 199, del Código de Infancia y la Adolescencia, según el argumento de que la norma en mención se expidió bajo los parámetros de la libertad de configuración del legislador y es ajustada a la Constitución Política de 1991, en su artículo 44, que contiene la protección prevalente del interés superior del menor. Indica la Sala en su precedente jurisprudencial, que las decisiones de los Jueces de no otorgar beneficios o subrogados penales por exclusión de estos, no contraviene el ordenamiento jurídico toda vez que se apoyan en las referidas normas aplicables al tema en cuestión. Igualmente, trae a colación la Sala, la postura de la Corte Constitucional, en la Sentencia que declaró la exequibilidad del artículo 26, de la Ley 1121 de 2006, al indicar que en,

(...) determinados delitos considerados especialmente graves la exclusión de beneficios y subrogados penales, 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. (...) (Sentencia Rad. 75042. CSJ STP, 11 ag. 2014).

Y bajo esa misma interpretación,

(...) 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. (...) (Sentencia Rad. 75042. CSJ STP, 11 ag. 2014).

Por lo anterior, el no conceder el subrogado penal de la libertad condicional no desconoce las garantías fundamentales de los condenados ni son decisiones contrarias a derechos, dado que, partiendo del mencionado análisis, las decisiones se encuentran debidamente sustentadas en el ordenamiento jurídico, el cual permite negar el instituto referido, y es por ello que, actualmente las personas condenadas por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, que soliciten la concesión del subrogado penal de la libertad condicional, le es negado.

**Revisar el desarrollo doctrinal respecto del subrogado penal de la libertad condicional
entorno a su concepción y nuevas tendencias legislativas.**

Zaffaroni (2000), plantea un segmento de su doctrina, respecto de la teoría de la pena y de la libertad condicional como un punto de las manifestaciones privativas de la libertad ambulatoria, para el citado tratadista es fundamental que la ley penal y la ley penitenciaria posean y mantengan un criterio de progresividad, que inicie no solo con la reclusión del condenado en un

establecimiento penitenciario y carcelario sino también la posibilidad de obtener salidas transitorias, de reincorporación a un régimen de libertad y de libertad condicional.

Los contenidos del criterio de progresividad se fundamentan en la necesidad de alternativas ante la, como lo denomina Zaffaroni, “*barbarie genocida de la empresa punitiva*” (Zaffaroni, 2000, p. 887), estas instituciones responden a ciertos criterios, desde el origen de la prisión, como:

- (a) Los innegables efectos criminógenos o reproductores de la prisionización en acto;
- (b) Los efectos deteriorantes difícilmente reversibles de la prisionización (...);
- (c) La posibilidad de ampliar indefinidamente la capacidad hospedante de las instituciones totales;
- (d) La dificultad de mantener el *statu quo* interno en las prisiones superpobladas; y
- (e) La necesidad de disponer de alguna manera de pautas para el trato de la masa de presos.

Las anteriores son las razones por las cuales debe existir una tendencia a acortar las penas privativas de la libertad y por ello, se crean ciertos regímenes como anticipación mediante la libertad condicional.

En primer lugar, la flexibilidad es una gracia para el condenado, (diferente a la indeterminación correccionalista de la *new penology*), pues permiten durante la ejecución las alternativas hacia la pena, en segundo lugar, las garantías, límites y restricciones siempre deben operar frente al Estado y no en contra del condenado, ya que se trataría como una incertidumbre acerca de la “*cancelación anticipada del efecto deteriorante de la prisionización*” (Zaffaroni, 2000, p. 890), y en tercer lugar, el carácter premial del régimen, es decir, surge de manera facultativa su concesión, lo hace más complejo, no en la teoría misma sino en torno a la posibilidad del control judicial para evitar

corrupciones, favorecimientos y beneficios. Es por ello por lo que, la legislación penal prevé la posibilidad de que la persona condenada y con pena privativa de la libertad, pueda recuperarla condicionalmente, bajo el presupuesto de haber cumplido una parte de la pena, en la legislación colombiana, de las tres quintas partes, y con observancia de buena conducta.

