

LÍMITES A LOS SUBROGADOS PENALES PARA CONDENADOS POR CONCIERTO PARA DELINQUIR EN COLOMBIA

Límites a los subrogados penales para condenados por concierto para delinquir en Colombia

Una condición de invalidación
de la resocialización del infractor penal

Diego Arias Ramírez
Carlos Arturo Ruiz



Límites a los subrogados penales para condenados por concierto para delinquir en Colombia

**Una condición de invalidación
de la resocialización del
infractor penal**

Límites a los subrogados penales para condenados por concierto para delinquir en Colombia

Una condición de invalidación
de la resocialización del
infractor penal

Diego Arias Ramírez
Carlos Arturo Ruiz



Arias Ramírez, Diego

Límites a los subrogados penales para condenados por concierto para delinquir en Colombia: Una condición de invalidación de la resocialización del infractor penal/ Diego Arias Ramírez y Carlos Arturo Ruiz, Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2022.

177 páginas; gráficos y tablas

Incluye referencias bibliográficas (páginas 171-176) e índices de autores

E-ISBN: 978-958-782-548-0

1. Derecho penal – Colombia 2. Concierto para delinquir - Colombia. 3. Derecho a la intimidad – Colombia 4. Prisiones – Legislación – Colombia 5. Acusados - derecho penal - Colombia I. Universidad Santo Tomás (Colombia).

CDD 345.0504

CO-BoUST



© Diego Arias Ramírez y Carlos Arturo Ruiz, 2022

© Universidad Santo Tomás, 2022

Ediciones USTA

Bogotá, D. C., Colombia

Carrera 9 n.º 51-11

Teléfono: (+571) 587 8797, ext. 2991

editorial@usantotomas.edu.co

<http://ediciones.usta.edu.co>

Corrección de estilo: Pablo Daza

Diagramación y montaje de portada: Myriam Enciso Fonseca

Hecho el depósito que establece la ley

E-ISBN: 978-958-548-0

Primera edición, 2022

Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta obra, por cualquier medio, sin la autorización expresa del titular de los derechos.

Contenido

INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO I. ACERCAMIENTO POLÍTICO CRIMINAL AL DELITO DE CONCIERTO PARA DELINQUIR	15
Origen político filosófico del derecho penal del enemigo	16
Descripción y características del derecho penal del enemigo en Günther Jakobs	25
Aspectos político criminales del delito de concierto para delinquir (art. 340 de la Ley 599 de 2000)	37
Tratamiento de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, a la conducta de concierto para delinquir	53
CAPÍTULO II. LOS SUBROGADOS PENALES Y LOS MECANISMOS SUSTITUTIVOS DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD ENTRE EL GARANTISMO PENAL Y EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO	63
De los subrogados penales	64
De la suspensión de la ejecución de la pena	69
La libertad condicional	82
Mecanismos sustitutivos de la prisión	89
De la prisión domiciliaria	90
Reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave	98
Del mecanismo electrónico	99

CAPÍTULO III. CARACTERIZACIÓN DE LA POBLACIÓN PRIVADA DE LA LIBERTAD DE LA REGIONAL NOROESTE INPEC DURANTE EL PERIODO 2014-2020	103
Contexto	103
Infraestructura, capacidad y población regional noroeste, INPEC 2014-2019	104
Personas privadas de la libertad por sexo y rango de edad regional noroeste INPEC 2014-2019	111
Población privada de la libertad nivel de educación regional noroeste INPEC 2014-2019	117
Población Privada de la libertad y las actividades de redención regional noroeste INPEC 2014-2019	125
Población privada de la libertad por <i>quantum</i> punitivo regional noroeste INPEC 2014-2019	135
Modalidad delictiva total años regional noroeste INPEC 2014-2019	140
CAPÍTULO IV. NEGACIÓN DE SUBROGADOS PENALES COMO LIMITANTE DE LA RESOCIALIZACIÓN DEL INFRACTOR PENAL	147
La necesidad de la pena y los subrogados penales	150
La finalidad de la pena	152
La negación de la resocialización mediante los límites a los subrogados penales	156
CONCLUSIONES	165
REFERENCIAS	171
Informes y jurisprudencia	174
SOBRE LOS AUTORES	177

Introducción

La presente investigación pretende analizar la afectación en el proceso resocializador de las personas privadas de la libertad de la regional noroeste del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario durante el periodo 2014-2020, que se encuentran condenados por el delito de concierto para delinquir, como resultado de la exclusión de los beneficios y subrogados penales.

Dicha investigación explora las categorías de encierro y los efectos de la prisionalización del infractor penal, al tiempo que analiza cómo la limitación de los subrogados penales contraviene las disposiciones legales y la finalidad de la pena lo que impide la efectividad de la función teleológica de la prisión y el encierro que no es otra que la resocialización del infractor penal en Colombia.

En este sentido, esta investigación presenta una gran relevancia, ya que no se ha adelantado investigación que logre examinar el fenómeno de estudio y las implicaciones que presenta la afectación en el proceso resocializador de las personas privadas de la libertad en calidad de condenados por el delito de concierto para delinquir, como resultado de la exclusión de los beneficios y subrogados penales, ubicados en la regional noroeste del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC durante el periodo 2014-2020.

Así mismo, la relevancia y articulación con el sector social es evidente, pues se trata de una investigación con un sector vulnerable de la sociedad, en este caso, personas privadas de la libertad, por tanto, dicho estudio aporta de manera ética y creativa a las exigencias de la vida humana, pues aborda una faceta importante en la relación del individuo con la sociedad, como lo es, en este caso, la libertad.

De conformidad con la normativa internacional, nacional y jurisprudencial alusiva a la población privada de libertad en calidad de condenada, se tiene el criterio orientador del sistema penitenciario colombiano, esto es que en la ejecución del castigo la pena cumple la función de reinserción social y el fin fundamental es resocializar al penado. La estrategia utilizada por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) para alcanzar este fin se conoce como plan de acción y sistema de oportunidades P.A.S.O: una estrategia para el tratamiento penitenciario. Es preciso mencionar que P.A.S.O. se articula con el marco del sistema progresivo tal y como está establecido en el artículo 144 de la Ley 65 de 1993.

En este sentido, la Corte Constitucional en Sentencia T-1093 de 2005 ha indicado que los beneficios administrativos y los subrogados penales son institutos que hacen parte integral del tratamiento penitenciario que afectan el cumplimiento de la pena para favorecer la libertad del penado. La idea central de estas formas anticipatorias de libertad del condenado es reducir la violencia del Estado a través de la progresividad del tratamiento para alcanzar la reinserción social del condenado.

Sin embargo, la Corte Constitucional ha señalado que la política criminal colombiana ha sido desarticulada, reactiva, volátil, incoherente, ineficaz, sin perspectiva de derechos humanos y supeditada a la política de seguridad nacional, con ello ha abandonado la búsqueda del fin resocializador de la pena (Sentencia T-388 de 2013). Muestra de ello son los delitos excluidos de la anterior posibilidad, entre estos se tiene el concierto para delinquir. Conducta delictual que se encuentra entre las más cometidas por la población condenada y recluida en la regional noroeste. En este punto, se propone a manera de pregunta: cómo ha influido la exclusión de la libertad condicional y prisión domiciliaria el proceso de resocialización de los condenados por el

delito de concierto para delinquir durante la ejecución del castigo en la regional noroeste del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) durante el periodo 2014-2020.

La presente investigación se justifica a partir de las particularidades del contexto penitenciario como lo son los efectos negativos que produce el encierro en las personas privadas de libertad (PPL) en calidad de condenados. En esta población se ha observado que al momento de salir en libertad, algunas de ellas retornan a la criminalidad, es decir, reinciden en el delito, convirtiendo su vida en un ciclo donde entran y salen de la prisión con cierta regularidad. Se encuentra en las personas que viven bajo estas condiciones una impronta en su ser que los afecta y los deteriora en su imagen corporal, afectiva, emocional, y que tiene efecto en las demás relaciones que circunscriben en sus vidas, derivada de esta experiencia de encierro en una institución penitenciaria y carcelaria como el complejo Penitenciario y Carcelario el Pedregal, lo que lleva a considerar necesarias las actividades de tratamiento para lograr el fin resocializador y la reintegración social de esta población.

Así las cosas, la prisión se ha considerado como una institución que pretende resocializar a los sujetos peligrosos para la seguridad del conjunto, aunque deficitariamente, debido a las graves condiciones de vulnerabilidad de los reclusos, tanto socioeconómicas como psicoafectivas. La complejidad de este contexto, sus códigos y sus dinámicas de control social componen un entramado de relaciones donde se inscriben y se producen subjetividades en condiciones de encierro forzoso. La prisión, entonces, es un lugar donde se priva al sujeto de sus discursos y de sus prácticas de libertad, en especial, aquellas de libre movilidad por un espacio, por mencionar solo una de las más incidentes. Por tanto, cuando se ingresa a la institución del encierro, el cuerpo individual es confinado, etiquetado, confiscado, regulado y expuesto a una serie de sistemas de control y penalización, tal como lo enunció Foucault (2002), al sujeto sometido al encierro como condena, se le aísla socialmente del espacio y tiempo comunes a un colectivo, ya sea este privado o público.

Se ha aplicado en este una regulación de su espacio y su tiempo, cuyo efecto, sin embargo, además de la gestión institucional del tiempo de vida, produce en el recluso una exacerbación de su sensibilidad,

o mejor, de su comprensión sobre el paso del tiempo y su permanente advertencia.

Este entendimiento del sujeto constituye una posibilidad, aunque sea en el encierro, para generar un gobierno de sí, los otros y el mundo; un gobierno que le permite reconocer en la dinámica de la pena una variación de su conciencia sobre sí mismo y sobre el mundo. En palabras más precisas, el encierro en la institución penitenciaria y carcelaria da lugar a otras maneras de interpretaciones, representaciones de su ser en el ahí.

Por su parte, Melish (2012) sustenta que el ser humano interpreta el mundo encontrándose con la necesidad de establecer otras relaciones, en las cuales le exige una condición evitativa de adoctrinamiento en las que solo la formación y la educación son el soporte para hacer la crítica y resistencia a las prácticas totalitarias presentes en los centros penitenciarios; de esta forma, se trata de encontrar un sentido, “la experiencia”, como parte de una filosofía de la finitud, es una “experiencia de la contingencia”. En este sentido, interpretar y representarse es encontrarse con lo nuevo, lo desconocido, lo imprevisible. El interpretar en cuanto experiencia humana no solo orienta y moldea los principios establecidos por una determinada comunidad, también es “descubrir e identificar la ‘perla escondida’ de la propia humanidad” (Duch, 1998, p. 30).

Al igual que en la escuela, el hospital y la fábrica, el cuerpo se confisca en la prisión esperando con ello inmunizar también la conciencia de sí mismo, de la persona en relación consigo mismo y con el entorno social. Se le retiene bajo condiciones especiales de castigo donde el ejercicio del castigo cumple un importante papel de neutralización o incapacitación social punitiva. De ahí la importancia de revisar cómo la limitación de los subrogados penales contraviene las disposiciones legales e impide la efectividad de la función teleológica de la prisión y el encierro que no es otra que la resocialización del infractor penal en Colombia.

Por otra parte, es importante revisar algunos antecedentes en relación con nuestro objeto de estudio, desde donde podamos entender la relación que precisa el fenómeno del encierro y el papel del individuo en la prisión. En ese sentido, nuestra referencia es Michel

Foucault (2002) y sus reflexiones sobre las prácticas de sí en la hermenéutica del sujeto, donde el pensador francés desarrolla toda una reflexión desde la historia.

Ahora bien, en el planteamiento del problema para este proyecto existen asuntos con un especial interés sobre los aspectos que deben ser analizados en el sujeto y sus condiciones en el encierro. También encontramos aspectos propios de la cognición y la representación tratados por Elliot Eisner (2002), quien defiende la idea de una necesidad de la expresión como elemento transversal al desarrollo integral del ser humano, en sus estudios afirma lo siguiente: “la educación es el proceso para expandir y profundizar el significado que la gente puede extraer de su vida” (p. 25).

La propuesta de investigación recurrirá a los análisis en torno al tiempo de la ejecución de la pena, convirtiéndose en categorías como posibilitadoras de los procesos de resignificación, ya que se pone en palabras estas exclusiones anticipatorias de libertad. Desde esta perspectiva, y siguiendo a Umberto Eco (2005),

va ligado a nuestra propia corporeidad en el lenguaje cotidiano, lo que imaginamos próximo o distante de nuestro cuerpo y que está determinado por nuestra conciencia, aquí también se percibe las paradojas desde la perspectiva de lugar en el que nos hallamos. (p. 4)

Encontramos de esta manera, y en estos fenómenos, un pliegue, quizá inadvertido, en las dinámicas que concierne a la pena y a la institucionalidad. Pues allí, la conciencia que se confina en el espacio y en el tiempo busca de alguna manera congelar el proyecto de vida individual y la posibilidad de reincorporación efectiva del infractor penal a la sociedad, todo esto se convierte en una serie de hechos y gestos transformados en elementos expresivos del sujeto, que permiten revelarle experiencias en un territorio de significados alusivos al ser y a sus circunstancias como el encierro, o como diría Martin Heidegger en su *Dasein*, un hombre arrojado al mundo.

El objetivo que se propone esta investigación es analizar cómo la exclusión de los beneficios y subrogados penales impide a los privados de la libertad, ubicados en los establecimientos de la regional noroeste

del INPEC durante el periodo 2014-2020, la efectividad de la función teleológica de la prisión y el encierro que no es otra cosa que la resocialización del infractor penal en Colombia.

Así mismo, nos planteamos unos objetivos específicos que buscan un acercamiento político criminal al delito de concierto para delinquir, establecer los subrogados penales y los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad y finalmente realizar una caracterización de la población privada de la libertad de la regional noroeste INPEC durante el periodo (2014-2020).

Para el desarrollo de este objetivo utilizamos una metodología que se instala en el paradigma cualitativo interpretativo comprensivo, ya que esta explora un tema propio de las ciencias sociales humanas, particularmente de la sociología, la educación y el derecho, y hace énfasis en la clasificación, descripción y explicación de los hechos y fenómenos ocurridos en la prisión especialmente con las personas privadas de la libertad que no logran acogerse a los beneficios administrativos ni a los subrogados penales, situación que genera unas consecuencias en su proceso resocializador que queremos revisar, mientras que la investigación analítica busca entender cómo dicho fenómeno impide un adecuado y efectivo proceso de resocialización del infractor penal condenado por el delito de concierto.

En igual sentido, apoyaremos nuestra búsqueda en documentos, normas, jurisprudencia, doctrina e instrumentos de descripción, que nos permitan desde estos elementos indagar y construir nuestro objeto de estudio.

Finalmente, la investigación se desarrolla en cuatro capítulos. En el primero se busca describir político criminalmente el delito de concierto para delinquir. En el segundo identificaremos la naturaleza *ius*-filosófica de los beneficios y subrogados penales, así como su incidencia en el tratamiento penitenciario y el sistema progresivo del infractor penal. En el tercer capítulo se hará una caracterización de la población privada de la libertad y finalmente daremos cuenta de cómo la negación de subrogados penales del condenado por el delito de concierto limita su resocialización.

Capítulo I. Acercamiento político criminal al delito de concierto para delinquir

La sociedad ha decidido intervenir con pena aquellos riesgos que superan lo permitido para mantener en buen funcionamiento el sistema social. Esto lo puede realizar de dos formas: la primera, sometiendo su derecho de castigar al marco constitucional para rodear de máxima garantía al infractor; la segunda, relajar dichos controles para ser eficiente e invasivo sobre los derechos humanos del autor o partícipe de una conducta punible.

En este punto vale la pena preguntarse por la conducta delictual denominada *concierto para delinquir*, ya que esta se encuentra entre aquellos delitos que reciben de parte del legislador penal un trato diferente y riguroso en cuanto a la intervención de otros crímenes, lo cual se soporta en razones de seguridad y salvaguarda del orden institucional; no obstante, dichas reacciones deben de estar sujetas al respeto de la dignidad humana de los posibles responsables.

Se va problematizar si este comportamiento se puede identificar y enmarcar dentro de lo que se conoce en el discurso del derecho penal moderno como prácticas propias del derecho *penal del enemigo*, que el mismo Jakobs (2006) describe en una de sus variables como

“un fenómeno que se da en todos los ordenamientos jurídicos de los países occidentales, y consiste en sancionar la conducta de un sujeto peligroso en una etapa muy anterior a un acto delictivo sin esperar a una lesión posterior tardía. Se sancionan la conducta y la peligrosidad del sujeto, y no sus actos” (Jakobs, 2006, p. 89).

Para abordar la categoría del *enemigo* en el derecho penal, tendremos en cuenta la reflexión teórica desde algunos filósofos contractuales y específicamente en Günter Jakobs, libros de política criminal, legislación nacional, documentos institucionales de la Fiscalía General de la Nación y la jurisprudencia de las altas cortes: Hobbes, *Leviatán*; Rousseau, *El contrato social o principios de derecho político*; Kant, *La metafísica de las costumbres*; Jakobs, *La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente*; Zipf, *Introducción a la política criminal*; Fiscalía General de la Nación, *Informe de Gestión 2009-2010*; Corte Constitucional, *Sentencia C-646 del 2001*, estos textos sirven de base para la fundamentación teórica del presente escrito.

Para este propósito se abordará el origen político filosófico del derecho penal del enemigo, luego se hará una descripción y características del derecho penal del enemigo en Günter Jakobs como autor original de la concepción y finalmente se detallarán los aspectos político criminales que han rodeado el delito de concierto para delinquir en Colombia (art. 340 de la Ley 599 de 2000).

En definitiva, el concierto para delinquir en la legislación penal colombiana ha sido empleado históricamente por el Estado como el primer instrumento al que se puede apelar para neutralizar a los grupos armados organizados y a las asociaciones de delincuencia organizada conformados y provistos por hombres y mujeres que proceden de la gran masa de población estructuralmente vulnerable, surgida por la poca o nula política pública de inversión social en los territorios de origen.

Origen político filosófico del derecho penal del enemigo

El tratamiento severo a quienes de manera reiterada y significativa atentan contra la paz y la convivencia pacífica está contenido en el contrato

social, el cual tiene sus antecedentes en filósofos como Rousseau, Fichte, Hobbes y Kant, véase:

- a. **Jean-Jacques Rousseau (1712-1778).** Rousseau (2003) trata de manera radical a todo aquel que comete un delito, puesto que considera que con este acto el trasgresor pierde todo derecho a recibir la libertad convencional que otorga la agregación (p. 46), añade el autor que de no sancionarse el género humano, perecería porque la violación del pacto social faculta a cada quien retomar sus primeros derechos y recobrar la libertad natural (p. 47).

Es preciso indicar que para Rousseau (2003), el pacto social produce un cuerpo moral y colectivo que se denomina República o Estado, los asociados toman el nombre de ciudadanos en cuanto participen de la autoridad soberana y súbditos a los que son sometidos a las leyes del Estado (p. 48). La razón de ello se encuentra en la idea del contrato social, entendido de forma básica como “Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general; y nosotros recibimos, además, a cada miembro como parte indivisible del todo” (Rousseau, 2003, p. 47).

Debido a esto, el transgresor del pacto pierde, por un lado, su ciudadanía y con ello los derechos que este le otorgó: la libertad civil y la propiedad de todo lo que posee (Rousseau, 2003, p. 51), por otro, todo hombre corre el riesgo, incluso, de perder la vida: “Quien quiere conservar su vida a expensas de los demás debe darla también por ellos cuando sea necesario” (Rousseau, 2003, p. 66). Por consiguiente, el Estado otorga a todo poblador seguridad siempre y cuando este acepte que existe hasta que la nación le diga “resulta conveniente para el Estado que mueras” (Rousseau, 2003, p. 66), la vida es, por lo tanto, un regalo de la naturaleza, como un don condicional del Estado.