No es insólito que la naturaleza y el instituto de la libertad condicional sea objeto de las más contradictorias opiniones, pues desde sus orígenes, las disposiciones que tendieron a reducir la privación de la libertad fueron, desde el comienzo, desconcertantes para la doctrina en general, pues se ha considerado a lo largo como una rectificación de la pena, una remisión parcial a título de recompensa legal y no de gracia, o una interrupción de la ejecución de la pena, llegando a considerarse por algunos como una modificación de la sentencia en sí misma.

Respecto de la doctrina extranjera, el criterio dominante es que, se considera como una forma de cumplimiento de la pena, que tiene lugar después de un encierro parcial, lo cual implica que la libertad del condenado está limitada y por ende no la ha recuperado totalmente, mas no como una suspensión total, pues el condenado está sometido a restricciones del tipo de limitación de residencia que, si se compara con otras legislaciones, es considerada como una forma de pena.

Si se parte de una concepción realista de las penas privativas de la libertad no es posible equiparar la pena a encierro, ya que el encierro es la máxima manifestación de la privación de la libertad, la cual rige para la mayor parte del tiempo de la pena, pero la última parte de la ejecución de la pena se somete a un cumplimiento ambulatorio, lo que hace posible que la libertad condicional no sea una modificación a la condena sino una forma más de cumplir la pena para quien la sufre.

No es posible considerar la libertad condicional como un beneficio en sí mismo, ni puede considerarse como un acto de gracia o discrecional, pues cuando se reúnen los requisitos formales

y materiales, tanto objetivos como subjetivos, el condenado tiene derecho a reclamarla y la autoridad el deber de concederla, pues de lo contrario implicaría eliminar la libertad condicional del ámbito de los actos judiciales y relevarla a la categoría de beneficio y de acto político, es decir, la cesación de la privación queda a merced de una pretendida “*neutralización de peligrosidad*” (Zaffaroni, 2000, p. 891), librada a manos de organismos técnicos criminológicos de la administración judicial con criterios discutibles y bastante arbitrarios. Por último, no puede considerarse injusto concederse el derecho a la libertad condicional, toda vez que, como se ha enunciado, el condenado para acceder a este derecho debe haber cumplido un plazo superior de la condena.

Siguiendo la misma línea trazada por el maestro Zaffaroni, por no decir que, bajo los mismos argumentos, se encuentra Velásquez (2002), quien expone su teoría acerca de la libertad condicional y, que, a su consideración está incluido dentro de la errónea e inapropiada definición tratada por el legislador como “sustitutivos de la pena privativa de la libertad” (Velásquez, 2002, p. 581), según el autor, ello es así, por cuanto es un legislador que se encuentra desorientado en la materia pero sobre todo es un legislador que ha hecho oídos sordos a la discusión contemporánea y a las nuevas tendencias legislativas al respecto, y que en nada reparó el alcance de las designaciones empleadas, y actualmente, de las disposiciones y conceptos que rigen a esta.

La libertad condicional tiene el atributo de ser sucedáneo de la pena privativa de la libertad, conceptualmente es un mecanismo que actúa en favor de la persona sentenciada que haya cumplido una parte de la condena y que le permite recobrar la libertad eventual durante determinado periodo de tiempo, en el cual estará a prueba y deberá cumplir con determinadas exigencias y satisfecho lo anterior obtendrá su libertad definitiva. Lo anterior, es en realidad más una transición entre la prisión y la reincorporación a la vida en sociedad. Se dirige a penas privativas de la libertad que

sean de larga duración y busca estimular a la persona condenada para que, a través de mantener buena conducta recobre su libertad y durante el periodo de prueba al que se le somete, se logre su efectiva readaptación a la sociedad y así, finalmente se le conceda su libertad definitiva. No esta de más recordar que, desde una manera político-criminal, se le asignó a la libertad condicional la función contributiva, esto es, la de contribuir a la corrección de la persona condenada en el sentido de la prevención especial, la resocialización, y la protección de la sociedad.