Sumado a esto, Rousseau (2003) propone lo que se debe hacer con la desviación criminal, pues esta pone en peligro la existencia del orden como derecho de todos los firmantes del pacto social:

todo malhechor, al atacar el derecho social, se vuelve por sus delitos, rebelde y traidor a la patria; deja de ser miembro de ella al violar sus leyes; e incluso [sic] le hace la guerra. Entonces, la conservación del Estado es incompatible con la suya; es necesario que uno de los dos perezca; y cuando se hace morir al culpable, es más como enemigo que como ciudadano. (Rousseau, 2003, p. 67)

Añade el autor que la sentencia condenatoria es la prueba de que el malhechor ha roto el pacto y, por tanto, ya no es miembro del Estado, debe ser excluido, sea por destierro o por muerte, como enemigo público, pierde su estatus como persona moral y pasa a ser un hombre: el derecho de la guerra permite matar al vencido (Rousseau, 2003, p. 67). Señala que se tiene derecho a dar muerte a quien sea fuente de peligro “se tiene derecho a dar muerte ni siquiera como ejemplo, sino a quien no se puede dejar vivir sin peligro” (Rousseau, 2003, p. 67).

Con Rousseau se podría concluir que desde su teoría del contrato social se apropian discursos bajo la lógica amigo-enemigo del Estado, por lo tanto, unas consecuencias de tratamiento no solo diferencial, sino severo para quienes van en contravía de las normas del pacto.

- b. Johann Gottlieb Fichte (1762-1814).** Fichte es un filósofo alemán que entiende el contrato social de una manera muy peculiar. Primero, afirma que el Estado no es suscriptor del pacto, este es un acuerdo entre particulares, por lo tanto, su papel se reduce a garantizar su vigencia: “El Estado como tal (como particulares reunidos en un todo organizado) no suscribe, sino que solo garantiza” (Fichte, 1994, p. 323).

Segundo, el deber adquirido por el Estado está sujeto a condición, solo cuando los particulares cumplan los compromisos adquiridos en el contrato social se le puede exigir que funja como garante de los derechos que se derivan de este: “El Estado promete al ciudadano, después del cumplimiento de sus deberes cívicos, proteger su propiedad absoluta, su cuerpo y su vida, y esto en general y en todos los casos” (Fichte, 1994, p. 324).

En términos de Fichte (1994), los derechos del individuo surgen cuando este decide autónomamente vincularse a una comunidad de seres racionales; los incorpora como parte de sus actos, al igual que la comunidad a la que pertenece y se deja determinar por ellos cuando se expresan en la subjetividad de quienes están bajo la misma condición (p. 316). Explica Fichte (1994) que el contrato social se anula cuando voluntariamente el individuo decide actuar antijurídicamente en contra de los derechos de los ciudadanos y del Estado, al mismo tiempo, este pierde todos los derechos que gozaba gracias a la ley positiva. Así mismo, desaparece toda relación jurídica entre este y los demás ciudadanos, al igual que “la condición de la capacidad jurídica” (p. 316). A saber:

Aquél [sic] que viola en una parte el contrato social, sea voluntariamente o por negligencia, cuando en el contrato se contaba con su prudencia, pierde así con todo rigor todos sus derechos como ciudadano y como hombre, [sic] y es completamente privado de derechos. (Fichte, 1994, pp. 315-316)

Para Fichte (1994), el uso de la sanción penal se soporta en la nulidad automática del contrato social como resultado directo del acto criminal, esto es, el delito lesiona al pacto social, de ahí el motivo de la imposición de la pena por parte del Estado: “Todo delito excluye del Estado (el criminal se convierte en proscrito, es decir [sic] que su seguridad está tan poco garantizada como la de un pájaro). Esta exclusión tendría que ser ejecutada por el poder del Estado” (Fichte, 1994, p. 316). Añade el autor que en todos los eventos, el acto criminal atenta contra el Estado como garante de la seguridad de los bienes de los ciudadanos:

O bien es cometido mediatamente contra el Estado en la persona de sus ciudadanos, [sic] en la medida en que en ellos se ataque el contrato, [sic] en el cual el Estado mismo como tal es parte [sic]; o bien es cometido inmediatamente contra el Estado mismo por rebelión y alta traición. (Fichte, 1994, p. 323)

Fichte (1994) señala tres aspectos en relación con el papel que desempeña la pena. Primero, ella es un medio para lograr la seguridad pública; segundo, lo anterior se puede alcanzar con la prevención general negativa: “Mediante su amenaza, el delito sea evitado” (Fichte, 1994, p. 317). Tercero, cuando la amenaza de la pena es ineficaz para contener la mala voluntad del autor, procede la función de prevención general positiva: “La pena existe también en función del ejemplo, [sic] con el fin de que todos sean mantenidos en la firme convicción de que la aplicación de la ley penal es infalible” (Fichte, 1994, p. 318). Pese a lo anterior, el autor afirma paradójicamente: “El fin perseguido por la ley penal es que el caso de su aplicación no suceda nunca” (Fichte, 1994, p. 317).

Fichte (1994) aborda otro aspecto respecto de la pena en la fase de ejecución. El autor señala que por bondad la ley penal previamente consagra y comunica a todo posible infractor del pacto social que conserva todavía el derecho de intentar su corrección durante el tiempo en que purga la pena. Si el penado ha tomado la decisión de cambiar su ánimo criminal, es decir, ha decidido enmendarse, es posible pactar con él un segundo contrato para que transite de la exclusión a vivir nuevamente en sociedad (pp. 325-326). Explica Fichte (1994) que la corrección consiste en mejorar la manera habitual de obrar; en ningún momento, puede fundarse en enmendar el fuero interno o en “una mejora moral de las disposiciones interiores” (p. 326).

A lo anterior, el autor propone la siguiente exclusión de ley: que, de las distintas modalidades de homicidio, quede exceptuado del derecho de corrección el homicidio intencional y premeditado (doloso). Esto porque la sociedad debe “cuidarse del que ha cometido un homicidio porque bien puede matar de nuevo” (Fichte, 2004, p. 330). Fichte (2004) ha indicado el problema cardinal en la teoría de la pena: “¿Qué hacer con los excluidos absolutos del Estado, sea porque son asesinos, [sic] o porque no quieren corregirse?” (p. 330).

Conforme a lo sostenido por el autor, deben ser expulsados lo más pronto de la sociedad (Fichte, 1994, p. 326). A los reincidentes por ser incorregibles, ya que han decidido no resocializarse (Fichte, 1994, p. 329), el Estado puede expropiarles sus bienes hasta llegar a apropiarse de la persona misma en caso de ser necesario (Fichte, 1994, p. 337); por otro

lado, los homicidas voluntarios y premeditados si fueran asesinados por orden del juez, no se cometería decisión injusta, ya que al ser “tratado según la ley que él mismo ha establecido” (Fichte, 1994, p. 335) se respeta el principio de justicia; en términos de Fichte (1994), este ha pasado a ser una cosa, esto como resultado de la decisión que ha tomado el Estado de vaciarlo de sus derechos (p. 331). El autor justifica esta resolución como una medida de seguridad (Fichte, 1994, p. 332).

En síntesis, para Fichte (1994) existen dos tipos de castigos. El primero, se soporta en el contrato de expiación y el ciudadano está obligado a someterse a este y a cumplir las obligaciones sin resistirlo; el segundo, se funda en la nulidad absoluta del contrato social, bajo esta pena el ciudadano pierde todos sus derechos, deja de ser persona y muta a ser una cosa u objeto de poco o nulo valor (Fichte, 1994, pp. 336-337).

- c. **Thomas Hobbes (1588-1679).** Hobbes tiene una postura moderada en relación con el trato diferenciado con quienes han cometido delitos distintos de los actos de rebelión y la reincidencia delictual. En estos eventos trata al criminal como enemigo:

Se castiga a los rebeldes, traidores y demás convictos de lesa majestad no según el derecho civil [sic] sino según el natural; esto es, no como a malos ciudadanos sino como a enemigos del Estado; y no por derecho de gobierno o de dominio [sic] sino por derecho de guerra. (Hobbes, 1999, p. 133)

Cuando Hobbes expone que los rebeldes, reincidentes y traidores del pacto están bajo el derecho de guerra por violar el derecho natural y no por el Gobierno civil (derechos de los ciudadanos), entiende por derecho: “El uso de las facultades naturales según la recta razón” (Hobbes, 1999, p. 18) para la búsqueda de la convivencia social en paz. Refiere que estas acciones desconocen el origen en que se fundamenta la obligación de obedecer al ordenamiento civil: “El crimen de lesa majestad viola una ley que es anterior a la ley civil, es decir, la natural, que nos prohíbe violar los pactos y la fe dada” (Hobbes, 1999, p. 132).

La fuerza vinculante de la ley civil se valida en las razones que se han dado para superar la situación de guerra en que se veían abocados los individuos en el estado de naturaleza:

Esto es, arrancarse de esa miserable situación de guerra que se vincula necesariamente (como se ha mostrado) a las pasiones naturales de los hombres cuando no hay poder visible que los mantenga en el temor, [sic] o por miedo al castigo [sic] atarlos a la realización de sus pactos y a la observancia de aquellas leyes. (Hobbes, 1980, p. 263)

Señala Hobbes (1980) que lo único que está en la capacidad de sujetar-unir y reducir las pasiones del hombre es renunciar al deseo propio en favor de un tercero, que se llama República, con el fin de que pueda utilizar la fuerza según su saber y entender para la paz y la defensa común. Añade que la persona que lleva sobre sus hombros la República es el soberano, cualquier otro es súbdito, es decir, abandona el derecho a gobernarse a sí mismo y autoriza a un hombre o a una asamblea a que lo gobiernen con la condición de que el otro también abandone su derecho a gobernarse a sí mismo (Hobbes, 1980, p. 267).

De lo anterior procede el poder de la República a escribir las normas mediante las cuales los súbditos pueden conocer con anterioridad qué acciones pueden hacer sin ser interrumpidos por otro u otros, así como los bienes que pueden disfrutar; por otro lado, resolver de acuerdo con estas las situaciones conflictivas que se llegaren a presentar (Hobbes, 1980, pp. 273-274). De modo que las consecuencias por la infracción del derecho civil se establecen por este, contrario a lo que sucede con las conductas que atacan el pilar de la República, a ellas se enfrentan desde el derecho de guerra.

Se llama crimen de lesa majestad el hecho por el que un ciudadano o un súbdito declara no tener ya la voluntad de obedecer al hombre o a la asamblea que ostenta el poder supremo del Estado. Tal es el caso de los traidores, los regicidas, los que alzan las armas contra el Estado o los tráfugas. (Hobbes, 1999, p. 132)

Puede concluirse que en Hobbes las reacciones frente a la criminalidad deben ser diferenciadas. Las penas para los súbditos que infringen la ley civil deben ser conformes y proporcionales a sus criterios. Distinta es la sanción si se trata de un delito que ataca los fundamentos del pacto social. Contra este se reacciona con el derecho de guerra sin necesidad de decretarla con el fin de neutralizar a su enemigo para garantizar la seguridad de la República

- d. **Immanuel Kant (1724-1804).** En relación con Kant (1998), se debe responder la pregunta: ¿por qué trata como enemigo al ser que con su comportamiento antijurídico reiterado intimida la seguridad obtenida en el Estado de derecho? Cuando él mismo reconoce que aun viviendo dentro del Estado civil es común que la autoridad resuelva las infracciones a la norma. A saber: “Si un vecino no da seguridad a otro (lo que sólo [sic] puede suceder en un Estado [sic] legal), cada uno lo puede considerar como enemigo” (Kant, 1998, p. 14).

El autor responde de la siguiente manera al interrogante: en el primer evento se trata de una persona que al vivir en la constante ilegalidad-estado natural representa una fuente permanente de riesgo:

Un hombre (o un pueblo) en estado de naturaleza me priva de esta seguridad y me está lesionando ya, [sic] al estar junto a mí en ese estado, no de hecho (*facto*), ciertamente, pero sí *por la carencia de leyes de su estado* [sic] (*statu iniusto*), que es una constante amenaza para mí. (Kant, 1998, p. 14) (Cursiva fuera de texto)

Añade Kant que el ciudadano está autorizado para requerir al ilegal (natural) a: “Obligarle a entrar en un Estado social-legal o a apartarse de mi lado” (Kant, 1998, p. 14), ya que este al “haber ingresado en este estado civil -legal uno le proporciona al otro la seguridad” (Kant, 1998, p. 14); mientras que en el segundo caso, los ciudadanos admiten que la obtención de la convivencia pacífica es gracias al reconocimiento que han hecho ambos del poder que tienen las instituciones jurídicas sobre ellos.

La respuesta dada por Kant lleva a indagar sobre lo que este ha escrito acerca del origen de la fuerza vinculante del derecho, revísese. En *La metafísica de las costumbres*, el autor aborda la concepción que tiene del derecho. En términos de Kant (2005) el derecho es “el *conjunto de condiciones* por las cuales el arbitrio de uno puede estar de acuerdo con el arbitrio del otro, según una ley universal de la libertad” (p. 39) (cursivas fuera de texto). Por esta razón el derecho puede arbitrar “la relación externa y ciertamente práctica de una persona con otra, en tanto que sus acciones, [sic] como hechos, [sic] pueden influirse entre sí” (Kant, 2005, p. 38).

Lo dicho hasta acá significa, por un lado, que la norma jurídica regula solo y, exclusivamente, las relaciones sociales sin necesidad de interferir en el fuero interno de las personas; por otro, se respeta en razón del conjunto de condiciones que previamente ha establecido. En Kant (2005) el fin del derecho es lograr la coexistencia de todos en paz: “Obra externamente de tal modo que el uso libre de tu arbitrio pueda coexistir con la libertad de cada uno” esto significa que el derecho para poder garantizar a todos los usos de la libertad en condiciones de igualdad debe limitarla: “Es una ley que me impone una obligación” (p. 40).

Por lo tanto, es la fuerza coactiva del derecho la que garantiza el disfrute de la libertad: “El derecho y la facultad de coaccionar significan, pues, una y la misma cosa” (Kant, 2005, p. 42). Para Kant (2005) la naturaleza coactiva del derecho es su propio fundamento y razón de ser. Este afirmó:

Si un determinado *uso de la libertad misma es un obstáculo a la libertad* según leyes universales (es decir, contrario al derecho) *entonces la coacción que se le opone, en tanto que obstáculo frente a lo que obstaculiza la libertad*, concuerda con la libertad según leyes universales, es decir, *es conforme al derecho*, por consiguiente, *al derecho está unida a la vez la facultad de coaccionar a quien lo viola*. (Kant, 2005, p. 40) (Cursiva fuera de texto)

En definitiva, para Kant (2005), el origen de la fuerza vinculante del derecho se encuentra en el principio de libertad, derecho natural

“único, originario, que corresponde a todo hombre en virtud de su humanidad” (p. 49); principio que desempeña el papel de funcionar como criterio de validez porque la coacción del precepto garantiza en condiciones de igualdad la libertad de todos.

Para cerrar este acápite sobre Kant se puede manifestar que las teorías de este autor son desarrolladas de una manera intensa por Jakobs, para efectos de su teoría del apego a la norma, en la lógica que los ciudadanos de bien tienen una expectativa de cumplimiento de esta y que solo esta se reafirma si también se aplican las sanciones a quienes las incumplen.

Descripción y características del derecho penal del enemigo en Günther Jakobs

Se pasa ahora a explicar la forma como Jakobs explica en cuatro de sus escritos la comprensión epistemológica del derecho penal del enemigo: *Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico*, *La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente*, *Derecho penal del enemigo* y, por último, *¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad*.

Criminalización en el Estado previo a la lesión de un bien jurídico

En el año de 1985 se celebró en la ciudad de Fráncfort del Meno el Congreso de los penalistas alemanes, en este encuentro participó el profesor Jakobs con la ponencia: “Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico”. Allí Jakobs utiliza por primera vez el concepto de *enemigo* para describir en términos analíticos la forma en que el derecho penal alemán interviene sobre la desviación criminal en el momento anterior a la afectación de un bien jurídico penal, lo hace a través de la estructura dogmática de los tipos penales de peligro abstracto, es decir, la disposición alemana prohíbe mediante la amenaza de pena la comisión de conductas que no representan una

puesta en peligro efectivo al bien jurídico, a título de ejemplo se puede ver la Ley 599 del año 2000 en su artículo 11^[1].

Explica Kai Ambos (2006) que para este momento Jakobs utilizó el concepto de *derecho penal del enemigo* de manera crítica, puesto que denunció la norma penal por “transformar al autor penal en una mera fuente de peligros, en un enemigo del bien jurídico, privándole así de su esfera privada y de su estatus como ciudadano” (p. 132). Entre las razones que encontró Jakobs en la normativa alemana para permitir la intervención oportuna de las agencias del Estado, es decir, antes de que se lleve a cabo el acto criminal, están argumentos preventivos policiales, pues con ellos se amplían a favor de la policía “los límites de lo permitido para la prevención en la medida de lo permitido para la represión” (Jakobs, 1997, p. 294).

Jakobs (1997) recalca que esta forma de obrar desborda el concepto *jurídico de autor*, puesto que este al ser definido como una potencial fuente de peligro para el bien jurídico en momentos en que la conducta no es socialmente relevante puede llevar al operador jurídico a combatir el más pequeño signo de peligro e incluso penar pensamientos peligrosos de posibles autores, de modo tal que el derecho al tomar como punto de partida la protección de bienes jurídicos puede negar por esta vía la esfera privada de las personas (pp. 295-311).

En opinión de Jakobs (1997), invadir esa esfera privada desconoce en desproporción la intimidad, libertad, derechos y garantías como espacio exento de control del cual goza todo ciudadano. Este proceso excluye al autor como sujeto titular de derechos y obligaciones hasta cosificarlo:

Lo que, junto con sus efectos, reside todavía en la esfera en la que un ciudadano puede legítimamente oponerse a controles públicos, desde la intimidad del cuerpo hasta los contactos sociales reservados, no puede ser preparación punible, tentativa o, menos aún, consumación de un delito. (p. 297)

1 Para que una conducta típica sea punible, se requiere que lesione o ponga, efectivamente, en peligro y sin justa causa el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.

Ha señalado el autor que semejante degradación del sujeto es propia de un derecho penal diferente al de los ciudadanos: “El derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, el derecho penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad” (Jakobs, 1997, p. 298). Así mismo refiere que de continuar con este control del aspecto privado e interno se va a “degradar al ciudadano hasta convertirlo en un enemigo” (p. 301) y, finalmente, conduce a punir peligros y no hechos peligrosos (p. 311). Expone que un derecho penal del ciudadano se ocupa del control externo de la conducta y solo tiene en cuenta los fenómenos internos del autor para la interpretación de un acto perturbador (Jakobs, 1997, p. 302). Añade Jakobs (1997) que su crítica a las anticipaciones punitivas es muy elemental: “Sin un comportamiento externo perturbador no se puede hacer responder a un sujeto de lo que le es interno” (p. 313).

Sin embargo, Jakobs (1997) refiere que a pesar de ser cierto que la criminalización de conductas anteriores a la afectación de bienes jurídicos signifique un distanciamiento del derecho penal del ciudadano por punir conductas que están en la esfera privada del autor, afirma que esta penalización no se puede descartar del todo, ya que, de hacerlo, las normas de un Estado de libertades pueden perder “su poder de vigencia si se aguarda con la represión hasta que el autor salga de su esfera privada” (Jakobs, 1997, p. 323). De acuerdo con esto, refiere que el derecho penal del enemigo sea excepcional y diferenciado con mucha pericia del de ciudadanos, así mismo, en su presentación (Jakobs, 1997, p. 322).

La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente

De acuerdo con Jakobs (2004), se es persona porque el derecho lo identifica como titular de derechos y obligaciones (p. 56), es decir, el mundo jurídico es la fuente en la que se origina y se caracteriza la persona. En este marco, el delito no es la lesión a un bien jurídico, sino la lesión a la juridicidad, norma o derecho vigente, a su vez, la pena tiene como propósito confirmar la existencia normativa, esto es, la pena marginaliza el “*hecho en su significado lesivo para la norma*” (Jakobs, 2004, p. 56), para mantener la confianza en la vigencia del derecho afectado.

Para Jakobs (2004), la pena posee dos funciones. Primera, denominada la abierta. El papel que desempeña en el de “confirmar la identidad de la sociedad” (p. 56), esta se corresponde con la prevención general positiva, cuya función es “la marginalización del hecho delictivo y la confirmación permanente de la configuración social” (Jakobs, 2004, p. 56). Esta se dirige a las personas, esto es, “a partícipes de la comunicación considerados como poseedores de disposición jurídica” (Jakobs, 2004, p. 57) y su efecto se alcanza en “la comunicación personal; se trata solamente del cercioramiento acerca de qué es derecho y qué es injusto” (Jakobs, 2004, p. 57). De acuerdo con Jakobs (2004), el daño que con la pena se le impone a la persona significa “que no hay que tomar el hecho como comunicación válida” (p. 57).