En relación con la naturaleza jurídica de la libertad condicional, tal y como lo menciona el autor, existen diversas teorías, de la cuales algunas se conciben como una gracia, una variación de la cuantía de la pena, una recompensa legal, una interrupción del lapso de la ejecución de la pena, una modificación de la sentencia o una forma de cumplimiento de la pena, entre otras; así mismo existe quienes perciben y entienden al subrogado penal de la libertad condicional como una “medida de ejecución penal” (Velásquez, 2002, p. 589). De este modo para Velásquez Velásquez es lógico asignarle la naturaleza de una causal extintiva de la ejecución de la pena, pero de carácter condicional, pues se da solo si el condenado cumple con las exigencias para su concesión. Al momento de cumplirse los requisitos para ser concedida se da la idea de “prevención especial positiva –entendida como no desocialización-” (Velásquez, 2002, p. 589) y es en esta idea en la que se fundamenta la concesión de la libertad condicional.

Finalmente, es viable la extinción del resto de la pena, si transcurrido el periodo de prueba la persona condenada ha cumplido a cabalidad sus obligaciones, y previa resolución judicial se ordena su liberación definitiva y desde ese momento, se entiende que, el condenado cumplió con el compromiso que lo ligaba por haber transgredido la ley penal.

Por otro lado, la teoría del derecho penal esbozada por Arboleda y Armando (2003), concibe a hoy, la libertad condicional, como un modo de ejecución de la pena que, específicamente actúa en

el último tramo de esta. Criminológicamente, prepara a la persona condenada para reactivar su vida en libertad (más importante entre mayor sea la duración de la pena impuesta).

No es un beneficio, es un modo especial de ejecutar la parte final de la pena privativa de la libertad, con el ánimo de que, el condenado se readapte a la vida social, libre, productiva y pacíficamente, ello no tiene implicaciones o deriva en riesgos para la comunidad pues solo procede cuando se haya ejecutado la mayor parte de la pena impuesta, lo que implica que con la parte de la pena privativa de la libertad y el tratamiento penitenciario se logró en gran parte el fin de la prevención especial.

Históricamente se ha girado sobre dos concepciones respecto de la naturaleza jurídica de la libertad condicional, tales como gracia y derecho. De un lado, se encuentra la vieja tesis del continente europeo que, considera la libertad condicional como una gracia del derecho, lo que significa que es tratado como un beneficio que la autoridad competente, es decir, los jueces de ejecución y penas de medidas de seguridad, pueden conceder o negar a su arbitrio bajo criterios subjetivos como pueden ser el de la valoración de la conducta, la personalidad del condenado y el pronóstico de su vida futura en libertad; también hizo sus grandes aportes la corriente anglosajona que, concibe la libertad condicional como un derecho que la persona condenada adquiere con su buen comportamiento en el centro de reclusión, al estilo de un “derecho premial” (Arboleda y Ruiz, 2003, p. 324), otorgado bajo ciertas condiciones pero que sin duda alguna no es discrecional de la autoridad conceder; y, por último una corriente nacida en Alemania, de tal seriedad jurídico penal y político-criminal que no se puede desconocer, en donde la institución en mención se piensa como facultativa, si se ha cumplido la mitad de la pena privativa, u obligatoria, en caso de haberse descontado al menos dos tercios de la condena. Es muy importante recordar que el sistema mixto de Alemania es el recomendado por las Naciones Unidas desde el año 1954.

Hay “unanimidad en que al hablar de libertad condicional se trata de una libertad judicialmente concedida bajo condiciones y restricciones y no de una simple liberación anticipada o de una rebaja” (Arboleda y Ruiz, 2003, p. 324), esto significa que el tiempo final de la condena se paga en libertad, pero siempre bajo condiciones, restricciones, garantías y vigilancias. Se debe tomar como una forma más de cumplir la pena privativa de la libertad, un cambio del régimen de ejecución de esta, y no, una forma de pasar por alto la privación. Igualmente, existe unanimidad en que la libertad condicional está inspirada y encuentra fundamento en las razones de la prevención especial y de resocialización, por ello son nulos los factores que se tuvieron en cuenta a lo largo del proceso penal, como su naturaleza, gravedad, entre otras.

Sostienen los tratadistas que, la doctrina alemana contemporánea orienta la libertad condicional del condenado en sentido preventivo y especial, y con una prognosis favorable, lo cual indica que la libertad condicional no puede ser discrecional ni estar sometida a la gravedad del hecho, a la necesidad de expiación, y mucho menos a consideraciones de prevalencia.