Añade que la cantidad de pena se puede determinar de acuerdo con su función abierta de cara a confirmar la identidad normativa (Jakobs, 2004, p. 57). Segunda, denominada latente o de dirección de la motivación: la pena posee efecto intimidatorio y repercute en el posible “proceder delictivo” (Jakobs, 2004, p. 56), es decir, la pena en su función de prevención general negativa (Jakobs, 2004, p. 56) se dirige a quienes no poseen una disposición jurídica o en quien no se acostumbra a “ser fiel al derecho o quizá dejarse intimidar por la norma” (Jakobs, 2004, p. 57).

Es preciso mencionar que, para Jakobs (2004), la persona también debe garantizar en su proceder el respeto a las expectativas normativas, si no quiere ser tratado como enemigo: “El derecho penal pasa de ser la reacción de la sociedad frente al hecho de uno de sus miembros a convertirse en una reacción frente a un enemigo” (Jakobs, 2004, p. 58), es decir, quien se aparta de la disposición jurídica de forma duradera no puede esperar mantener la titularidad de sus derechos-obligaciones. En otras palabras, se trata de neutralizar aquel que en la actualidad no ofrece la mínima garantía cognitiva necesaria para ser tratado como persona (Jakobs, 2004, p. 60). Ahora bien, Jakobs (2004) indica que la reacción frente al enemigo no puede ir más allá de lo necesario gracias al reconocimiento de la personalidad potencial; no obstante, el Estado puede reaccionar frente a agresiones futuras (p. 58).

Jakobs (2004) se refiere al enemigo como aquel individuo que, de una forma presuntamente duradera, identifica en su comportamiento

habitual o trabajo la vinculación a una estructura de crimen organizado que “ha abandonado el derecho y, por tanto, no garantiza el mínimo cognitivo de seguridad” (p. 59). Él añade que la lista de enemigos va en aumento por la pérdida de reconocimiento a la religión, familia y la disolución de la nacionalidad (Jakobs, 2004), así mismo, manifiesta: “La sociedad seguirá teniendo enemigos —visibles o con piel de cordero— deambulando por ella” (p. 60). A continuación, presenta cuatro particularidades del derecho penal del enemigo:

- Amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, cambio de la perspectiva del hecho producido por la del hecho que se va a producir.
- Falta de una reducción de la pena en proporción a dicho adelantamiento.
- Paso de la legislación de derecho penal a la legislación de la lucha para combatir la delincuencia.
- Supresión de garantías procesales.

Para Jakobs (2004) esta forma de constituir el derecho penal del enemigo permite declarar una guerra contra aquellos que no se dejan compeler, no se mantienen apartados del delito o persisten en perturbar el entorno social y explica, refiriéndose a la guerra, que el “carácter limitado o total depende (también) de cuánto se tema al enemigo” (p. 60).

Por razones del objetivo de la presente investigación, es necesario agregar una particularidad más, como desarrollo de las anteriores, pero en el marco del derecho penitenciario:

[...] las normas que endurecen las condiciones de clasificación de los internos, las que limitan los llamados beneficios penitenciarios o las que amplían los requisitos de la libertad condicional. (Gracia y Martín, 2005, p. 11)

Derecho penal del enemigo

Jakobs (2003) presenta en este escrito una explicación de la naturaleza e inevitable coexistencia de normas en la ley penal que responden a propósitos político-criminales opuestos, en cuanto cada una de ellas se dirige a destinatarios distintos: “Al derecho penal del ciudadano y al derecho penal del enemigo, ello en el sentido de dos tipos ideales que difícilmente aparecerán llevados a la realidad de modo puro” (p. 21). Además, detalla, dentro del contexto jurídico-penal, la existencia de normas que, por un lado, tratan a determinados autores como personas, por otro, preceptos que proceden contra otros como fuente de peligro o medio para intimidarlos (p. 22).

Otro punto en el pensamiento de Jakobs (2003) es el que refiere a la pena como coacción y a su doble función comunicativa, véase: por una parte, desautoriza la acción que ataca la vigencia de la norma; por otra, informa que la norma infringida se mantiene inmodificable y conserva la capacidad de mantener la configuración jurídica de la sociedad (p. 23). Añade que la sanción penal no solo comunica algo, sino que también produce físicamente algo: “El preso no puede cometer delitos fuera del centro penitenciario: una prevención especial segura durante el lapso efectivo de la pena privativa de libertad” (Jakobs, 2003, p. 23). Lo que significa que gracias a su efecto físico puede neutralizar una fuente de peligro, sin ello hubiese sido imposible que la pena de prisión “se hubiera convertido en la reacción habitual frente a hechos de cierta gravedad, si no, hubiera concurrido en ella este efecto de aseguramiento” (p. 24).

El derecho penal es una técnica de control colectivo que está íntimamente vinculado con las condiciones de vida que se quieren preservar en una sociedad determinada y en una temporalidad específica, por esto, la norma encierra los contenidos y la forma de reaccionar contra su infracción, aportando así al mantenimiento de la sociedad como tal. Las normas desempeñan el papel de orientar al ser humano en relación con la imagen social que estas representan.

La pregunta que surge es ¿cómo se reacciona normativamente ante aquella persona que de manera libre rehúsa a comportarse dentro de la juridicidad? Jakobs (2003) responde a este interrogante de la siguiente

forma: la persona debe dar a entender por medio de su palabra, gesto, pensamiento, disposición o comportamiento que va a obrar cognitivamente, es decir, como titular de derechos y deberes, de lo contrario, la sociedad podrá reaccionar contra él con el derecho penal, asumiendo que este ha expresado la voluntad de no ser más uno de sus miembros y ha mutado a ser por esta decisión su enemigo (p. 43). Agrega:

Se denomina ‘derecho’ al vínculo entre personas que son a su vez titulares de derechos y deberes, mientras que la relación con un enemigo no se determina por el derecho, sino por la coacción. Todo derecho se halla vinculado a la autorización para emplear coacción. (pp. 25-26)

Además, la pena impuesta no busca nada distinto a la coacción efectiva del individuo peligroso, ya que esta no va hacia la persona en derecho, Jakobs (2003) aclara que es diferente la conexión del derecho con el ser humano de bien a la que sostiene con el sujeto amenazador: el derecho está para relacionarse con la persona a partir de la titularidad de los derechos y deberes que ostenta, mientras que con el enemigo está para su coacción (pp. 25-26).

Tal y como lo explica el autor, por el delincuente ocasional surge el derecho penal del ciudadano, este continúa siendo persona, en cambio, por el criminal reincidente, por tendencia o por individuos que persisten en la comisión de delitos, el derecho penal del enemigo, a fin de cuentas, el Estado puede apelar a la seguridad. Es más, Jakobs (2003) refiere: “los ciudadanos tienen derecho a exigir del Estado que tome las medidas adecuadas, es decir, tienen un derecho a la seguridad” (p. 32).

A causa de las demandas de seguridad ciudadana, se explica el trato diferencial contra el crimen. Es preciso mencionar que para Jakobs (2003), el derecho penal del ciudadano y el derecho penal del enemigo tienen en común la pena: son coacción. Sin embargo, existen notables diferencias entre ellos. En el derecho penal del ciudadano, además de presentarse la coerción física, esto es, la neutralización, el castigo conserva su función comunicacional, puesto que la amenaza de sanción se dirige a todos los individuos, mientras que en el derecho penal del

enemigo, la condena es solo de conminación física “hasta llegar a la guerra” (p. 33).

Así mismo, el derecho penal del ciudadano coincide con el derecho penal del enemigo en que en ambos casos la coerción queda limitada en un doble sentido, a saber: primero, uno y otro conservan algunos derechos; segundo, el Estado ofrece a ambos la posibilidad de retorno a la juridicidad en el evento en que así lo quieran sin que sea necesario cambiar la medida impuesta al enemigo: coacción. En el derecho penal del ciudadano se mantiene la vigencia de la norma; mientras que el derecho penal del enemigo es combate de peligros. Explica Jakobs (2003) que de no obrar de esta manera se pondría vulnerar la seguridad de las demás personas (p. 48).

En cuanto a la tipología de delitos propios del derecho penal del enemigo, Jakobs (2003) presenta como ejemplos los siguientes: terrorismo, criminalidad económica, criminalidad organizada, delitos sexuales y conspiración para delinquir (el cual coincide con nuestro objeto de estudio). En estos delitos el individuo ha tomado la decisión de separarse de “manera duradera, al menos de modo decidido, del derecho, es decir, que no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona” (pp. 38-39). En efecto: “Un individuo que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios del concepto de persona” (pp. 40-41).

A partir de lo anterior, el ordenamiento jurídico puede proponer, tal y como aparece en este, normas penales que respondan, en su estructura interna, a tipos de peligro. Esto con el fin de poder adelantar la punibilidad a ámbito de la preparación, por otro lado, la pena se orienta “hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos” (Jakobs, 2003, p. 40). Señala que el derecho penal del enemigo es central para neutralizar esta clase de criminales, ya que de no hacerlo se corre el riesgo de permitir por omisión la destrucción del ordenamiento jurídico:

Por lo tanto, el Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes: puede ver en ellos personas que delinquen, personas que han cometido un error o individuos a los que hay que impedir

mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico. Ambas perspectivas tienen, en determinados ámbitos, su lugar legítimo, lo que significa al mismo tiempo que también pueden ser usadas en un lugar equivocado. (p. 47)

Así pues, para Jakobs (2003), quien no preste una seguridad cognitiva suficiente no puede esperar del Estado un trato distinto al derecho penal del enemigo o “guerra refrenada” (p. 42), en tanto es factible que al enemigo se le reconozca una personalidad potencial, de tal modo que en la lucha contra él no se puede sobrepasar la medida de lo necesario (p. 43). Concluye Jakobs que sería un error “demonizar aquello que aquí se ha denominado derecho penal del enemigo” (p. 48).

¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad

Jakobs (2006) da inicio a este escrito poniendo de presente una contradicción entre lo políticamente correcto y la realidad de las normas, dentro de esta tensión opta por lo segundo: es correcto ver en todo ser humano una persona y en toda persona un partícipe de la comunidad jurídica provisto de los derechos humanos; sin embargo, en el mundo jurídico no es así, ya que este establece los supuestos de cuando ello es o no posible (pp. 93-95). A continuación, procede a describir a quién el derecho vigente trata como enemigo, luego pronostica a quién se le impondrá en el futuro dicho adjetivo. De igual manera, refiere que el enemigo “debe ser entendido como adversario de la sociedad constituida en un régimen de libertades” (p. 104), esto es, en el Estado de derecho.

Como se mencionó al inicio del texto, Jakobs (2006) presenta un antagonismo entre quienes consideran que todo ser racional sin excepción es persona con derechos, independiente del contexto; sin embargo, observa que para ello es decisivo el comportamiento del sujeto, con este fin trae a colación el caso de Adolfo Hitler: “no creo que nadie ponga en duda la legitimidad del homicidio de aquel tirano mediante un atentado” de modo que “nada tiene que ver con tratarlo como persona en derecho se lo elimina en cuanto enemigo” (p. 95).

Lo que Jakobs quiere manifestar con el ejemplo es lo siguiente: desde los comportamientos propios del sujeto se determinan los presupuestos para tratarlo como persona o degradarlo a enemigo o no persona, lo último, a causa de la manera en que organiza su vida: “Que todos deban ser tratados como personas, esto, *per se*, no deja de ser un mero postulado” (Jakobs, 2006, p. 96) que realmente no acontece en la realidad. Jakobs (2006) ordena el postulado como sigue, en derecho todos deben ser tratados como persona bajo la condición de que “aquellos todos cumplan a su vez con sus deberes” o que a todos aquellos se “los tenga controlados, es decir, que no puedan resultar peligrosos”, en caso contrario, hay que combatirlos y tomar medidas preventivas (p. 96).

Para Jakobs (2006) ser persona en derecho implica dos cosas. Primero, participar en el contrato social, es decir, ser un actor con carácter colectivo; segundo, su actuación debe estar configurada por el derecho vigente, ya que es el que “ofrece orientación en el respectivo presente” (pp. 96-97). El autor continuó con las líneas que debe tener el derecho para que sea eficaz, a saber: normativo, plausible y fáctico:

Ha de comenzarse por los conceptos de persona y de vigencia del derecho. Siguiendo una larga tradición, la persona se concibe como portadora de derechos y deberes. Mencionaré respecto de la vigencia del derecho tres puntos de partida: (1) El derecho vigente es el trato entre personas fundamentado como correcto —pura normatividad—; (2) El derecho vigente es un trato entre personas que es susceptible de ser fundamentado como correcto o, al menos, como plausible, que es practicado a grandes rasgos —normatividad realizada—; (3) El derecho vigente consiste en las reglas del trato practicado a grandes rasgos entre los seres humanos —pura facticidad—. (pp. 97-98)

El siguiente punto abordado por Jakobs (2006), a partir de la teoría de sistemas, es el acoplamiento entre el individuo y ser persona, es decir, el soporte cognitivo o psíquico de la norma: “si éste [sic] sabe que una norma está fundamentada correctamente, sabe lo suficiente como para conocer su deber de cumplir la norma” (p. 99), de ahí, lo

importante de establecer la consecuencia de su desconocimiento para poder “proporcionar a la norma fuerza de orientación frente a todos”. Agrega, “Sin [sic] cimentación cognitiva, incluso [sic] una norma fundamentada de modo óptimo no regirá más en la realidad social que un deseo no vinculante” (p. 99). El resultado a obtener es fundar la fuerza de la norma dentro de los contactos sociales, es asegurar su función orientadora en la realidad social.

Por ejemplo: “nadie confía a un notorio defraudador la tesorería, [sic] y nadie a un pedófilo notorio [sic] el cuidado de niños” (Jakobs, 2006, p. 102). De igual modo, sucede con la legítima defensa que permite reaccionar contra el agresor antijurídico de manera proporcional al ataque: “La agresión antijurídica, en cuanto desencadenante de la facultad de legítima defensa, genera el caso radical de una expectativa normativa que actualmente ya no orienta”. Continúa explicando que en estos eventos es “lícito heteroadministrar al agresor —lo que contradice su condición de persona—, pero, a su vez, ello solo [sic] teniendo en cuenta su personalidad, de por sí [sic] concurrente”, a pesar de ello, la respuesta en contra del infractor se debe dar “sólo [sic] en el marco de lo necesario” (Jakobs, 2006, p. 102).

Para Jakobs (2006) la personalidad no puede ser prolongada de forma infinita hacia lo contrafáctico, el infractor puede ser heteroadministrado, lo que se traduce en una disminución de su personalidad (p. 102). Es así como: “su condición de persona se ve conmovida por su delito”, sin embargo, declara que con la imposición de la pena se puede retornar a la calidad de persona: “El delincuente sigue siendo persona en derecho” (p. 102), a pesar de su puntual hecho criminal.

Sin embargo, existen notables diferencias con la persona que se ha transformado en enemigo, por ejemplo, cuando decide vincularse de modo permanente con estructuras criminales solidificadas, criminalidad económica, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas. En esos eventos desaparece el presupuesto de persona en derecho (Jakobs, 2006, pp. 104-105).

Jakobs (2006), basándose en lo expuesto, cree que quien quiera ser tratado como persona debe garantizar con suficiencia su fidelidad al sistema jurídico, por el contrario, quien no lo haga será heteroadministrado, desposeído de sus derechos, lo que significa ni más ni menos

no ser considerado como persona en derecho (p. 106). Por eso, para Jakobs (2006) “el enemigo queda excluido de algunos de sus derechos” (p. 107), ya que este puede ser “no necesariamente un enemigo total; cuando no es el caso, será un enemigo parcial” (p. 105). Aclara el autor que es la sociedad la que decide a quien incluye o excluye, sin embargo, esta expulsión no se puede apartar de la propia realidad:

Una sociedad que realmente acontece no puede prescindir de una exclusión más o menos amplia de sus adversarios recalcitrantes. Sin embargo, el derecho penal del enemigo sigue siendo derecho en la medida en que vincula a su vez a los ciudadanos, más exactamente, al Estado, sus órganos y funcionarios en la lucha contra los enemigos. Lo que sucede es que el derecho penal del enemigo no es una regulación para la aniquilación ilimitada, sino, en un Estado de derecho administrado con inteligencia, una última *ratio* que es aplicada conscientemente en cuanto excepción, como algo que no es idóneo para su uso permanente. (p. 107)

Lo que quiere afirmar Jakobs es esto: la sociedad tiene el derecho de reaccionar en contra de sus detractores; no obstante, este rechazo no puede ser de exterminio o exceso. En términos de Jakobs (2006), el derecho penal del enemigo parte de reconocer al autor como un delincuente hostil permanentemente peligroso por actitud o por acción, por tanto, se puede a través de la pena anticiparse a la comisión de un acto ilícito, esto es, a actuaciones preparatorias, incluso, con medidas de aseguramiento, como sucede con los miembros de una asociación delictiva (p. 109).

Ello para garantizar, más que la vigencia de la norma, la seguridad y protección de la sociedad frente a riesgos socialmente intolerables (Jakobs, 2006, p. 113). En términos prácticos, la autodefensa social se puede dar mediante una custodia de seguridad, o bien, a través de una pena de encarcelamiento o de encierro extensa que garantice la neutralización del autor (Jakobs, 2006, p. 112).

Queda expuesto de manera muy amplia los presupuestos teóricos que desarrollan el concepto del *derecho penal del enemigo* en la obra de Jakobs; demostrando estos que van desde la ampliación de tipos

penales de peligro, como lo es el concierto para delinquir, hasta las estructuras de imputación, que en la lógica amigo-enemigo permiten una flexibilización de garantías que hagan más segura la aplicación del derecho o la vigencia de la norma.

Aspectos político criminales del delito de concierto para delinquir (art. 340 de la Ley 599 de 2000)

Abordar el delito de concierto para delinquir en el contexto colombiano, desde la política criminal, implica asumir que esta es uno de los medios que se emplea para ejercer control de la colectividad, tal y como explica Foucault (1979), esta pretensión ha existido desde el origen del Estado moderno:

Yo diría que Bentham es el complemento de Rousseau. ¿Cuál es, en efecto, el sueño rousseauniano que ha animado a tantos revolucionarios? El de una sociedad transparente, visible y legible a la vez en cada una de sus partes; que no existan zonas oscuras, zonas ordenadas por los privilegios del poder real o por las prerrogativas de tal o cual cuerpo, o incluso, por el desorden; que cada uno, desde el lugar que ocupa, pueda ver el conjunto de la sociedad. (Foucault, 1979, p. 15)

Si se fuera a definir el control social, se entendería en términos de Cohen (1988). El autor muestra el dominio de la sociedad como la forma organizada en que esta reacciona ante sujetos y comportamientos percibidos como amenazantes, problemáticos, indeseables, peligrosos o desviados. Aquellos se refutan con el castigo, disuasión, tratamiento, prevención, segregación, justicia, resocialización, reforma o defensa social; por medio de jueces, policías, asistentes sociales, psiquiatras, psicólogos, criminólogos o sociólogos de la desviación. Por último, el conglomerado social capta como monstruos, bobos, villanos, enfermos o rebeldes a quienes se les impone la respuesta (p. 15).

Pasemos a desarrollar de una manera más amplia dicho concepto:

Concepto de política criminal

El sentido de la política es administrar los asuntos públicos desde el punto de vista de las funciones asignadas a cada una de las agencias del Estado. Una de esas formas de expresión es la política criminal. Von Liszt (1916) define la política criminal como el “contenido sistemático de principios fundados por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena para la lucha contra el delito, por medio de la pena y de sus formas de ejecución” (p. 62). Von Hippel (1925) la explica como “consideración de la eficacia del derecho penal bajo el criterio de la conveniencia” (citado en Zipf, 1979, p. 3).