Concebida la libertad condicional de tal modo y bajo la presunción de resocialización y readaptación del condenado que ha cumplido una mayor parte de la pena con observancia de buena conducta y sin nuevos delitos cometidos, es idóneo indicar que la pena cumplió de gran manera su fin preventivo especial. La libertad condicional (fundada en la presunción de enmienda del condenado) es uno de los medios y manera más importante de dosificar judicialmente la pena durante la fase final de su ejecución y de permitirle al penado que ha dado luces de resocialización, readaptación social y que ha cumplido gran parte de la condena, el cumplir de otro modo y de manera condicional su pena, siempre y cuando se someta a determinadas obligaciones *so pena* de ser revocada.

La idea principal de la libertad condicional y correcta inspiración político-criminal y directrices de uno de sus forjadores, Prins, desde el Proyecto Alternativo, que, tiene como finalidad adaptar la duración del cumplimiento de aquella a la evolución del condenado, estimulado positivamente para su futuro durante la ejecución, al ser de obligatorio otorgamiento si se ha cumplido la mayor parte de la pena. Por lo cual, la libertad condicional no puede ser o seguir siendo una gracia discrecional, ya que no pone fin al cumplimiento de la pena, en su lugar cambia el modo en que esta es ejecutada, al representar una etapa postrer del tratamiento penitenciario, este instituto hace parte integra de los instrumentos humanitarios a los que el derecho penal tiene que recurrir, en parte, en virtud del “principio de mínima intervención, orientado (...) a que las penas efectivamente aplicadas duren lo menos posible y ocasionen el menor mal (...) a fin de prevenir los graves males sociales que acarrea la desocialización de los penados” (Arboleda y Ruiz, 2003, p. 324).

Contrastar los argumentos jurisprudenciales y doctrinales respecto de la cláusula de excepción contenida en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 y del subrogado penal de la libertad condicional.

Jurisprudencialmente se ha establecido que el subrogado penal de la libertad condicional, es considerado desde antaño en el régimen penal colombiano como un *beneficio*, y con base en ello, no es nugatorio de los derechos de quienes sean condenados por el delito de acceso carnal abusivo en menor de catorce años ni la prohibición de concederlo desconoce las garantías de estos, pues se encuentra conforme al ordenamiento jurídico, a la prevalencia del Código de Infancia y Adolescencia, y conforme a la libertad de configuración del legislador. De otro lado, con las nuevas

tendencias legislativas a partir de un desarrollo garantista de la doctrina mayoritaria, se concibe la libertad condicional como *derecho* y lo que este concepto implica para el condenado.

Mientras que, el contenido jurisprudencial, considera que la prohibición de la libertad condicional esta amparada bajo un parámetro del legislador y de acuerdo con la Constitución Política, la postura doctrinal valora que, la categoría dada por el legislador es errónea, pues la libertad condicional se sale de las clases de sustitutivos de la pena definidos por este, que no consideró las discusiones entorno al instituto, sus fines y garantías.

La jurisprudencia considera que la razón de la exclusión es hacer efectivo el derecho a la justicia de las víctimas y garantizar que el reproche social en contra del condenado no sea irrisorio o rescindido, mientras que, doctrinariamente se concibe la libertad condicional como una alternativa al modo primario del cumplimiento de la pena y de su ejecución.

Manifiesta la judicatura, que es una facultad que tiene la autoridad - Juez de Ejecución de Penas y Medidas de seguridad – de conceder o no, de acuerdo con el cumplimiento de requisitos objetivos y subjetivos por parte del condenado y de la legislación, *contrario sensu*, reputan los tratadistas que, la libertad condicional es premial, aunque surja la concesión de manera facultativa pero únicamente dependerá de que el condenado haya ejecutado una mayor parte de la pena privado de la libertad en buena conducta.

Se estima entonces, a voces de la Corte que, reconocer como un derecho la libertad condicional colisiona y contraviene el ordenamiento jurídico y las razones que fundamenta la exclusión contenida en el artículo 199, del C.I.A., mientras que, la doctrina con base en los contenidos propios de la pena fija su postura en que, la libertad condicional es un derecho que materializa y hace efectivo, particularmente, la prevención especial, la resocialización y readaptación social.