Por otra parte, Borja Jiménez (2011) determina la política criminal en dos sentidos. El primero, la Política Criminal con mayúscula cuando el término se refiera a una rama del saber para estudiar la deontología que debiera seguir la legislación penal; el segundo enfoque es la política criminal con minúscula, esto es, como práctica:

Aquel conjunto de medidas y criterios de carácter jurídico, social, educativo, económico y de índole similar, establecidos por los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal con el fin de mantener bajo límites tolerables los índices de criminalidad en una determinada sociedad. (Borja Jiménez, 2011, p. 10)

Otra proposición dada, pero desde la doctrina nacional, es la propuesta por Grosso (1999), quien define la política criminal como la manera en que “se ejerce el poder en relación con el fenómeno criminal, actividad está que se realiza en un doble sentido: como definición y como respuesta” (p. 15). Para el autor, ante un porcentaje de violencia social creada por las actividades del Estado, se reacciona con la fuerza del poder sancionatorio y es precisamente esta violencia la que contribuye a la realidad criminógena (p. 17).

La última aproximación que se citará es la propuesta por la Corte Constitucional, guardiana de la juridicidad en Colombia, quien en Sentencia C-646 de 2001 definió el concepto de *política criminal*. Esta acepción fue acogida por la Comisión Asesora para el Diseño de la Política Criminal del Estado Colombiano, entidad creada mediante

Resolución 0286 del 15 de febrero de 2011, del Ministerio del Interior y de Justicia. Por su nivel de importancia se transcribe tal cual:

Es esta el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole. Puede ser social, como cuando se promueve que los vecinos de un mismo barrio se hagan responsables de alertar a las autoridades acerca de la presencia de sucesos extraños que puedan estar asociados a la comisión de un delito. También puede ser jurídica, como cuando se reforman las normas penales. Además, puede ser económica, como cuando se crean incentivos para estimular un determinado comportamiento o desincentivos para incrementarles los costos a quienes realicen conductas reprochables. Igualmente, puede ser cultural, como cuando se adoptan campañas publicitarias por los medios masivos de comunicación para generar conciencia sobre las bondades o consecuencias nocivas de un determinado comportamiento que causa un grave perjuicio social. Adicionalmente, pueden ser administrativas, como cuando se aumentan las medidas de seguridad carcelaria. Inclusive, pueden ser tecnológicas, como cuando se decide emplear de manera sistemática un nuevo descubrimiento científico para obtener la prueba de un hecho constitutivo de una conducta típica. (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-646, 2001)

A partir de los conceptos expuestos, se puede inferir que hay una íntima relación entre política, derecho y las tres instancias de criminalización que se conocen. La primera, el momento de configurar la ley penal. Esta se entiende como criminalización primaria o selectividad del sujeto o población a criminalizar; la segunda, la criminalización secundaria, que es la oportunidad en que las agencias o el aparato estatal escogen, dentro de la persecución, a los individuos determinados en la primera instancia para judicializar y sentenciar; la tercera,

la criminalización terciaria o estadio de ejecución penal. Desde estas instancias de criminalización legislativa, jurisdiccional y ejecución penitenciaria, se va a abordar el tratamiento de la conducta de concierto para delinquir. El diccionario de la Real Academia Española (RAE, 2020) trae dentro las acepciones del término *concierto* el siguiente: “ajuste o convenio entre dos o más personas sobre algo”. Véase a continuación su descripción.

El delito de concierto para delinquir en el proceso legislativo

Con respecto al abordaje legislativo de la conducta de concierto para delinquir, se tiene en Colombia una larga tradición. A través de la historia, el sentido de este concepto ha sido el siguiente:

- Código Penal de 1837 de la Nueva Granada, expedido el 27 de junio, el cual consta de 918 disposiciones. En los artículos 277 al 284 del capítulo VI, del título IV, instituyó el delito de cuadrilla de malhechores a partir de la asociación de cuatro o más personas, para proteger la tranquilidad y el orden público. De igual manera, determinó como pena para los jefes, directores o promotores, la sanción de dos a seis años de trabajo forzado y los demás cuadrilleros tendrán el mismo castigo, pero rebajado de uno a cuatro años. A los cómplices que suministren armas, municiones u otros instrumentos o les diesen acogida o les facilitasen lugar de reunión o seguridad, soportarían la pena de prisión de ocho meses a tres años. Si de cuatro a más cuadrilleros manejaran armas, la pena a imponer se duplica y cuando el grupo de cuadrilleros sea igual o superior a veinte y entre ellos tengan mínimo diez armas, el delito muta al de sedición, estipulado en los artículos 238 al 241 de dicha ley. En la sedición la pena para los jefes, directores o promotores es la muerte y, para los demás sediciosos, la sanción es de 12 a 16 años de trabajo forzado y para los cómplices, el castigo es de dos a diez años de trabajo forzado.

- Código Penal de los Estados Unidos de Colombia, creado por la Ley 112 del 26 de junio del año 1873. En los artículos 210 al 217 del capítulo VI, del título III, mantuvo tal cual la denominación y requisitos para la conducta punible mencionada, así como el manejo de la autoría y la complicidad, en este caso, para proteger la paz y el orden interior. La variación se halla en las consecuencias punitivas para cada uno de ellos: para los jefes, directores o promotores se pasa de la sanción de trabajo forzado a la pena de prisión de uno a tres años; los demás autores responden por la misma sanción de los jefes, pero disminuida a la mitad; a los cómplices, el castigo a imponer es la pena de presidio de seis a doce meses. Por otro lado, el delito de sedición con armas (art. 185 y ss.) en lo que refiere al castigo para los jefes, directores o promotores, deja de ser de pena de muerte y cambia a una pena de prisión por seis años, de igual manera a los demás cuadrilleros se les considera autores principales cuya pena de presidio sería de uno a cuatro años. Es de indicar que quienes proporcionen voluntariamente armas, caudales, pertrechos, municiones, y cualquier otro aporte necesario para llevar a cabo la sedición son tratados como autores principales. Los cómplices serán sancionados con una pena de presidio de uno a cuatro años.
- Código Penal de 1890, expedido por medio de la Ley 19 del 18 de octubre de 1890 bajo la Constitución de 1886. Los artículos 248 a 255 del capítulo sexto, del título III, se dedican a la conducta punible de cuadrillas de malhechores. Este delito existe a partir de la asociación de cuatro o más sujetos. El legislador buscó proteger la tranquilidad y el orden público. En lo que tiene que ver con la pena de prisión para los jefes, directores o promovedores, el castigo consagrado oscila entre dos a cinco años de presidio, a los demás cuadrilleros se le impondría una pena de prisión de uno a tres años. Por otro lado, al cómplice que suministre “armas, municiones u otros instrumentos o les diere avisos o acogida o les facilitare lugar de reunión o de

seguridad, será castigado, por este solo hecho, con la pena de presidio por uno a dos años” (Ley 19, 1890, art. 258). En este código desaparece el reenvío normativo al delito de sedición, tal y como lo ordenaban los códigos anteriores.

- Código Penal de 1922, propuesto por José Vicente Concha y aprobado en el Congreso de la República bajo la Ley 109 del 27 de diciembre de 1922, pero jamás entró en vigencia en el territorio colombiano. En su artículo 210 del capítulo segundo, del título octavo, se estableció el hecho punible de asociación de malhechores con el fin de proteger el orden público. El tipo base se presenta cuando cinco o más personas se asocien para cometer delitos. En este evento, la ley penal estipuló una pena de prisión para cada uno de los autores de ocho a cuarenta meses; en el supuesto en que uno de los asociados sea jefe, la pena para este oscila entre dos a ocho años. El delito se puede agravar cuando dos de los malhechores porten armas o las guarden en un depósito. Para este suceso, el castigo consagrado fue de dos a seis años de presidio y para el jefe de los malhechores, en caso de que exista, la pena fue tasada entre tres a ocho años de prisión. Tanto en la asociación de malhechores base como en el agravado a los autores, se les impondrá como sanción la vigilancia de las autoridades.
- Código Penal de 1936, creado por la Ley 95 del 24 de abril del mismo año. El código inició su vigencia el 1.º de julio de 1938, tal y como lo estipuló el artículo 13 de la Ley 124 de 1937. En su artículo 209 del título V se estableció el hecho punible de asociación e instigación para delinquir y de la apología del delito. Como se puede observar, la ley penal reemplazó la denominación *asociación de malhechores* por la de *asociación para delinquir*. La figura demanda, como requisito de existencia, la asociación de tres o más personas para cometer delitos de manera permanente. Para los autores, en general, se estipuló un castigo de prisión de uno a tres años y para el autor

jefe o director de la asociación la pena fue aumentada hasta una tercera parte.

El artículo 209 fue modificado por el Decreto 2525 del 21 de octubre de 1963. Este suprimió el requisito de ánimo de permanencia consagrado en la Ley 95 de 1936. El tipo quedó redactado de la siguiente forma: “Cuando tres o más personas se asocien con el propósito de cometer delitos...” (Decreto 2525, 1963, art. 3). De igual manera, aumentó las penas de cinco a catorce años. Para los promotores, organizadores, jefes o directores de la asociación, subió la pena en una tercera parte a la mitad. Así mismo, al encubridor que diere refugio o auxiliare en cualquier forma a alguna o a algunas de las personas que participen en la asociación se podrá imponer pena de dos a cuatro años.

- Decreto 100 del 23 de enero de 1980. El 20 de febrero de 1980, el presidente de la República, Julio César Turbay Ayala, expidió el Decreto 100 de 1980, medio por el cual expide el nuevo Código Penal colombiano. Este fue dado dentro del estado de sitio. Hay que recordar que esta creación normativa fue posible gracias a la Ley 5 del 24 de enero de 1979 en concordancia con el artículo 76 de la Constitución nacional de 1886. El artículo 186 del capítulo primero, del título quinto del Decreto 100 de 1980, instituyó por primera vez en el ordenamiento jurídico colombiano la conducta punible de concierto para delinquir, incluyendo en este capítulo el terrorismo y la instigación. Esto con el propósito de proteger la seguridad pública. La redacción fue la siguiente: “Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delito...” (Decreto 100 de 1980, art. 186). Con el decreto desaparece de la legislación penal colombiana el requisito de existencia del número de personas estipulado en los anteriores códigos, generando con ello confusión entre esta figura delictual y el manejo de la coautoría. La pena a imponer a los autores por el concierto oscila entre tres a seis años. De igual manera, se estipuló para los que promuevan, encabezen o dirijan el concierto, un aumento de pena en una tercera parte.

Es preciso señalar que en el año de 1988 y bajo estado de sitio, el entonces presidente de la República de Colombia, Virgilio Barco Vargas, complementó el Código Penal y el Código Procesal Penal con el Decreto 180 del 27 de enero del mismo año. Esto para contrarrestar los punibles de terrorismo y el narcotráfico. En relación con el concierto para delinquir, la norma adicionó en el artículo 7 a los siguientes grupos de personas: sicarios o miembros de una organización terrorista. Estableció un castigo de prisión entre diez y quince años. La pena se aumenta en una tercera parte para quien promueva, encabece o dirija este delito.

Por otro lado, en vigencia de la Constitución Política de 1991 y a través del Decreto Ley 1370 del 16 de agosto de 1995, se declaró el estado de conmoción interior en todo el territorio colombiano, entonces, el Ejecutivo aprovechó este momento para implementar medidas que combatieran la criminalidad organizada a partir del Decreto 1371 del 16 de agosto de 1995. Bajo tal decreto modificó la conducta de concierto para delinquir, en su artículo 2 estipuló que quien “conforme, promueva, financie, dirija o encabece concierto para delinquir o una empresa o asociación organizada y estable para cometer delitos...” tendrá una pena entre treinta a cincuenta años de prisión. Hay que decir que este decreto fue declarado inexecutable con la Sentencia C-488 de 1995, cuyo magistrado ponente fue José Gregorio Hernández Galindo.

Además, el tipo penal fue complementado con la Ley 365 del 21 de febrero de 1997. La norma en el artículo 8 adicionó una circunstancia de agravación para los eventos en que la estructura criminal pretenda realizar conductas como terrorismo, narcotráfico, secuestro extorsivo, extorsión o para conformar escuadrones de la muerte, grupos de justicia privada o bandas de sicarios. El castigo a imponer oscila entre diez a quince años de presidio. Así mismo, aumentó la punibilidad del doble al triple para los autores que organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto para delinquir.

Después la Ley 589 de 2000 adicionó en su artículo 4 a los autores que concurren organizadamente para llevar a cabo los punibles de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley. La pena a imponer va entre diez a quince años de prisión.

- Código Penal de 2000. Expedido bajo la Ley 599 del 24 de julio de 2000, para ese momento constaba de 473 artículos y cobró vigencia un año después de su promulgación hasta el día de hoy. La ley incluyó en el artículo 340 del capítulo I, del título XII, la conducta de concierto para delinquir al lado del terrorismo, las amenazas y la instigación, para proteger la seguridad pública:
 - Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de tres (3) a seis (6) años.
 - Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, narcotráfico, secuestro extorsivo, extorsión o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, la pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de dos mil (2000) hasta veinte mil (20 000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.
 - La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto o la asociación para delinquir (Ley 599, 2000, art. 340).

La conducta de concierto para delinquir ha sido objeto de cuatro modificaciones: primero, la Ley 733 del 29 de enero del 2002 en su artículo 8 agregó a la lista de conductas que agravan el concierto para delinquir los fines de secuestro simple, lavado de activos, testaferrato y conexos. Segundo, la Ley 1121 del 29 de diciembre de 2006 en su artículo 19 sumó al concierto para delinquir la siguiente agravación a la finalidad: financiamiento del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas. De igual manera, aumentó para todos los delitos fin agravados el aumento de la punibilidad entre ocho a dieciocho años.

Tercero, en la Ley 1762 del 6 de julio de 2015, el legislador penal con el propósito de prevenir, controlar y sancionar el contrabando, el lavado de activos y la evasión fiscal añadió en su artículo 12 al concierto para delinquir, artículo 340 de la Ley 599 del 2000, las siguientes cinco conductas finales: ilícito aprovechamiento de los recursos naturales renovables, contaminación ambiental por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo, explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales, delitos contra la administración pública o que afecten el patrimonio del Estado. Estipuló un castigo de prisión de seis a doce años.

Cuarto, en la Ley 1908 del 9 de julio del 2018, el Congreso de la República, con el propósito de fortalecer la investigación y judicialización de organizaciones criminales, adicionó el aumento de pena de prisión para el concierto simple que pasó de poseer 36 a 72 meses a tener de 48 a 108 meses; de igual manera, en su artículo 3 agregó al delito de concierto para delinquir las siguientes dos conductas finales: financiamiento de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades de grupos de delincuencia organizada. El legislador penal en el artículo 1 definió el grupo delictivo organizado (GDO) como

El grupo estructurado de [sic] tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la Convención de Palermo, [sic] con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

Explica el legislador penal que los delitos que cometa el GDO pueden ser de naturaleza transnacional o de aquellos que se encuentran consagrados en la legislación penal nacional. La pena para el inciso 2 del concierto para delinquir agravado quedó estipulada entre ocho a dieciocho años de prisión. De igual manera, agrega al servidor público que tendrá un aumento de pena a la mitad cuando este organice, fomente, promueva, dirija, encabece, constituya o financie el concierto para delinquir (Ley 1908, 2018).

Por último, la Ley 1908 de 2018 adicionó al artículo 340 un tercer inciso con cinco conductas fin: contrabando, contrabando de hidrocarburos y sus derivados, fraude aduanero, favorecimiento y facilitación del contrabando, favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados con una sanción de prisión que fluctúa entre seis a doce años (Ley 1908, 2018, art. 340).

Para terminar este repaso histórico legislativo, se puede afirmar que la conducta de concierto para delinquir se ha vuelto para el Congreso de la República y el Gobierno ejecutivo en una especie de caja de herramientas que ha ayudado a inflar el campo de lo proscrito con pena para responder a una permanente emergencia en el manejo de la seguridad pública.

El delito de concierto para delinquir en el proceso judicial

Para el planteamiento de criminalización secundaria o jurisdiccional se hará un acercamiento a partir de los informes de gestión de la Fiscalía General de la Nación perteneciente a los años (2010-2015; 2017-2019), así mismo de un informe de la Corporación Excelencia en la Justicia con fecha de 2010. Por otra parte, se traerá el manejo que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha dado a la conducta de concierto para delinquir.

- Informes de gestión de la Fiscalía General de la Nación (FGN). Primero, el fiscal general de la Nación (e), Guillermo Mendoza Diago, presentó los resultados de gestión correspondiente al periodo de agosto de 2009 a diciembre de 2010. La Unidad Nacional contra Bandas Emergentes logró formular 250 escritos de imputación de cargos y obtuvo 154 sentencias condenatorias en contra de los cabecillas del grupo delincuenciales denominado Los Mondongueros y de la banda criminal Los Paisas (FGN, 2010, p. 80).

Segundo, la entonces fiscal general de la Nación, Viviane Morales Hoyos, dio a conocer los resultados del 2011. La Unidad Nacional de Fiscalías contra las bandas emergentes (Bacrim) logró 961 escritos

de imputación de cargos, de ellos 908 fueron por el delito de concierto para delinquir, y obtuvo 154 sentencias condenatorias contra los cabecillas de los Rastrojos y los Urabeños (FGN, 2012, pp. 51-52).

Tercero, el entonces fiscal general de la Nación, Eduardo Montealegre Lynett, presentó el producto de su administración entre abril de 2012 a marzo de 2013. El fiscal general creó la Unidad de Análisis y Contextos (UNAC) o (Dirección Nacional de Análisis y Contextos)² conformada por 64 profesionales en derecho, política, economía, historia, psicología, filosofía y antropología, entre otros, para que gestarán e implementarán un nuevo sistema de investigación penal de selección y priorización de casos de la macrocriminalidad (FGN, 2013, p. 18). Por ejemplo, el priorizado de concierto para delinquir, inciso 2, en contra de directivos y miembros del Fondo Ganadero de Córdoba por apoderarse de manera ilegal de tierras en Córdoba y el Urabá antioqueño (FGN, 2013, pp. 21-22).

Por otro lado, la Unidad Nacional de Fiscalías Delegadas contra las Bandas Emergentes dio a conocer los siguientes resultados para el periodo comprendido entre el 1.º de abril de 2012 al 31 de enero de 2013: de las 1756 personas a las que la unidad les formuló imputación de cargos por el delito de concierto para delinquir, inciso 2, 756 terminaron con sentencia condenatoria. De estos sujetos, 89 eran cabecillas de organizaciones y bandas criminales, incluyendo jefes militares y financieros de Los Rastrojos, Los Urabeños y las Nuevas Autodefensas Nortesantandereanas (FGN, 2013, p. 107).

De igual manera, Eduardo Montealegre Lynett presentó un informe de gestión del mes de abril de 2013 a corte de febrero de 2014. La UNAC avanzó en la investigación penal de diez temáticas priorizadas, adelantando la construcción de 11 macrocontextos y 45 microcontextos de situaciones delimitadas que permitieron la imputación de cargos por el delito de concierto para delinquir a 13 máximos responsables, inciso 2 (FGN, 2014, p. 60). Entre los casos de connotación presentados de la UNAC, se encuentra el de despojadores de tierras en la finca las Tulapas en la región de Urabá con dos notarios, un exfuncionario

2 Contemplada en el Decreto 016 de 2014.

del Incora, así como los miembros de la junta del Fondo Ganadero de Córdoba y su asesor jurídico para el momento de los hechos. Luego, La Unidad Nacional de Fiscalías Delegadas contra las Bandas Emergentes presentó como resultados positivos: 2023 imputaciones de cargo por el delito de concierto para delinquir, inciso 2, del artículo 340 de la Ley 599 de 2000. Las organizaciones más afectadas con estas actuaciones fueron los Urabeños con 752 y los Rastrojos con 684; de estas se obtuvieron 617 sentencias condenatorias, dentro de las cuales se encuentran 353 en contra de cabecillas de orden municipal, regional y nacional (FGN, 2014, pp. 117-118).