5. Conclusiones

Respecto a la postura de la Corte Suprema de Justicia, se podría concluir en relación con la censura de la libertad condicional, lo siguiente,

I. Obedece a la exclusión contenida en el artículo 199 del Código de Infancia y la Adolescencia, pues es una norma que como se ha mencionado ya, expidió el legislador y se encuentra ajustada a la Constitución,

II. La exclusión en mención obedece a la especial protección e interés superior del menor, de acuerdo con lo previsto en el artículo 44 *ibídem*, y es por ello por lo que la negativa por parte de los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad al momento de conceder beneficios o subrogados penales, como la libertad condicional,

III. Va en contravía del ordenamiento jurídico pues se fundamenta en la norma precitada y en su prohibición; en igual sentido se encuentra la Corte Constitucional, pues reconoce esta postura y va más allá, al explicar según su criterio, que el fin de la exclusión de beneficios o subrogados penales es

IV. La efectividad del derecho a la justicia de las víctimas y

V. La garantía de cumplir con el reproche social en contra de quien es autor del delito, para el caso en concreto, de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y,

VI. Ello no afecta en medida alguna, los presupuestos tanto subjetivos como adjetivos a favor de los condenados, pues lo único que busca es que no sea insustancial el reproche social impuesto para este tipo de delitos, y en tal sentido,

VII. No se puede concebir un desconocimiento de garantías fundamentales.

Ello implica, que por no existir en el ordenamiento jurídico Colombiano una norma expresa que reconozca la libertad condicional como derecho, este instituto jurídico no deba aplicarse de tal forma, pues esta discriminación conceptual contraría en su sentido el ordenamiento jurídico penal, y mucho menos aislar la concepción de la libertad condicional como derecho, con base en la procura de efectividad para las víctimas o la garantía de cumplir con un reproche social, toda vez que esos ideales tienen actualmente otro tipo de institutos jurídicos penales para su efectividad, tales como la reparación integral hacia las víctimas o mecanismos de justicia restaurativa, garantía de no repetición, entre otros, y por otro lado, el reproche social en materia penal no puede garantizarse mediante la privación de la libertad de un individuo y de sus derechos, pues con ello lo único que se genera es la violación de garantías fundamentales, vulnera el derecho fundamental del debido proceso, la igualdad, el principio de favorabilidad, los fines de la pena en torno a la prevención especial y a la resocialización, que procuran la reinserción social del condenado. Igualmente, vulnera el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual busca con el artículo 10, que el régimen penitenciario garantice su finalidad esencial, no otra que, la reforma y la readaptación social de los penados, tratado en mención que hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto.

Las garantías mencionadas en las líneas que preceden se vulneran, con la postura de no concebir la libertad condicional como un derecho que tienen todas las personas condenadas y que pueden hacer exigibles por vía judicial en tanto cumplan los requisitos -objetivos y subjetivos-.

Así mismo, podríamos concluir que la aparente yuxtaposición con la prevalencia de los derechos del menor como fundamento para la negativa de su concesión, se estructura a partir de un yerro o deficiencia en la técnica legislativa por omisión relativa al no reconocer la categoría de derecho al subrogado penal de la libertad condicional. Lo anterior, debido al equivocado balanceo

realizado por el legislador, al no abordar las bases del proceso penal que reconoce la Constitución, los fines de la pena y la totalidad de garantías del condenado, lo que es, un verdadero desconocimiento de los fundamentos de la libertad condicional como derecho y que, demandaba un mayor análisis diferente a una simple clasificación formal de derechos, subrogados y beneficios, entre otros, pues un entendimiento distinto, como el realizado por la jurisprudencia, hace que la distinción del legislador se torne caprichosa y desmedida bajo el argumento de la libertad configurativa, y como contención el uso de la exclusión del artículo 199, del Código de Infancia y Adolescencia, lo cual no se compadecen con el realismo propio que debe imperar en la concreción de los fines de la pena.