Así mismo, Eduardo Montealegre Lynett dio a conocer los resultados de su gestión de 2014 a corte de febrero de 2015. La UNAC informa sobre los resultados contra los funcionarios de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) que corresponden al carrusel de devoluciones del IVA: 25 funcionarios imputados por el delito de concierto para delinquir, inciso 2, del artículo 340 de la Ley 599 de 2000, de los cuales se tienen 12 condenados por allanamiento y 13 de ellos en la etapa de juicio; así mismo, 75 particulares entre empresarios y revisores con imputación de cargos, de esos 39 condenados por allanamiento, condenados en juicio 19 y con condena pendiente 27 (FGN, 2015, p. 18). A continuación, La Unidad Nacional de Fiscalías Delegadas contra las Bandas Emergentes presentó 1898 imputaciones de cargos por el delito de concierto para delinquir agravado referido en el inciso 2 del artículo 340 de la Ley 599 de 2000. Esto de 2185 radicadas ante el juez de control de garantías en un periodo comprendido entre el 1.º de abril de 2014 y el 28 de febrero de 2015 (FGN, 2015, p. 55). Las organizaciones criminales afectadas con estas decisiones fueron: el Clan Úsuga con 920 imputados, Los Rastrojos con 295 y otras, 970. En términos generales, la unidad obtuvo 870 sentencias condenatorias, más de 1105 sentencias con preacuerdos, así como 220 allanamientos a cargos de imputación. Con un total de 2195 sentencias desfavorables para las bandas criminales (FGN, 2015, p. 55).

Por último, el fiscal general de la Nación, Eduardo Montealegre Lynett, presentó los resultados finales de su periodo (2012-2016). Del informe de gestión se rescata la caracterización del crimen organizado de acuerdo con el tamaño e influencia. La FGN diferencia tres tipos

de organizaciones: la primera es la de tipo A, esta estructura opera en varios departamentos del país; la segunda, tipo B, tiene presencia en varios municipios de un departamento; la tercera, tipo C, alude a combos y pandillas circunscritas a un barrio o sector. La Unidad Nacional de Fiscalías Delegadas contra las Bandas Emergentes investiga a las organizaciones criminales tipo A y B, mientras que las de tipo C son judicializadas por la Dirección de Fiscalías Seccionales y de Seguridad Ciudadana (FGN, 2016, p. 148).

La FGN tiene identificadas cuatro organizaciones criminales tipo A: Clan Úsuga, Los Rastrojos, Libertadores del Vichada y Bloque Meta. Así como las siguientes organizaciones tipo B: diez oficinas de cobro, los Rudos, los Botalones, la Empresa, la disidencia del EPL, los Costeños, los Pachenka, la Cordillera, la Construy y los Caqueteños; de igual manera, diez (10) Organizaciones Delincuenciales Integradas al Narcotráfico (ODIN): los Chatas, Picacho, Robledo, los Triana, San Pablo, Caicedo, la Sierra, la Terraza, la Unión y Trianón (FGN, 2016, p. 149).

Por su parte, La Dirección Nacional de Seccionales y Seguridad Ciudadana ha identificado 2564 organizaciones delictivas tipo C. Las imputaciones de cargos y sentencias condenatorias obtenidas por el delito de concierto para delinquir agravado referido en el inciso 2 del artículo 340 de la Ley 599 de 2000 durante este cuatrienio son: para el año 2013 se presentaron 16 685 imputaciones de cargo y se obtuvieron 7688 condenas; para el año 2014 se alcanzaron 32 662 formulaciones de imputaciones de cargos y se lograron 16 375 sentencias condenatorias; en el año 2015 se solicitaron 17 200 escritos de imputación de cargos y se llegaron a alcanzar 10.26 condenas (FGN, 2016, pp. 157-158).

En este mismo sentido, en el cuarto Informe de Rendición de Cuentas del fiscal general, Néstor Humberto Martínez Neira, para el tiempo comprendido entre julio de 2017 y agosto de 2018, se presentaron los siguientes resultados favorables en cabeza de la Dirección Especializada contra las Organizaciones Criminales (actividad criminal de las organizaciones tipo A —Grupos Armados Organizados [GAO]— y tipo B —Grupos Delictivos Organizados [GDO]—), así como de la Unidad Delegada para la Seguridad Ciudadana, que está en contra de organizaciones criminales tipo C (Grupos de Delincuencia Común Organizada [GDCO]): se profirieron 1990 sentencias condenatorias contra miembros de organizaciones

criminales debido al delito de concierto para delinquir agravado referido en el inciso 2 del artículo 340 de la Ley 599 de 2000. De estas, 1195 pertenecen a Grupos Armados Organizados, 403 a Grupos Delictivos Organizados, 307 a Grupos de Delincuencia Común Organizada y 53 a Grupos Armados Organizados Residuales (FGN, 2018, p. 9).

Por otro lado, el entonces fiscal general conformó el Mecanismo de Articulación Interinstitucional contra el Crimen Organizado (MAICO) y durante el periodo 2017-2018 la Dirección Especializada contra las Organizaciones Criminales tipo A y B reportó como positivo 120 formulaciones de imputación de cargos por el delito de concierto para delinquir agravado referido en el inciso 2 del artículo 340 de la Ley 599 de 2000 en contra de grupos armados organizados de Tumaco, llanos orientales, Cauca y Antioquia; así como 182 textos de imputación por el mismo delito en contra de grupos armados organizados (los Puntilleros, los Pelusos y el Clan del Golfo); de igual manera, en contra de grupos de delincuencia organizada (oficina de cobro DIMAX, ODIN la Terraza, ODIN Triana, ODIN Robledo, ODIN Caicedo, ODIN Picacho, ODIN San Pablo, ODIN las Chatas, los Caqueteños, Pachenca, Los Rastrojos, la Construcción, la Cordillera, los Paisas) 143 escritos de imputación de cargos por el delito de concierto para delinquir agravado referido en el inciso 2 del artículo 340 de la Ley 599 de 2000 (FGN, 2018, p. 17).

Igualmente, la Dirección Especializada contra las Organizaciones Criminales, por fuera de MAICO, logró en contra de grupos armados organizados (GAO): 710 capturas e imputación de cargos por el delito de concierto para delinquir agravado referido en el inciso 2 del artículo 340 de la Ley 599 de 2000; así como, 771 grupos delictivos organizados por el mismo punible (FGN, 2018, p. 18).

En relación con los resultados presentados por la Unidad Delegada para la Seguridad Ciudadana, en contra de organizaciones criminales tipo C [grupos de delincuencia Común Organizada (GDCO)], se tiene que, primero, logró judicializar a miembros de 1804 organizaciones criminales que afectaban la seguridad ciudadana en 344 municipios; segundo, en este contexto la unidad delegada reportó la captura de 12 540 personas pertenecientes a organizaciones delictivas, de las cuales 10 273 fueron contenidas con formulación de imputación de cargos

y medida de aseguramiento por el delito de concierto para delinquir agravado referido en el inciso 2 del artículo 340 de la Ley 599 de 2000 (FGN, 2018, p. 19).

De igual modo, Néstor Humberto Martínez Neira presentó informe de su periodo de fiscal general de la Nación (2016-2019). La descripción de este se hará sin tener en cuenta los datos ya reportados en el informe de la vigencia 2017-2018.

En lo relacionado con el delito de concierto para delinquir agravado referido en el inciso 2 del artículo 340 de la Ley 599 de 2000, el fiscal general detalla que la Dirección Especializada contra las Organizaciones Criminales en la Operación Fortaleza logró la judicialización de 111 cabecillas que operan en Yarí y Llanos Orientales, Urabá antioqueño, chochoano y cordobés, y en la región del Catatumbo (FGN, 2019, p. 79). Además, reporta que bajo la estrategia las Fuerzas Articuladas contra el Crimen Organizado (FACON) se logró la captura e imputación de cargos contra 424 miembros de grupos armados organizados (GAO); y la de 132 individuos que formaban parte de grupos de delincuencia organizada (GDO) (FGN, 2019, p. 82).

Se debe agregar que la Dirección Especializada contra las Organizaciones Criminales, por fuera de MAICO, FACON y de la Operación Fortaleza, logró la imputación de cargos por el punible de concierto para delinquir agravado, referido en el inciso 2 del artículo 340 de la Ley 599 de 2000, de 170 personas pertenecientes a grupos armados organizados; así como, 66 Grupos Delictivos Organizados en calidad de cabecillas (FGN, 2019, p. 87). Por último, se informa que la dirección logró 1274 sentencias condenatorias para un total de 3264 en contra de estas organizaciones durante el tiempo de su operatividad (FGN, 2019, p. 88).

Sobre la Unidad Delegada para la Seguridad Ciudadana, que está en contra de organizaciones criminales tipo C (grupos de delincuencia común organizada [GDCO]), se tiene que, primero, logró judicializar a miembros de 1590 organizaciones criminales que afectaban la seguridad ciudadana en 344 municipios. Y, segundo, en este contexto la unidad delegada reportó la captura de 10 536 personas pertenecientes a organizaciones delincuenciales, de las cuales 9027 fueron contenidas con formulación de imputación de cargos y medida de aseguramiento

por el delito de concierto para delinquir agravado referido en el inciso 2 del artículo 340 de la Ley 599 de 2000 (FGN, 2018, p. 90).

Otro informe relacionado con el delito de concierto para delinquir es el que fue presentado por la Corporación Excelencia en la Justicia con fecha de diciembre de 2010 y como balance de los primeros cinco años de funcionamiento del sistema penal acusatorio en Colombia. De acuerdo con la corporación, entre enero de 2005 a diciembre de 2009 se condenaron 1238 personas por el punible de concierto para delinquir (p. 58).

Sin duda el delito de concierto para delinquir, en el marco del proceso de criminalización secundaria, apoyado en los informes abordados especialmente por parte de la FGN, demuestra que tiene un tratamiento propio de delito de alto impacto; esto por la doble condición de su exagerada repetición en el contexto territorial, así como su preminencia por la vinculación con las bandas criminales conocidas también como BADCRIM, o lo que también podría llamarse, desde otra perspectiva, como aparatos organizados de poder; por los que el Estado debe mostrar no solo preocupación, sino resultados en forma permanente.

Tratamiento de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, a la conducta de concierto para delinquir

En este apartado se abordará la conducta del concierto para delinquir desde la descripción del contexto como es el caso, del estudio minucioso que hace la entidad sobre dos fenómenos que se conocen socialmente como parapolítica³ y el Cartel de Medellín⁴ con la intención de

3 El nombre con el que se conoce al escándalo político desatado en Colombia a partir de 2006 por la revelación de los vínculos de políticos con paramilitares con posterioridad al proceso de desmovilización que adelantaron varios de los grupos que conformaban las Autodefensas Unidas de Colombia. En Colombia se llama paramilitares a los grupos armados ilegales de extrema derecha que se autodenominan como autodefensas y que están generalmente ligados al narcotráfico.

4 Red organizada de proveedores de drogas y contrabandistas, originaria de la ciudad de Medellín.

hacerse a un panorama del alcance y pretensiones de estos dos aparatos organizados de poder por crear un estado de autodefensas o una república independiente, a lo que se responde con el derecho penal como instrumento de control social. Estas estructuras al margen de la ley oscilan entre delinquentes de cuello blanco, grupos armados organizados, grupos de delincuencia organizada y criminalidad ordinaria. De igual manera, se presentará la delimitación de los elementos del delito ampliamente explicados por la Sala Penal a lo largo del conjunto de sentencias analizadas.

A. Descripción de la parapolítica

A lo largo y ancho del territorio colombiano y desde hace décadas ha habido grupos armados ilegales, entre estos, las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), constituidas por bloques.

Narra la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (CSJSP), que el Bloque Norte de las Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá, comandado por Rodrigo Tovar Pupo, alias Jorge 40, incurrió en la región de la costa Atlántica y, de manera significativa, en el departamento del Magdalena donde impuso con violencia su voluntad sobre la población allí asentada (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 26470, 2008). La CSJSP menciona, de acuerdo con la declaración de un testigo⁵, que alias Jorge 40 en el 2000 tomó la decisión de influir en las elecciones municipales, departamentales y nacionales del periodo constitucional de 2002-2006 como primer paso de consolidación política del aparato militar del bloque, para ello crea el Movimiento de la Provincia Unida.

Luego, el bloque convoca a los políticos del Magdalena quienes aceptan la propuesta que culmina con la definición de los candidatos. Estos a cambio de recibir el acompañamiento electoral de los “acumulados de solidaridad comunitaria” debían entregar al bloque la suma de ochocientos millones de pesos, como aspirantes al Senado, y cuatrocientos

5 Rafael García Torres declaró el 21 de noviembre de 2006.

millones de pesos si aspiraban a la Cámara de Representantes (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 26470, 2008).

El testigo refiere que diseñó por encargo de alias Jorge 40 los medios para asegurar la votación de los distintos candidatos del bloque, para ello se apoyó en un funcionario de la Registraduría Municipal, quien se encargó de conseguir los censos electorales de los departamentos del Magdalena, La Guajira y Cesar, documentos indispensables para crear un listado de votantes por puesto, zona, mesa, municipio o departamento. Después se reunió con casi todos los registradores municipales ordenándoles que nombraran como jurados de votación a una lista de personas sugeridas por los candidatos para que sustituyeran los votos depositados por aspirantes distintos a los definidos por el Bloque Norte en cada sección del departamento por tarjetones marcados con los candidatos que señaló la estructura armada ilegal. Entre los resultados obtenidos, sale senador Vives Lacouture con 37 443 votos (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 26470, 2008).

Además, la CSJSP señala dentro de la declaración de Rodrigo Tovar Pupo, alias Jorge 40^[6], rendida dentro de este proceso, lo siguiente:

Empezamos a liderar como parte ya de sentirnos nosotros también parte de esa sociedad, dentro de ese territorio limitado a construir carreteras, puentes, colegios, hospitales. [...] Con eso estábamos logrando un acumulado de solidaridad comunitaria fundamental *para construir nuestro Estado de autodefensa*. [Cursiva fuera de texto]

Luego, alias Jorge 40 menciona la creación de unos talleres de trabajo denominados comunales para dinamizar y reconstruir el desarrollo social de la región. Con estos, logró erigir puntos de entendimiento que condujeran a la consecución de logros comunes.

A los talleres asistieron representantes de partidos tradicionales y partidos nuevos de todos los colores: rojos, azules, verdes, anaranjados y hasta la izquierda democrática porque “en los Estados de autodefensa, las normas de comportamiento se constituían en ley de obligatorio cumplimiento, así como lo hicimos en la parte de tributos y así

6 Declaración del 21 de mayo de 2007.

como lo hicimos en muchas cosas” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 26470, 2008).

Para la CSJSP este pacto es el que se dio a conocer el 28 de septiembre de 2000 como el Pacto de Chivolo. Por último, la CSJSP cita el Pacto de Ralito, celebrado el 21 de julio de 2001, que como se recordará, en el sentir de las autodefensas tenía el propósito de “refundar nuestra patria, de firmar un nuevo contrato social” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 26470, 2008). Este fue firmado por once congresistas.

Con respecto a la desmovilización del Bloque Norte, acaecida el 8 y el 10 de marzo de 2006 en el corregimiento de Chimila, municipio de El Copey, departamento del Cesar, y en el caserío El Mamón, ubicado en la vereda La Mesa, municipio de Valledupar, la CSJSP examina el discurso de alias Jorge 40 donde manifestó que era una lástima que la ley no facilitara la desmovilización total de los estados de autodefensa, ya que solo estaban desmovilizando las estructuras armadas, parte de las milicias y una fracción demasiado pequeña de ese acumulado solidario de comunidad representada en los 4760 que se estaban desmovilizando (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 31244, 2013).

Lo que indica la declaración de alias Jorge 40 es que, a pesar de la desmovilización de las autodefensas, un grupo significativo perteneciente a la base social de esta estructura continúa capitalizando los dividendos que deja el acumulado comunitario que los bloques con sangre y fuego alcanzaron para el estado de autodefensas. En este sentido, se debe interpretar la siguiente declaración de alias Jorge 40 en la que expresa que no hay persona que no haya tenido que ver con su estado de autodefensa: “[...] no hay presidente de junta de acción comunal, líderes comunales, líderes de las juntas administradoras locales, concejales, alcaldes, diputados, representantes a la Cámara, gobernadores, senadores, ministros, magistrados, periodistas, *presidente de la República*, [...]” (CSJSP, Rad. 31244, 2013) (cursiva fuera de texto).

Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia refirió que la agrupación Élmer Cárdenas dirigida por Fredy Rendón Herrera, alias el alemán, con dominio territorial en el Urabá antioqueño, retomó para esta región un proyecto político legítimo y legal llamado “Por una Urabá grande, unida y en paz” y lo mutó para ponerlo al servicio de Fredy

Rendón Herrera (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 33713, 2013). Añade la Corte que la idea del alemán era ubicar a personas de confianza en la administración pública en cargos de elección popular de nivel local, regional y nacional que estuvieran bajo el mando y control de las AUC. Para esto creó la figura de “promotores de desarrollo social” y a través de esta comenzó a reunir a los líderes sociales y políticos de la zona para que se concientizaran de la importancia del proyecto, de modo que algunos políticos manifestaran que les interesaba participar en la contienda electoral.

A causa de ello, se alcanzó para las elecciones del año 2002 al 2006 una curul en la Cámara de Representantes por el departamento de Antioquia, distribuida año por año en cuatro líderes de la región: Manuel Darío Ávila Peralta, Jesús Enrique Doval Urango, César Augusto Andrade Moreno y Etanislao Ortiz Lara. La CSJSP refiere un malestar de Fredy Rendón Herrera para las elecciones del periodo constitucional 2006-2010 por los celos de liderazgo donde expresa “solo espero que haya valido la pena y que tantas muertes no hayan sido en vano” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 33713, 2013). Los excongresistas de los que se hizo mención se hallaron responsables del delito de concierto para delinquir agravado descrito en el numeral 2 del artículo de la Ley 599 de 2000 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 33713, 2013).

De modo similar, actuó el Bloque Central Bolívar (BCB) al mando de Iván Roberto Duque Gaviria, alias Ernesto Báez, con presencia territorial en los departamentos de Santander, Bolívar y la región del Magdalena antioqueño. Refiere la CSJSP (2013) que el anuncio del expresidente Andrés Pastrana Arango, entre los años de 1999 y 2001, de implementar una zona desmilitarizada o de convivencia ubicada en los municipios de Yondó (Antioquia) y San Pablo y Cantagallo (pertenecientes al departamento de Bolívar), se hizo con el fin de desarrollar una convención nacional que permitiría adelantar conversaciones de paz con el grupo insurgente denominado Ejército de Liberación Nacional, lo que aceleró el acuerdo entre un sector de la clase política de Santander con el BCB con la intención de presentar candidatos para el periodo legislativo: 2002-2006 y 2006-2010, 2001-2003 y 2004-2007 (alcaldías, asambleas y gobernaciones) y (Rad. 37915).

La CSJSP (2013) destaca, entre los testimonios de los comandantes paramilitares Iván Roberto Duque Gaviria, alias Ernesto Báez; Rodrigo Pérez Álzate, alias Julián Bolívar; José Germán Sena Pico, alias Nico, y José Danilo Moreno Camelo, alias Alfonso o Dairo, los logros que consiguieron en virtud de la decisión que tomaron en el 2000 de confederarse bajo el rótulo de Autodefensas Unidas de Colombia. Entre ellos, el que obtuvo el BCB en el departamento de Santander sobre el que Ernesto Báez narraba que diseñaron una plataforma política para llegar al interior del cuerpo legislativo, asamblea, alcaldías y concejos, escenarios donde se toman las disposiciones más importantes de la nación (Rad. 37915).

Todo lo planteado ha conducido a la CSJSP (2016) a sintetizar estos vínculos como una forma de cooptar el Estado con el propósito de situar la función pública al servicio del paramilitarismo. Así pues, la descripción hecha por la CSJSP del acuerdo entre la clase política, empresarial, comercial y las autodefensas indican el alcance tan profundo de la infiltración y daño que se hizo a los valores y principios de las instituciones que conforman el Estado social y democrático de derecho, a la moral de las organizaciones sociales y de los pobladores en el territorio donde impusieron su ley. En este momento es muy difícil pronosticar que este fenómeno esté acabado o reducido, cuando en palabras de alias Jorge 40 toda la base social quedó activa para retener el poder político instalado con las violaciones de derechos humanos cometidas por el ala militar de las autodefensas (Rad. 42441).

Refiere la CSJSP (2014) que la desmovilización de las autodefensas, al parecer, ha originado la aparición del grupo delincuenciales Águilas Negras que corresponde a disidentes, rearmados o emergentes de los antiguos grupos paramilitares que hacen presencia en zonas como la costa Caribe, Norte del Valle, Norte de Santander y en el Magdalena. Por su parte, Los Rastrojos emergen en el Putumayo, Nariño y Cauca con un total de 2390 hombres (Rad. 41373).

B. Grupos delictivos organizados

La CSJSP refiere, desde prueba testimonial y documental, la existencia, en la década de 1980, de un grupo de delincuencia organizada dedicado al narcotráfico y denominado cartel de Medellín, que estaba

alterando el normal funcionamiento de las instituciones, así como la seguridad ciudadana (Rad. 31761, 2011; Rad. 44312, 2016).

A lo largo de su discurso, refiere que esta organización se estableció no solo como un proyecto criminal y económico, sino también como una política liderada por Pablo Emilio Escobar Gaviria, Carlos Ledher, los hermanos Ochoa Vásquez y José Gonzalo Rodríguez Gacha en convenio con parte de la clase política del momento.

La CSJSP deduce, con base en testimonios, el objetivo del Cartel de Medellín, el cual era crear una especie de república independiente conformada por el occidente de Boyacá, Cundinamarca y el Magdalena medio y para ello contaban con el apoyo de dos precandidatos presidenciales del Partido Liberal: Hernando Durán Dussán y Alberto Santofimio Botero, además de Jairo Ortega Ramírez, entre otros parlamentarios (Rad. 31761, 2011; Rad. 44312, 2016).

Añade la CSJSP que para esa época el Cartel de Medellín estaba presionando al Estado por medio de actos terroristas en contra de la población civil para que se prohibiera la extradición de nacionales a los Estados Unidos de Norteamérica al punto de haber secuestrado al hoy expresidente Andrés Pastrana Arango, así como haber ejecutado el asesinato selectivo de funcionarios de la Policía Nacional, del ministro de Justicia Rodrigo Lara Bonilla y del candidato presidencial Luis Carlos Galán, este último en alianza no solo con el general Miguel Alfredo Maza Márquez, director del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), organismo que tenía a cargo su protección, sino también en acuerdo con el paramilitar del Magdalena medio Henry de Jesús Pérez Durán (Rad. 31761, 2011; Rad. 44312, 2016).

C. Elementos típicos del concierto para delinquir

Para empezar a explicar la parte constitutiva de la norma contentiva del concierto para delinquir se hace indispensable referirse antes al referente externo de la conducta en mención, ya que es este el que concede legitimidad al *ius puniendi* del Estado, es decir, al bien jurídico de *seguridad pública*.

Para la CSJSP es claro que lo protegido en el artículo 340 de la Ley 599 de 2000 es la expectativa razonable que tienen las personas para

ejercer las actividades habituales sin ser expuestos a peligros o ataques de sus bienes jurídicos por parte de otras personas. De esta manera, se establecen, socialmente, los límites en que se puede ejercer la libertad, así como la relación entre conducta y tipicidad estricta (CSJSP, Rad. 27918, 2011; Rad. 48820, 2019).

Con respecto a los elementos constitutivos de la conducta de concierto para delinquir, la CSJSP asegura que son cuatro requisitos a tener en cuenta: primero un acuerdo de voluntades entre varias personas. Debido al número de individuos que se requieren para su configuración, este tipo penal es llamado de doble acción o plurisubjetivo, en el que cada uno de los sujetos responde por motivo del compromiso, arreglo, trato, convenio, alianza, componenda o connivencia a título de autor.

Segundo: una organización que tenga como propósito cometer delitos indeterminados, aunque pueden ser determinables en su especie, es decir, infracciones penales en general o específicas; tercero: la vocación de permanencia y durabilidad de la empresa acordada en el propósito delictivo, por ello, el tipo penal requiere de la proyección en el tiempo del asunto acordado; y cuarto: que la expectativa para realizar las actividades propuestas permita suponer, fundadamente, que se pone en peligro la seguridad pública. En relación con la calidad del peligro, refiere la CSJSP que, de ser una presunción legal⁷, invita al operador jurídico a constatar en cada caso la puesta en peligro concreto del bien jurídico, de no existir este estado habría ausencia de antijuridicidad material, por lo tanto, no habría conducta punible (Rad. 51773, 2018; Rad. 21064, 2004; Rad. 28362, 2008; Rad. 33.416, 2011; Rad. 35116, 2012; Rad. 40545, 2013; Rad. 34282, 2016; Rad. 30716, 2017; Rad. 51142, 2018).

De los anteriores requisitos se derivan las siguientes afirmaciones: el concierto para delinquir es un acto punible de mera conducta, esto es, el peligro para la seguridad pública se presenta en el momento en que los autores idean la afectación de bienes jurídicos. No es

7 Frente a un delito de peligro debe partirse de la base de que la presunción contenida en la respectiva norma es *iuris tantum*, es decir que se admite prueba en contrario acerca de la potencialidad de la conducta para crear un riesgo efectivo al bien jurídico objeto de tutela.

necesario constatar un resultado temporal y espacialmente separado de la conducta para que exista su consumación; así como de conducta permanente, esto significa que su momento consumativo se mantiene por voluntad de los autores a lo largo del tiempo hasta que perdure la asociación o estos desistan o decidan poner fin al propósito delictual. En efecto, el punible de concierto para delinquir es autónomo, subsiste independiente de que las violaciones a la ley o las transgresiones acordadas se cometan o no. La tipicidad subjetiva de la conducta de concierto para delinquir es dolosa. Cada uno de los autores debe conocer y querer participar del acuerdo para realizar en forma indeterminada los delitos específicos.

Otro punto a tratar en el concierto para delinquir son las tres circunstancias particulares de agravación que contempla. De acuerdo con la CSJSP, el inciso primero está pensado para intervenir la delincuencia convencional, mientras que los incisos segundo y cuarto, así como el tercero, denotan en forma progresiva el grado de afectación a la seguridad pública, incluso el inciso tercero responde a una estructura típica distinta (Rad. 26584, 2010; Rad. 37915, 2013).

Explica la CSJSP que el inciso segundo y cuarto se dirigen a controlar aparatos organizados de poder con una estructura típica de peligro, es decir, mediante el adelantamiento de barreras de protección a la seguridad pública; mientras que el inciso tercero responde a una estructura típica de delitos de lesión, ya que se penaliza al autor que de manera real organiza, fomenta, promueve, dirige, encabece, constituya o financie el concierto para delinquir (Rad. 26584, 2010; Rad. 32000, 2011; Rad. 37915, 2013).

En el siguiente punto, se va a tratar la diferencia del concierto para delinquir con la coautoría y el delito político con el fin de tener una mayor claridad en el manejo de estas instituciones jurídicas.

En lo relacionado con el concurso de autores en la realización de la conducta punible, la CSJSP ha precisado lo siguiente: en la coautoría el acuerdo de voluntades entre los autores es ocasional, es decir, se reduce a la realización de uno o varios delitos determinados y específicos, lo que significa que una vez cometida la conducta o conductas acordadas culmina la cohesión entre los coautores sin perjuicio de que acuerden hacer otro acto punible, caso en el cual hay una nueva coautoría.

De igual forma, el delito determinado se acuerda para que se ejecute en un espacio y tiempo fijo sobre un sujeto pasivo singular y con un control compartido de los autores de las exigencias propias del aspecto objetivo y subjetivo del tipo penal. Sumado a esto, en la coautoría es indispensable iniciar la ejecución del acuerdo de la conducta punible concertada (tentativa) o la realización de actos preparatorios, de aquellos que por sí mismos comportan la comisión de delitos (porte ilegal de armas). Además, el acuerdo debe ser previo o concomitante con la realización del delito convenido, pero nunca puede ser posterior a este (Rad. 51773, 2018).

Con respecto al delito político, la CSJSP precisó que los autores ejecutan las conductas punibles con el propósito de lesionar el bien jurídico del régimen constitucional y legal vigente, por lo tanto, los delitos están orientados contra el Estado, así mismo, hacia el sistema político vigente para sustituirlo por otro. Su fin es altruista, contrario a la delincuencia común (paramilitarismo) cuyo fin es el de colocar en situación de indefensión a la sociedad civil bajo la amenaza de padecer males irreparables si se oponen o traicionan sus propósitos, así como defender a la comunidad de las acciones de la ideología de izquierda (Rad. 45143, 2015).

Como queda demostrado en este amplio recorrido jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, esta ha tenido una fuerte incidencia en la construcción objetiva y subjetiva del delito de concierto para delinquir, a partir de la interpretación de la norma y los asuntos de la parapolítica en el contexto del conflicto armado colombiano. Lo anterior fue un caldo de cultivo propicio para que la Corte tuviese la oportunidad de pronunciarse no solo de manera reiterada, sino, sobre todo, dando luces para la aplicación en nuestro sentir extensiva del tipo penal en estudio. Lo que una vez más nos pone a tono con la tesis defendida en este escrito, según la cual, se desarrolla de manera eficiente lógicas del derecho penal del enemigo planteadas por el autor alemán Günther Jakobs.

Capítulo II. Los subrogados penales y los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad

Entre el garantismo penal y el derecho penal del enemigo

El encierro y el castigo en Colombia, así como en el mundo, no dejan de ser categorías que suscitan un especial interés; por un lado, por las múltiples noticias relacionadas con la prisión que nos muestran un panorama de dificultades y violaciones y, por otro, por las preguntas sin respuesta frente a las formas de castigo, sanciones, privación de la libertad y el papel que desempeña el derecho penal como instrumento de dominación y ortopedia social.

A partir de este marco de inquietudes, el presente capítulo busca revisar los subrogados penales y las medidas sustitutivas a la prisión. Esta última entendida “como esa forma concentrada, ejemplar y simbólica, de todas las entidades de encierro creadas en el siglo XIX” (Foucault, 1998, p. 64). Y desde allí poder determinar la incidencia de tales “beneficios” en el proceso resocializador del infractor penal.

La discusión sobre los subrogados penales como herramienta de modificación o matización de las condiciones de prisionalización

provocadas por el encierro no escapa a los cuestionamientos mismos de la prisión como forma elemental de ortopedia y control social y del análisis del castigo y la sanción que varios autores y tratadistas de la penología han definido y establecido¹.

En este orden de ideas, revisar los subrogados penales y los mecanismos sustitutivos de las penas privativas de la libertad nos permite entender el grueso entramado *ius*-filosófico entre el *ius puniendi*, la ejecución de la pena, sus fines y funciones y su constante interrelacionar con el derecho fundamental a la libertad del individuo.

En este capítulo entonces es fundamental revisar la naturaleza *ius*-filosófica de los beneficios y subrogados penales, así como su incidencia en el tratamiento penitenciario y el sistema progresivo del infractor penal, definiendo sus límites, alcances y consideraciones teleológicas.

De los subrogados penales

En este apartado trataremos de acercarnos a la definición de los subrogados penales establecidos en nuestra legislación nacional y desde este marco de definiciones mostrar como el derecho de ejecución penal no escapa a las lógicas del derecho penal del enemigo, de la discriminación y la inequidad en el manejo de la ejecución de la pena.

Así mismo, nuestro planteamiento obedece a determinar cómo en la misma ejecución penal se muestran factores exógenos a la objetividad y a la concesión de estos, los cuales obedecen más a la lógica de la ortopedia social que a los fines resocializadores del infractor penal.

En este sentido, en un primer acercamiento al concepto de los *subrogados penales*, estos se refieren a aquellas medidas sustitutivas de la pena de prisión y arresto, que en un momento determinado son concedidas a las personas privadas de la libertad que se encuentran

1 Por mencionar algunos: Garland (2001); Foucault (1998); Durkheim (2006); Rusche y Kirchheimer (2004); Pavarini y Melossi (1985); Gudín Rodríguez y Nistal (2014); Garlan (2001); Neuman e Irurzun (1984); Beccaria (2015); Lombroso (1943); Ferrajoli (1997); Bentham (1976); Canguilhem (2007); Deleuze y Guattari (2002); Quijano Aníbal (1994); Agamben (1998), entre otros.

condenados, anteriores al cumplimiento de los requisitos establecidos por el marco jurídico.

No obstante, con el fin de indagar más sobre el acercamiento conceptual de este, debemos preguntarnos por el concepto en sí de *subrogado*, es decir, escudriñar en su armazón lingüístico para mostrar su incidencia y función en el proceso de ejecución de la pena. Es así, que la RAE define el concepto como aquello a sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa; por su parte, en materia jurídica decimos que la subrogación está relacionada con el hecho mismo de delegar o reemplazar, acepción también utilizada para describir el acto que modifica las condiciones de un contrato para sustituir a una persona (física o jurídica).

Es aquí donde surge nuestro primer interrogante ¿qué es lo que se sustituye en materia penal cuando se subroga? Lo anterior, se entiende en Colombia como aquellos mecanismos que sustituyen (subrogan) la pena de prisión. En otras palabras, nos encontramos frente al reemplazo o sustitución de la pena privativa de la libertad, el relevo de la prisión. Pero ¿qué entender por prisión? Desde la antigüedad se hace referencia a la prisión como un sitio (*in situ*) en el sitio o en el lugar de. En otras palabras, la prisión o cárcel se entiende como un lugar o instalación donde se confinan individuos como una manera de ser castigados por la comisión de una afrenta social lo que le hace merecedor de una pena.

En resumen, tenemos que los subrogados penales son la forma o el beneficio que recibe un privado de la libertad para sustituir su pena de prisión por una medida más beneficiosa; sin embargo, no nos atrevemos a plantear los subrogados penales como fórmulas alternativas de sanción penal, pues consideramos que tal categoría requiere de otro análisis para entender si las penas alternativas a la confinación o pérdida efectiva de la libertad pueden ser considerados como subrogación penal. Una vez aproximados al concepto de lo que entendemos por subrogado penal; veamos lo que no dice la legislación punitiva colombiana sobre cuáles son esas medidas substitutivas de la prisión intramural.

En primer lugar, los subrogados penales los encontramos consignados en el Código Penal en sus artículos 63 y siguientes, los cuales pueden ser concedidos en cuanto derechos de los privados de la libertad,

pero previo al cumplimiento de unas condiciones objetivas y subjetivas que el legislador ha establecido en el Código Penal, específicamente en el capítulo tercero que nos habla de los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, así las cosas, el código nos enumera estos subrogados de la siguiente manera:

Suspensión de la ejecución de la pena: 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 esta quede suspendida por un determinado periodo, que oscila entre dos (2) a cinco (5) años, y la cual puede ser concedida de oficio o a petición del interesado, pero siempre que concurren algunos requisitos. (artículo 63.º Código Penal Colombiano)

Otra de las figuras sustitutivas de la intramural es la contenida en el artículo 64º de la misma disposición una vez el privado de la libertad cumpla las tres quintas (3/5) partes de la pena, el juez, previa valoración de la conducta punible, concederá la libertad condicional a la persona condenada a pena privativa de la libertad siempre y cuando haya cumplido algunos requisitos. (artículo 64.º Código Penal Colombiano)

A modo de conclusión, y 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.

Es importante precisar en la distinción entre los subrogados penales y los mecanismos sustitutivos de la pena privativa. Lo anterior, porque es evidente la confusión entre los primeros y la prisión o detención domiciliaria, ya que el subrogar constituye en esencia la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la libertad condicional, por tratarse de alternativas diferentes al confinamiento como sanción. Por su parte, la prisión domiciliaria, aunque se da en la residencia del

condenado, esta sigue teniendo la característica esencial de la privación de la libertad o la restricción física de este.

En este mismo orden de ideas, una de la finalidad importante para que el legislador planteara los subrogados, en especial con la libertad condicional, no es otro que la progresividad del tratamiento del infractor penal, donde se considera que, como sistema P.A.S.O. de oportunidades, el privado de la libertad, anterior a su libertad definitiva y al cumplimiento de algunas consideraciones de carácter objetivo y subjetivo, pueda dentro de su proceso individual de resocialización tener un periodo de prueba que le demuestre a la sociedad y al juez que está preparado para vivir nuevamente en sociedad y asumir roles dentro de ella, y así, después de superado este paso, obtener su libertad de manera definitiva.

En este sentido, el desarrollo de los subrogados penales y el proceso individual de resocialización se encuentran íntimamente conectados, pues como lo refiere la Corte Constitucional, estos buscan sustituir una pena restrictiva por otra favorable, en beneficio del infractor penal, beneficios que tienen como fundamento “la humanización del derecho penal y la motivación para la resocialización del delincuente” (Corte, Constitucional, Sentencia C-425/08, p. 5).

En otras palabras, podemos decir que estos subrogados buscan viabilizar el proceso resocializador. Por lo tanto, anterior a su concesión se realizan las valoraciones sobre el comportamiento del individuo en reclusión, su proceso individual, su desempeño en las actividades, su participación en los espacios psicopedagógicos, su situación jurídica, elementos orientados para que el juez pueda valorarlos de manera objetiva y subjetiva, destacando los cambios en la actitud y personalidad que el privado de la libertad a realizado durante su permanencia en un establecimiento carcelario o penitenciario.

Lo anterior demuestra un elemento de temor social, de preocupación social porque el individuo haya podido inocular su capacidad de daño y su peligrosidad, de hecho, la preocupación no es de carácter jurídico, ni por el proceso individual del infractor, esta resulta una medida protectora de la sociedad y del sistema tendiente a verificar si el procesado ya no es un “peligro social”. Desde luego, estos subrogados penales terminan considerándose por el legislativo y el judicial

como un “gran privilegio” con el que cuenta el privado de la libertad, por el hecho de haber introspeccionado su actuar. Y en tal sentido, solo aquel que haya logrado tal cometido merece ser recompensado a través de una fórmula parcial, controlada y vigilada denominada subrogado.

Ahora bien, entender el estatus de los subrogados penales en la legislación colombiana nos lleva a entender sus implicaciones; por un lado, en el proceso de resocialización del infractor penal, pero también de su ocurrencia en el fenómeno de prisionalización, con todo se hace necesario descender al entramado del desarrollo teórico en el derecho de ejecución de penas en Colombia y del derecho penal, todo ello articulado a la institucionalidad ejecutora del sistema penitenciario y carcelario colombiano y desde allí poder dar cuenta de la incidencia que su concesión tiene para la libertad del privado de la libertad, en los fines de la pena y en especial en el proceso individual de resocialización del infractor penal.

Sobre la institución penitenciaria, cabe decir sus graves dificultades y su inoperancia en el cumplimiento efectivo de las penas. Lo anterior teniendo como referentes algunos factores del sentido teleológico de estas, como lo es en primer término un fin preventivo que está condicionado al factor coercitivo de la ley penal, un elemento retributivo, establecido en la imposición de la sanción penal y desde luego un fin resocializador que orienta la ejecución de la sanción penal.

Con todo y en palabras de la Corte Constitucional colombiana estos factores orientan desde los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas, un verdadero entramado de exigibilidades para el estricto cumplimiento de los fines de la pena, desde luego orientados todos desde los derechos humanos, mediados a la par por una coherente política criminal clara, en la cual, “no se tenga como propósito impartir indiscriminadamente condenas en materia de privación de la libertad, sino proteger efectivamente los bienes jurídicos logrando mitigar la comisión de las conductas penales” (Corte Constitucional, 2002, C - 806).

Son estos elementos los que debemos entrar a considerar como premisas para entender el papel que desempeñan los subrogados penales y las penas alternativas en la ejecución de la sanción penal en Colombia, que permitan el cumplimiento con los fines de la pena, la

función esencial del Estado contenida en el artículo 2.º superior, y la efectiva protección y tutela de las garantías básicas de los privados de la libertad.

En definitiva, podemos asegurar que los subrogados penales nacen en la vida jurídica como un mecanismo en el sistema de ejecución de la sanción penal, bajo el precepto que la última ratio del derecho penal debe ser la privación de la libertad.

Por todo lo anterior, es necesario revisar cada uno de los subrogados para entender su dinámica y estructuración en el sistema penal colombiano y de esta manera poder analizar su incidencia en la ejecución de la sanción.

De la suspensión de la ejecución de la pena

Realizando un somero rastreo en la legislación penal colombiana que nos permita acercarnos a los subrogados penales, podemos decir que en 1837 fue sancionado el primer Código Penal colombiano, el cual recogió la carga ideológica propia de la experiencia de los códigos penal francés de 1810 y español de 1822. En este no se vislumbraba con claridad la suspensión de la pena ni presentaba un desarrollo amplio y evidente (Aguilera, 2003).