Referencias Bibliográficas

- Arboleda Vallejo, M. & Ruiz Salazar, J.A. (2003). Manual de Derecho Penal Parte General y Especial. (pp. 323-334). Bogotá D.C. Editorial Leyer.
- Bello Estrada, G. A. (2017). 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. (Tesis de maestría, Universidad Católica de Colombia). Recuperado de <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/15012/1/Trabajo%20de%20Gustavo.pdf>.
- Colombia, Corte Constitucional (19 de noviembre de 1998), Sentencia T-679-98. [M.P. Carlos Gaviria].
- Colombia, Corte Constitucional (30 de abril de 2002), Sentencia T-312-02. [M.P. Rodrigo Escobar].
- Colombia, Corte Constitucional (14 de febrero de 2013), Sentencia T-075-2013. [M.P. Nilson Pinilla].
- Colombia, Corte Constitucional (24 de noviembre de 2015), Sentencia T-718-15. [M.P. Jorge Palacio].
- Colombia, Corte Constitucional (25 de febrero de 2016), Sentencia T-095-16. [M.P. Alejandro Linares].
- Colombia, Corte Constitucional (11 de mayo de 2016), Sentencia C-233-16. [M.P. Luis Vargas].
- Colombia, Corte Constitucional (22 de marzo de 2018), Sentencia T-100-18. [M.P. Gloria Ortiz].
- Colombia, Corte Constitucional (7 de diciembre de 2018), Sentencia T-468-2018. [M.P. Diana Fajardo].
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (24 de septiembre de 2009), Sentencia Rad. 44329. [M.P. Yesid Ramírez].
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (27 de julio de 2010), Sentencia Rad. 49078. [M.P. Javier Zapata].
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (10 de mayo de 2011), Sentencia Rad. 53653. [M.P. Julio Socha].

- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (17 de noviembre de 2011), Sentencia Rad. 57316. [M.P. María González].
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (12 de abril de 2012), Sentencia Rad. 59782. [M.P. María González].
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (12 de junio de 2012), Sentencia Rad. 60807. [M.P. Javier Zapata].
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (21 de junio de 2012), Sentencia Rad. 60983. [M.P. Luis Salazar].
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (11 de agosto de 2014), STP10727-2014. [M.P. Eyder Patiño].
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (02 de julio de 2015), STP8442-2015. [M.P. José Barceló].
- Colombia, Oficina Asesora de Planeación Grupo Estadística del INPEC. (Enero 2017), Informe estadístico.
- Congreso de Colombia. (20 de agosto de 1993) Código Penitenciario y Carcelario. [Ley 65 de 1993]. DO: 40.999.
- Congreso de Colombia. (24 de julio de 2000) Código Penal. [Ley 599 de 2000]. DO: 44.097.
- Congreso de Colombia. (08 de noviembre de 2006) Código de la Infancia y la Adolescencia. [Ley 1098 de 2006]. DO: 46.446.
- Congreso de Colombia. (18 de junio 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. [Ley 1709 de 2014]. DO: 49.186.
- Constitución política de Colombia [Const.] (1991) Artículo 44 [Capítulo II].
- Echeverry, Y., Jaramillo, J. (2011). Derecho penal de enemistad. Aproximación aproximaciones críticas al debate. Revista científica Guillermo de Ockham. Recuperado de <https://revistas.usb.edu.co>.
- Fuentes Quiroz, N. P. (2015). La suspensión condicional de la ejecución de la pena: implicaciones jurídicas y sociales. (Tesis de maestría, Universidad Militar Nueva Granada). Recuperado de <https://repository.unimilitar.edu.co>.

- Rojas Salas, J.M. (2016) “El artículo 199 de la Ley 1098 de 2006: ¿un desafío no superado por el sistema de control de constitucionalidad colombiano?”. Recuperado de Revista de Derecho Público No. 37.
- Uribe Barrea, J. P. (2012). Rebaja de pena por vía de redención: ¿derecho o beneficio? Comentario a la sentencia 35.767 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, del seis (06) de junio de dos mil doce (2012), M.P. José Leónidas Bustos Martínez. ORCID. Connecting Research and Researchers. Recuperado de publicaciones.eafit.edu.co.
- Velásquez Velásquez, F. (2002). Manual de Derecho Penal Parte General (pp. 588 – 592) Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A.
- Zaffaroni, E. R. (2000). Manifestaciones formales del poder punitivo. Derecho Penal Parte General (pp. 869 -946). Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, comercial, Industrial y Financiera.