Un primer esbozo concreto de la suspensión de la ejecución de la pena, lo podemos encontrar en el Código Penal de los Estados Unidos de Colombia, Ley 112 del 26 de junio de 1873, en esta disposición en los artículos 33 y 34 se incorpora la posibilidad de suspender la pena de la siguiente manera:

Artículo 33º: Ninguna sentencia en que se imponga pena al que se halle en grave peligro de muerte próxima, por razón de enfermedad, se ejecutará y ni aun se notificará al reo, hasta que desaparezca este grave peligro, ni al que se le hubiere muerto su padre o madre, hijo o hija, marido o mujer, hasta pasados nueve días después de la muerte de cualquiera de los expresados. (Adaptación propia al castellano actual)

Encontramos en esta disposición la posibilidad de suspender la pena incluso de no notificarse esta cuando el individuo infractor tuviera su

vida en peligro, pero también se hace extensiva a un núcleo familiar próximo, la suspensión de esta por un duelo o pérdida de ser querido, aunque por escasos nueve días, propios para los rituales fúnebres.

Por su parte el artículo 34.º amplía la posibilidad de la suspensión de la ejecución de la pena, se establece para aquellos individuos que se encontraran en “estado de verdadera demencia” a estos se les suspenderá la ejecución y la notificación hasta tanto el “reo sane”, pero si la demencia del reo dura más de quince días, después de pronunciada la sentencia, deberá notificarse al curador y solo se impondrá la sanción pecuniaria (artículo 34.º).

De esta codificación es importante destacar que los condenados a pena corporal tenían derecho a que se les rebajara en una tercera parte el tiempo de la pena impuesta, siempre que se lograra comprobar que no han intentado fugarse o eludir la condena y que había observado buena conducta, así como haber dado señales de mejora moral (artículo 66.º).

En igual sentido, en 1886, es aprobada la Constitución Política de Colombia por el presidente encargado José María Campo Serrano, erigiéndose como la resplandeciente salvación y el fin erróneo del federalismo y el laicismo. Este texto fundamental trajo un cambio significativo en su artículo 29.º, reviviendo la pena de muerte o pena capital, aunque limitada para situaciones graves como la traición a la patria en guerra extranjera, parricidio, asesinato, incendio, asalto en cuadrilla de malhechores, piratería y ciertos delitos militares definidos por las leyes del Ejército. No obstante, este texto constitucional no se ocupó de revisar las penas privativas de la libertad, ni planteaba alternativas para desestimular el uso excesivo de la prisión que ya se hacía evidente.

En 1888 se inicia la elaboración de un nuevo Código Penal, a partir de los avances del consejero de Estado Demetrio Porras, la cual dio origen al Código Penal de 1890 o el código Restrepo Ley 19 del 18 de octubre de 1890, este texto exhibía una base filosófica propia de los postulados clásicos italianos, presentaba una teleología de control social y sanción mediante la defensa de los valores propios de la sociedad, esto quedó en evidencia en la propia exposición de motivos donde se afirmaba:

El progreso de la legislación penal en nuestros días se mira como una condición esencial de la vida del derecho positivo, que tiene por objeto la conservación y el restablecimiento del derecho sustantivo quebrantado. Debe ser, por esto mismo, la expresión más exacta de las necesidades sociales, para lo cual es indispensable tener en cuenta las lecciones de la experiencia y los nuevos adelantos, el estado de la cultura moderna y las circunstancias en que cada nación se encuentre. De nada servirían absolutamente las leyes civiles ni las garantías constitucionales, si para refrenar la malicia humana no existiera una sanción eficaz e incontrastable. (Adarve, 2010, p. 195)

Esta disposición legal del código de 1890 presentaba un amplio desarrollo sobre las penas y tímidos esbozos sobre el derecho de ejecución penal, así en el capítulo II sobre las personas excusables en su artículo 29.º dejaba ver su visión clásica del derecho, dejando exentos de pena alguna a quienes se encontraran en estado de verdadera demencia o locura al tiempo de cometer la acción, o privado involuntariamente del uso de su razón, constituyéndose en piedra angular de la teoría de la responsabilidad de la escuela clásica del derecho penal italiano (Arias, 2019). Es así como dicha normatividad tampoco hace referencia precisa que nos permita homologar los llamados subrogados penales y esta se limita a transcribir en sus artículos 45.º y 46.º las mismas consideraciones tenidas en cuenta en el código del 36 sobre peligro de muerte y fallecimiento de un familiar cercano, y adiciona el art. 47 donde ningún condenado a pena de muerte podría ser ejecutado en domingo, ni en día de fiesta, ni en los de la Semana Santa.

Finalmente, en este código en los artículos del 108.º al 114.º podían cambiarse las penas de trabajos forzados a presidio, de arresto a trabajos en obras públicas previas las consideraciones de salud y otras que el gobernador o el alcalde determinaran.

En términos generales, en los códigos penales de 1834, 1863 y 1890 las penas privativas de la libertad fueron definidas y establecidas como presidio, reclusión, arresto y prisión con variaciones importantes en cuanto al *quantum* de la pena a imponer y con características muy propias en cada uno de ellos: trabajos forzados, trabajos en obras públicas,

en puertos o fortalezas, utilización de grilletes y cadenas. En igual sentido, se crearon las casas de reclusión y se dispuso la separación entre hombres y mujeres. En términos generales, en estas codificaciones, salvo el arresto, en las demás formas privativas de la libertad, el trabajo del infractor o infractora de las leyes era de carácter obligatorio y aflictivo, no contenía elementos terapéuticos de consideración y no se concebía la posibilidad de suspender la pena (Arias, 2019).

Una referencia importante, como antecedente que podríamos asimilar con una suspensión efectiva de la ejecución de la sanción penal, la encontramos en los artículos 61.º a 74.º del Código Penal de 1936, consistente en que cuando al tiempo de cometer el hecho, el agente se encontrara en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquier otra sustancia, o padeciera de grave anomalía psíquica, se aplicarían las sanciones fijadas en el capítulo II del título II (artículo 29, Constitución Política).

En este caso, para los delincuentes a que se refiere el artículo 29: la segregación en un manicomio criminal o en una colonia agrícola especial y para los menores de diez y ocho años que incurrieran en alguna de las infracciones previstas en la ley penal la libertad vigilada o la segregación en una escuela de trabajo o en un reformatorio.

No obstante, no es evidente la suspensión de la pena, pues en el primer caso será segregado a manicomio y en el segundo tratándose de menores, podemos plantear la libertad vigilada como una posibilidad de subrogación. Es en definitiva el elemento peligroso el que genera el marco del relacionamiento del derecho penal, por tal razón y dentro de los límites señalados por la ley, se aplicaba la sanción al delincuente según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso y, adicionalmente, se debían considerar los motivos determinantes y las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que acompañaran la personalidad del agente (artículo 36.º Código Penal Colombiano de 1936).

Esta visión del infractor penal como “enemigo” y el sujeto “peligroso” también traía consigo la proporcionalidad teniendo presente las características psíquicas y físicas determinadas del delincuente (Ferri, 1907). Es evidente cómo desde las primeras codificaciones penales el factor subjetivo ha desempeñado un papel preponderante a la hora de revisar la posibilidad de otorgar cualquier “beneficio” al privado de

la libertad que consista en reducir o suspender la ejecución de su pena privativa. Tales elementos siguen siendo en la actualidad los cánones determinantes en las decisiones de los jueces de ejecución, que equipara al infractor penal con un individuo sin capacidad de autogobernarse y, por lo tanto, requiere de una protección (custodia) del Estado.

Así las cosas, el Código Penal de 1936 permitía la “libertad vigilada” que no era otra cosa que un confinamiento en “instituciones totales” (Goffman, 1972), en este caso para los enfermos de la mente o intoxicados, su confinamiento se debería llevar a cabo en su residencia al cuidado de su familia o su institucionalización en una casa de salud, hospital o manicomio común, bajo la inspección del Consejo del Patronato y por un tiempo no inferior a dos años (artículo 67.^o). En igual sentido, para los menores de diez y ocho años, debían ser “confiados” a su propia familia o a otra familia que fuera honorable, o en un instituto de educación, taller, fábrica o establecimiento privado, con la prohibición de concurrir a lugares públicos donde “moralmente pudieran correr peligro”.

Tratándose de delincuentes natos, la disposición legal establecía la posibilidad de adquirir libertad condicional o el perdón judicial, esta figura subrogativa podía ser concedida a aquel prisionero cuya pena fuera la de arresto y esta no superara los tres años o para quienes tuvieran la pena de prisión esta no podría exceder de dos años, en estos dos casos el juez podía suspender la ejecución de la sentencia por un periodo de prueba de dos a cinco años, eso sí bajo el cumplimiento de unas circunstancias especiales como no ser “reincidente” tener buena conducta y un elemento subjetivo basado en el estudio de la personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho delictuoso y los motivos determinantes. Todo esto daba al juez la convicción de que el individuo que se le concediera este beneficio no era un individuo peligroso para la sociedad y de que no volviera a delinquir.

En igual sentido, operaba la figura de la libertad condicional para el condenado a las penas de prisión o arresto que no fueran inferiores a dos años, pero que ya hubiesen purgado un tiempo contabilizado en las dos terceras partes de la condena y el cumplimiento de los mismos requisitos de conducta y análisis de la personalidad, en ambos casos, la concesión de estos beneficios se subordinaba al cumplimiento de la

obligación de reparar los daños ocasionados por el delito (artículo 86.º). Estos antecedentes muestran la necesidad de buscar una alternativa de morigerar el número de personas confinadas y darle un tratamiento especial no al infractor penal, sino como una medida institucional de manejo interno de la institución penitenciaria.

La época de los años ochenta marcó un paradigma con la expedición de nuevos códigos penales centrados en la condición positivista y una base teleológica de peligrosidad del infractor penal. Con ello, se logró un eclecticismo entre un sistema inquisitivo y un matiz acusatorio poniendo el énfasis sobre la condición particular del infractor penal, dando cabida a lo que Jakobs (2006) plantearía como el “derecho penal del enemigo”.

De esta manera, con el decreto número 100 del 23 enero de 1980 se expide un nuevo Código Penal, en el cual se incorpora el artículo 56.º para definir la suspensión de pena por enfermedad mental que sobreviniere al condenado, en este caso particular debía ser enviado a un establecimiento especial, “anexo psiquiátrico o clínica adecuada”, y una vez el condenado recuperara su salud, debía continuar cumpliendo la pena en el lugar respectivo, descontándole desde luego el tiempo que hubiere pasado en dicha institución.

Una de las novedades de este código es la denominada restricción domiciliaria, que consistía en la permanencia del condenado en determinado municipio del cual no debía salir, ni podía establecer su domicilio en otro diferente al asignado, constituyéndose así una especie de “municipio por cárcel” (artículo 57.º).

En igual medida, en los artículos 68.º y 69.º se incorporaron las figuras actuales de la suspensión de la ejecución de la sentencia, en este caso por un periodo de prueba de dos a cinco años y con el cumplimiento de los requisitos en especial: que la pena impuesta fuera de arresto y no excediera de tres años de prisión, y que el análisis de la personalidad, la naturaleza y las modalidades del hecho punible le permitieran al juez suponer que el condenado no requería tratamiento penitenciario y de igual forma para la libertad condicional si el condenado había cumplido las dos terceras partes de su condena.

Con la expedición de la Constitución de 1991, se adoptó un nuevo sistema de gobierno que buscaba consolidar el Estado moderno,

bajo la égida del Estado social de derecho cuya base la constituyó la dignidad humana, este cambio constitucional obliga a iniciar modificaciones al sistema penal colombiano con el fin de asegurar los principios y fines del Estado en el marco de un orden social justo². Para el periodo 1998-2002 es elegido el señor Andrés Pastrana como presidente y este nombra en su gobierno al señor Gómez Méndez como fiscal general de la Nación.

Así las cosas, y en el marco del Plan Colombia (Acuerdo bilateral entre Colombia y Estados Unidos) y atendiendo al alto nivel de criminalidad se decide la expedición de un nuevo Código Penal la Ley 599 de 2000, también llamado código Méndez, la filosofía de este código se establece desde la visión neokantiana, con un funcionalismo moderado próximo al pensamiento de Claus Roxin (2014). En otras palabras, se buscaba que la teleología de este estatuto se orientara a cumplir con unas finalidades o fines determinados articulados con una coherente política criminal en el desarrollo del Estado social de derecho.

No obstante, este código presenta tecnicismos propios de la dogmática técnico-jurídico, la cual dista mucho de la filosofía planteada en la exposición de motivos de este (véase artículo 9.º). En igual sentido, dicha normatividad no se matricula con ninguna doctrina penal, estableciendo sobre la tipicidad que será la ley penal, quien defina de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal (artículo 10.º).

Este sistema penal adoptó un nuevo modelo cuasi acusatorio con la creación de la Fiscalía General de la Nación como el órgano encargado de adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, para ello puede investigar y acusar, nombrar y remover funcionarios y, en especial, asumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera que sea el estado en que se encuentren, así como participar en el diseño de la política del Estado en materia criminal.

De esta manera, el artículo artículo 34.º del Estatuto Punitivo colombiano nos presenta la clasificación de las penas como principales,

2 Ver Constitución política de Colombia artículos 1 y 2.

sustitutivas y accesorias privativas de otros derechos cuando no obren como principales. De donde son penas principales la privativa de la libertad —prisión—, la pecuniaria de multa y las demás privativas de otros derechos que como tal se consagren en la parte especial. Por su parte, las sustitutivas se refieren a la prisión domiciliaria, la cual sustituye la pena de prisión y el arresto de fin de semana convertible en arresto ininterrumpido, este es sustitutivo de la multa (art. 35 y 36 C.P.C.).

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

Este marco jurídico penal llevó a una nueva orientación en la política criminal, la cual buscando hacer menos gravosa la pena privativa de la libertad presentó un elenco de posibilidades para subrogar la pena de prisión; de esta manera, se incorporó el artículo 63.º del Estatuto Punitivo con la denominación del subrogado penal de la ejecución de la pena privativa de la libertad también denominado suspensión condicional de la ejecución de la pena. Este tuvo dos importantes modificaciones: la primera con la incorporación del artículo 4.º de la Ley 890 de 2004 que limitaba el ejercicio de estos derechos al pago total de la multa. Este condicionante logró poner por encima de la libertad del privado el factor indemnizatorio de las víctimas, lo que sin duda contribuyó a la disminución de la consecución de este subrogado.

No obstante, esta dificultad fue superada con la modificación introducida por el artículo 29.º de la Ley 1709 de 2014, donde refiere dicho articulado que la ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se puede suspender por un periodo de dos (2) a cinco (5) años, y esta puede ser de oficio o a petición del interesado. Sin embargo, su concesión está condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos entre otros:

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 2.º 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.

Así mismo, la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible (artículo 63). Esta figura heredada del derecho anglosajón, donde se declara la culpabilidad, pero se suspende el pronunciamiento de la sentencia. Quiere decir que debe existir una sentencia judicial que determine la responsabilidad del infractor penal y una vez esta esté ejecutada se puede proceder a su suspensión, a diferencia del sistema europeo donde una vez se determine la culpabilidad del sujeto la condena puede ser suspendida siempre y cuando el procesado no cometa otro delito mientras se encuentra suspendida su pena (Vallejo, 2003).

Del anterior articulado podemos decir que la esencia de este subrogado radica en la privación o no de la libertad de un individuo, o como lo plantea Cid & Larrauri (2005), el dilema es si reprimir y castigar u otorgar beneficios y de esta manera hacer más llevadera la vida en prisión. En este sentido, Jaén (2003) sostiene que el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena presenta su base fundamental en el hecho de la prevención especial. En otras palabras, mitigar los efectos nocivos de la prisión, o como lo refiere Von Liszt (1999), para evitar “corromper” dada la condición de “escuelas de criminalidad” que puede ser la prisión (p. 356).

Sin embargo, el mismo texto legal le establece una serie de condicionamientos para que dicho subrogado pueda concederse: que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años, que se

carezca de antecedentes penales³ (no reincidente), y que efectivamente no se trate de los delitos contenidos en el inciso 2.º del artículo 68A de la Ley 599 de 2000^[4]. Así las cosas, solo si el privado de la libertad,

3 En palabras de la Corte Constitucional “La dosificación punitiva de la pena de prisión, comprende circunstancias que pueden modificar la pena, o aquellas que le permiten al juez graduar la pena de acuerdo los límites punitivos representados en el sistema de cuartos. Una de las causales para la ubicación en el cuarto mínimo de punibilidad es la ausencia de antecedentes penales como forma de valoración de la reincidencia penal, circunstancia de atenuación punitiva que ha sido identificada por la Corte Suprema de Justicia, como un análisis del juez para establecer su menor punibilidad, a partir de las situaciones personales del reo al momento de la ejecución de la conducta, más no de un estudio sobre la personalidad proclive al delito del mismo, pues tal situación no es un parámetro para fijar la pena conforme al artículo 61.3 del Código Penal. En otras palabras, la presencia de antecedentes penales no es un criterio de valoración sobre la antijuridicidad, la culpabilidad o para fijar la punibilidad, pues no es un criterio de agravación de la pena privativa de la libertad, sin embargo, su ausencia, es una situación de atenuación de la sanción penal” (Corte Constitucional Colombiana Sentencia C-181/16).

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

Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaiga sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado; abigeato enunciado en el inciso tercero del artículo 243; extorsión; homicidio agravado contemplado en el numeral 6 del artículo 104; lesiones causadas con agentes químicos, ácidos y/o sustancias similares; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objeto peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso

no es reincidente, que su delito no está consagrado en las exclusiones y que la pena sea inferior a 4 años podrá concederse dicho beneficio.

Y aquí viene el primer interrogante a la hora de realizar este test, si el juez debe tener en cuenta el individuo infractor o la gravedad del delito. No obstante, la misma ley le plantea las pautas para tomar dicha decisión; así, el juez debe evaluar los antecedentes del condenado y la gravedad de la conducta para determinar si es o no necesaria la ejecución de la condena de privación de la libertad.

Es de esta manera, el primer componente se estructura basándose en las conductas que sean socialmente más reprochables y determinar cuáles no lo son o han dejado de serlo. Bajo esta primera premisa el operador judicial debe determinar cuándo procede la privación de la libertad y cuándo es necesario imponer sanciones menos gravosas para el individuo o beneficiarlo con un subrogado penal.

En el presente subrogado tenemos que existen elementos de carácter objetivo y subjetivo con los cuales el juez debe tomar la decisión de suspender o no la ejecución de la pena. En el primer caso, el numeral 1, al juez solo le corresponde determinar si la pena a imponer no excede el *quantum* punitivo de cuatro años (factor objetivo), de igual

de armas químicas, biológicas y nucleares; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonales. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004.

Parágrafo 1°. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará a la libertad condicional contemplada en el artículo 64 de este Código, ni tampoco para lo dispuesto en el artículo 38G del presente Código.

Parágrafo 2°. Lo dispuesto en el primer inciso del presente artículo no se aplicará respecto de la suspensión de la ejecución de la pena, cuando los antecedentes personales, sociales y familiares sean indicativos de que no existe la posibilidad de la ejecución de la pena”.

suerte el segundo numeral, la carencia de antecedentes penales⁵. De esta manera, bastara con determinar simplemente si el beneficiario del subrogado penal no presenta antecedentes penales —lo cual tiene su fundamento en el artículo 55.º que establece dicha condición como una circunstancia de menor punibilidad—.

Ahora bien, en cuanto al numeral 3 del artículo 63.º del Estatuto Punitivo el que a su vez fue modificado por el artículo 29.º de la Ley 1709 de 2001, tenemos que en este caso el juez solo debe hacer valoración a los aspectos familiares, personales y sociales, si el procesado presenta antecedentes penales, de no existir estos su análisis deber someterse estrictamente a su factor objetivo.

No obstante, el juez, una vez revisados los elementos anteriormente descritos, debe verificar otra serie de condiciones que debe tener quien pretenda hacerse acreedor de dicho beneficio, así lo refirió la Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad C-806/02 de fecha 03/10/2002. Con ponencia de la magistrada Clara Inés Vargas Hernández, donde se definió la constitucionalidad del artículo 64 (parcial) de la Ley 599 de 2000, por la cual se expidió el Código Penal.

Factores de verificación para concesión para que el juez pueda conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la libertad condicional, debe verificar tanto factores objetivos que se refieren, en ambos casos, al quantum de la pena y al cumplimiento parcial de aquélla en el evento de la libertad condicional, como factores relacionados básicamente con antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado así como la modalidad y gravedad de la conducta, en un caso, y la buena conducta en el establecimiento carcelario en el otro, que le permitan deducir o sean indicativos de que no existe necesidad de la ejecución de la pena o de una parte de ella. De manera que, una vez demostrados los requisitos correspondientes, al condenado le asiste un verdadero derecho al subrogado penal, y su otorgamiento, por tanto,

5 Según el texto constitucional colombiano en su artículo 248. Únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales.

no podrá considerarse como una gracia o favor que dependa del simple arbitrio del juez. (p. 3)

Así las cosas, la consecución de dicho beneficio ahora debe tener presente tanto factores objetivos como subjetivos, estos últimos relacionados con antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado y que deben ser aportados por la institución penitenciaria, quien dará cuenta de dichos factores y de la conducta asumida por este en su estadía en la prisión.

Con todo, el operador judicial se encuentra con dos elementos para la toma de la decisión, por un lado, el factor objetivo, que no presenta mayores dificultades, y el subjetivo sobre el cual recae la mayor importancia y fuerza de la decisión, pues el juez al momento de resolver sobre la negación o concesión del subrogado no cuenta con informes técnicos, de carácter criminológico importante para poder pronosticar o definir sobre este. En el mejor de los casos tendrá la cartilla biográfica y una resolución favorable de las autoridades penitenciarias.

Por otra parte, encontramos la figura de la libertad condicional del infractor penal, en la cual se destaca que el juez, previa valoración de la conducta punible, concederá la libertad condicional a la persona condenada a pena privativa de la libertad cuando haya cumplido con los siguientes requisitos:

1. Que la persona haya cumplido las tres quintas (3/5) partes de la pena.
2. Que su adecuado desempeño y comportamiento durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución de la pena.
3. Que demuestre arraigo familiar y social.

Corresponde al juez competente para conceder la libertad condicional establecer, con todos los elementos de prueba allegados a la actuación, la existencia o inexistencia del arraigo. En todo caso, su concesión estará supeditada a la reparación a la víctima o al aseguramiento del

pago de la indemnización mediante garantía personal, real, bancaria o acuerdo de pago, salvo que se demuestre insolvencia del condenado. El tiempo que falte para el cumplimiento de la pena se tendrá como periodo de prueba y cuando este sea inferior a tres años, el juez podrá aumentarlo hasta en otro tanto igual, de considerarlo necesario (artículo 64, C.P.).

En conclusión, las consecuciones de los subrogados penales presentan un fundamento inspirador que es

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

Sin duda, los subrogados penales permiten, por un lado, que los efectos perversos de la institucionalización del infractor penal sean menores y, por otro, que el proceso de resocialización tenga eficacia en el sistema progresivo, son estos mecanismos llamados a equilibrar la privación de libertad y la efectiva resocialización como formulas *ius-humanistas* que se han establecido en la historia jurídica de muchos países como medidas penales alternativas (Cuello, 1958).

La libertad condicional

Podríamos decir que los antecedentes de la libertad condicional están en la colonia penal de la isla de Norfolk en Australia, cuando el superintendente de la colonia, Alexander Maconochie⁶, invento el siste-

6 Tomado del El Centro Alexander Maconochie (AMC) es la prisión de ACT para las personas condenadas a prisión y prisión preventiva a tiempo completo. “Maconochie dismantló la horca, que se había erigido como un emblema permanente de temor fuera de la puerta del cuartel de los prisioneros. Tiró los gatos especiales de doble carga de nueve colas utilizados por los azotadores. Construyó dos iglesias en la isla, una para los católicos y la otra para los

ma de marcas o llamado “marks system” que permitía poner marcas o puntos como recompensas al trabajo y con los cuales se podía obtener el tiquete de liberación (*ticket of leave*)⁷ y que fue utilizado por Montesinos (Fernández , 2019).

En Colombia los antecedentes de la figura de la libertad condicional los podemos rastrear en los códigos penales de 1936 y 1980, es en estas dos disposiciones donde se incorpora esta figura otorgada a condenados que hubieran cumplido las dos terceras partes de su sanción, en el caso del código del 36 se requería además que la pena fuera de prisión o arresto y no superara los dos años, en el código del 80 que fuera mayor a tres años y en ambos casos contar con buena conducta en el respectivo establecimiento carcelario, poseer antecedentes en orden y permitir al juez presumir o suponer fundadamente que el infractor penal había dejado de ser peligroso para la sociedad, que no volvería a delinquir y tendría una readaptación social.

En términos generales, la libertad condicional es una figura mediante la cual el juez de ejecución de penas autoriza la salida de prisión a los condenados que cumplan con algunas condiciones de carácter objetivo y subjetivo. En otras palabras, es un mecanismo en el que el condenado pueda recobrar su libertad antes del cumplimiento total de la pena impuesta.

Así mismo, y anterior a la expedición del Código Penal de 2000, se aprobó el código penitenciario y carcelario colombiano, Ley 65 de 1993, en el marco de la idea de modernización del Estado y de la búsqueda de solución a los graves problemas que para esa fecha presentaba el sistema carcelario, este último expedido para regular el cumplimiento

protestantes, y reservó una habitación en el cuartel como una sinagoga improvisada para los judíos. Le dio a cada hombre una parcela de la tierra fértil de la isla, organizó clases de horticultura y horticultura, y los alentó a vender sus productos excedentes a los oficiales. “Por eso busqué distribuir propiedades entre ellos, y desde su posesión inculcar un sentido y valor por sus derechos” http://www.cs.act.gov.au/custodial_operations/types_of_detention/alexander_maconochie_centre

7 Véase Morris, N. (2002). *Maconochie's Gentlemen. The History of Norfolk Island*. Oxford University.

de las medidas de aseguramiento, la ejecución de las penas privativas de la libertad personal y de las medidas de seguridad.

Esta disposición continúa con el modelo de sistema progresivo⁸ en fases, con la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor penal a través del tratamiento penitenciario, el cual se realiza atendiendo los criterios de examen de la personalidad, la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario (artículo 10.º Código Penitenciario). Con todo, este modelo se sustenta en el programa de oportunidades (P.A.S.O.)⁹ y de los diferentes órganos colectivos.

Y es en el marco de lo anterior que podemos considerar la libertad condicional como una formula o institución muy importante, primero de despoblación penitenciaria y segundo como elemento de eficacia en el proceso resocializador del infractor penal. En suma, esta ha sido asociada desde sus orígenes con el modelo adoptado en Colombia del sistema progresivo entendiéndose como un beneficio que pone al infractor penal en prueba previo a su liberación definitiva.

Concretamente con el Código Penal Ley 599 de 2000 se estipuló en el artículo 64.º la libertad condicional, en la cual: “el juez concederá” la libertad condicional al condenado a pena privativa de la libertad que fuera mayor de tres (3) años, al haber cumplido las tres quintas

8 En *Revista de Estudios Penitenciarios* (Homenaje al Coronel Montesinos), edición núm. 159 de 1962 290-291, se describía el sistema progresivo como las “Bases en que se apoya mi sistema penal sin las que serán no solo inútiles sino perjudiciales cuantos medios se intenten para morigerar a nuestros criminales; obtenidas por el estudio de sus costumbres en el dilatado tiempo de veinte años que he desempeñado el destino de primer jefe del establecimiento penal de Valencia e Inspector General de los demás del Reino; circunstancia que me ha facilitado observar el carácter, índole y tendencias de los delincuentes de todas las provincias de España en las que he planteado mi método y conseguido iguales resultados; sin necesidad de apelar a la fuerza ni á duros castigos, valiéndome únicamente de las máximas siguientes: Inspirar al hombre en el alma del delincuente sentimientos de lenidad y afición al trabajo, enca-minándolos a útiles ocupaciones, debe ser objeto moral de las penitenciarias públicas, para que desde ellas no salgan a precipitarse de nuevo en la carrera interminable de los delitos”

9 Plan de Acción y Sistema de Oportunidades (cada día un paso hacia la libertad).

partes de la condena, “siempre” que de su buena conducta en el establecimiento carcelario pudiera el juez deducir, motivadamente, que no existe necesidad para continuar con la ejecución de la pena. En esencia, esta medida no presentaba mayores variaciones que las definidas en la legislación de 1936 y 1980 como antecedentes de esta.

En este caso, la obligación del juez era categórica al darle la capacidad de otorgar este beneficio, solo atendiendo los factores objetivos y las probanzas de la buena conducta que certificara el INPEC, lo cual en definitiva se tornaba en una consideración de carácter objetivo, por ejemplo: es mayor de tres años, ha tenido buena conducta, se concede el subrogado.

No ha sido así, esta codificación exigía para la dosificación de la pena no tener en cuenta circunstancias y antecedentes revisados para su aprobación en etapa de juicio y limitaba su periodo, al tiempo que le faltara para el cumplimiento total de la condena. Esta disposición fue objeto de modificación mediante el artículo 5.º de la Ley 890 de 2004 e incorporó en esta la expresión “el juez podrá” conceder la libertad condicional, dejando en esta la posibilidad del otorgamiento o no. De tal suerte que la valoración de si se concedía o no dicho subrogado dependiera más o menos del estado anímico del operador judicial que de elementos objetivos; aunado a lo anterior, se supeditó nuevamente su concesión al pago total de la multa y de la reparación a la víctima.

No obstante, este artículo en su redacción original fue posteriormente modificado por la Ley 1709 de 2014 en su artículo 64.º, para incorporar un nuevo matiz al componente valorativo-subjetivo del juez al establecer que

El juez, previa valoración de la conducta punible, concederá la libertad condicional a la persona condenada a pena privativa de la libertad cuando haya cumplido con los requisitos establecidos: tres quintas (3/5) partes de la pena, el desempeño y comportamiento, y el arraigo familiar y social. (Ley 1709 de 2014)

Corresponde al juez competente para conceder la libertad condicional establecer, con todos los elementos de prueba allegados a la actuación, la existencia o inexistencia del arraigo.

En todo caso, la concesión está supeditada a la reparación a la víctima o al aseguramiento del pago de la indemnización mediante garantía personal, real, bancaria o acuerdo de pago, salvo que se demuestre insolvencia del condenado. En este mismo orden, el tiempo que le falte para el cumplimiento de la pena se tendrá como periodo de prueba. Cuando este sea inferior a tres años, el juez podrá aumentarlo hasta en otro tanto igual, de considerarlo necesario. Finalmente, esta modificación adicionó nuevos elementos que ponen mayores condicionamientos para su concesión, en este caso: la valoración de la conducta, el arraigo, la reparación.

En consecuencia, se requiere nuevamente del análisis de la “conducta punible” del infractor penal, apartándose del sentido teleológico que esta medida compete en el proceso de resocialización del infractor penal y restringiendo aún más el uso y utilización de esta, al exigir adicionalmente demostrar el arraigo y, por supuesto, la reparación de la víctima.

Finalmente, esta doble valoración de la conducta punible desdibuja el sentido del subrogado penal de la libertad condicional, pues este no es un beneficio o gracia dada al infractor penal, sino que este hace parte del sistema progresivo resocializador y readaptador del privado de la libertad, elemento propio de nuestro sistema de ejecución de penas, como lo refiere García (2001), “la libertad condicional es el último grado del sistema penitenciario y aunque exista un beneficio penitenciario que permite el adelantamiento de la libertad del penado en determinados casos, dicha institución no es *stricto sensu* un beneficio penitenciario, ni tampoco es una forma sustitutiva de las penas privativas de libertad” (p. 35).

En definitiva, podemos decir que la libertad condicional en el sistema de ejecución de penas colombiano tiene una doble finalidad, por un lado, cumplir con los pasos del sistema progresivo y, por otro, ayudar a la despoblación del sistema carcelario. Aunque, también se advierta que puede ser una recompensa para quien se porta bien en prisión (buena conducta) y, por tanto, requiera de tanta valoración.

Sin embargo, ante la inquietud sobre la doble valoración de la conducta punible y si esta desbordaría las capacidades del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, a la vez que echaría al traste

el principio de *non bis in ídem*, fue resuelto por la honorable Corte Constitucional al establecer en el análisis de inconstitucionalidad lo siguiente:

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). [...] 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. Finalmente, la Corte concluye que los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad deben aplicar la constitucionalidad condicionada de la expresión “previa valoración de la conducta punible” contenida en el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014, en todos aquellos casos en que tal condicionamiento les sea más favorable a los condenados. (p. 54)

Con lo anterior, queda zanjada la discusión en el otorgamiento de esta medida que tiene esa finalidad de contribución en el proceso de resocialización del infractor penal, propia de nuestro Estado social de derecho, donde la ejecución de la sanción penal esté orientada por finalidades de prevención especial positiva, buscando ante todo la resocialización del condenado. De esta manera lo deja ver la misma Corte en pronunciamiento del magistrado Alejandro Martínez Caballero:

Sin embargo, a pesar de esas inevitables tensiones y discusiones, lo cierto es que durante la ejecución de las penas debe predominar la búsqueda de resocialización del delincuente, ya que esto es una consecuencia natural de la definición de Colombia como un Estado social de derecho fundado en la dignidad humana (CP art. 1º), puesto que el objeto del derecho penal en un Estado de este tipo no es excluir al delincuente del pacto social sino buscar su reinserción en el mismo. (Sentencia C-261 de 1996)

En igual sentido, la ley determina que el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad debe verificar los supuestos tanto de carácter objetivo como subjetivo, las 3/5 partes, la existencia de arraigo, la conducta y, desde luego, la nueva valoración de la conducta punible por la que fue condenada la persona privada de la libertad. Ya que, según el criterio de los tribunales, esta valoración permite establecer si el proceso resocializador viene cumpliendo su cometido y si el infractor no volverá a cometer dicho delito (reincidir).

Por otra parte, atendiendo el papel de los subrogados en el proceso individual de los privados de la libertad, el ordenamiento jurídico internacional presenta un marco normativo que reitera la exigibilidad de normas que fundamentan la necesidad de programas para la reinserción social, aunado a esto la exigencia de mecanismos que incentiven la libertad condicional, por citar algunos de estos instrumentos internacionales tenemos La Regla Mandela¹⁰ regla 87:

Es conveniente que, antes de que el recluso termine de cumplir su pena, se adopten las medidas necesarias para asegurarle un retorno progresivo a la vida en sociedad. Este propósito puede alcanzarse, según los casos, con un régimen preparatorio para la puesta en libertad, organizado dentro del mismo establecimiento penitenciario o en otra institución apropiada, o mediante la libertad condicional bajo una vigilancia que no deberá confiarse a la policía y que comprenderá una asistencia social eficaz.

Igualmente, el artículo 10.º numeral 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece como una necesidad brindar un tratamiento que contribuya a la readaptación social del infractor penal y, en el mismo orden de ideas, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, contempla, en el artículo 5.º n.º 6, que las penas privativas de la

10 Véase Resolución 70/176 de la Asamblea General, anexo, aprobada el 17 de diciembre de 2015.

libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

En igual sentido, la ONU en su resolución n.º 45/110 del 14 de diciembre de 1990 adoptó las reglas de Tokio, producto del 8.º Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, preceptuando que, en el marco de cada medida no privativa de la libertad, se debe determinar cuál es el tipo más adecuado de vigilancia y tratamiento para cada caso particular con el propósito de ayudar al delincuente a enmendar su conducta delictiva. El régimen de vigilancia y tratamiento se revisará y reajustará periódicamente, cuando sea necesario (10.3).

En cuanto a este subrogado, podemos concluir con una hipótesis en la cual: cuanto más utilizamos la libertad condicional menor es el número de población privada de la libertad y, por ende, de hacinamiento carcelario.

Mecanismos sustitutivos de la prisión

Es usual la utilización de mecanismos sustitutivos de la prisión como análogo de los subrogados penales. No obstante, en el presente trabajo queremos hacer clara dicha distinción desde el punto de vista epistemológico, ya que en la suspensión de la ejecución de la pena y la libertad condicional el individuo, si bien es cierto sigue *subjudice* bajo la ejecución de su sanción, este puede gozar del libre desplazamiento, en otras palabras, puede gozar de la “libertad”. Sin embargo, con los mecanismos sustitutivos de la prisión solo cambiamos de lugar o forma de confinamiento.

En este sentido, y de acuerdo con Nunes Apolinário (2008), el positivismo criminológico del siglo XIX, fuera de los elementos propios del humanismo de la pena y la sanción, demuestran las falencias y dificultades del Estado a la hora de la ejecución de las penas. Situación que hace que las penas alternativas o sustitutivas de la prisión adquieran mayor interés en el control social del delito y del delincuente.

De la prisión domiciliaria

Esta figura aún problemática en Colombia por su uso para delitos de cuello blanco y de alta sensibilidad para el país, puede ser rastreado desde una mirada historiográfica a partir de los primeros aborígenes colombianos, así lo refiere Arias (2019) en relación con las comunidades muiscas:

Es por esta razón que a pesar de no existir una clara referencia al derecho civil y a su división en materia jurídica estos discursos establecieron elementos que permitían el respeto por la propiedad privada, es así como un pasaje nos refiere como al deudor moroso se le imponía como castigo la «casa por cárcel» con un sistema ingenioso de seguridad consistente en que este debería alimentar un tigrillo montes con diferentes animales, ubicado a la entrada de su domicilio y este sería retirado solo si el deudor pagara su deuda. De tal manera, que dicha disposición no lograba diferenciar el derecho civil del penal, sino que las deudas se pagaban con privación de la libertad o con mutilación de sus miembros. (p. 40)

Otra referencia interesante sobre la reclusión domiciliaria la presenta Arias (2019) citando a Aguado en la cual relata que entre la comunidad de los amanes y en cuanto al delito de contraer relaciones sexuales prematrimoniales la sanción consistía en “recluirlo por seis meses o más en la casa en que se celebraban los matrimonios con derecho solamente a una bebida y comida diariamente” (p. 39).

Ya en las siete partidas en época de Colonia se estableció una importante distinción dada a los nobles, para que estos no fueran llevados a prisión, sino que se recluyeran en su casa o domicilio, es tal vez este pasaje de las siete partidas, el que refiere la fuente de lo que hoy se ha convertido o siempre ha sido la prisión domiciliaria en Colombia:

Mandando el rey o el juzgador guardar a algunos hombres por daño que hubieran hecho, aquel o aquellos que lo hubieren de hacer por su mandado han de ser mesurados [...] que si aquel a quien hubieren de guardar —capturar— fuere hombre de buena

nombradía que tenga casa y mujer, e hijos rogare a aquellos que lo recauden que lo lleven a su casa [...] y que lo guarden de manera que no pueda huir ni encerrarse en la iglesia ni en otro lugar. (Sabio, 1807, p. 693)

Así mismo, esta regla tenía una excepción y estaba configurada en la misma partida VII, título 29, Ley 15, así estipulada:

Pero si algunos quisieren facer cárceles en sus casas para guardar sus moros cautivos, bien lo pueden facer sin mandado del rey, et non caen por ende en pena, pues que las facen para guardar sus siervos en que han señorío, et lo facen porque non se fuyan á tierras de moros. (Sabio, 1807, Partida VII, T.XXIX, L. XV, p. 701)¹¹

Por su parte, la Constitución de 1811 a falta de un ordenamiento penal codificado estableció la detención domiciliaria, limitando el ejercicio de los jueces a tres sanciones concretas: por prisión, encerrando la persona en las casas públicas destinadas para este efecto y conocidas con el nombre de cárceles; por arresto, previniendo a la persona que se mantuviera en la casa de su domicilio a disposición del juzgado o tribunal que dictaba la providencia, y, finalmente, por arraigo, al mandar que se mantuviera a la persona en el poblado de su residencia o, en caso necesario, confinarla en otro poblado a la orden del juzgado o tribunal que la arraigara (Calvo, 1811).

Ya en nuestra legislación actual, encontramos la prisión domiciliaria como un mecanismo sustitutivo de la prisión, el cual se encuentra regulado en el artículo 38.º del Código Penal, Ley 599 de 2000, allí se señala: la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión la cual consistirá en la privación de la libertad en el lugar de residencia o morada del condenado o en el lugar que el juez determine.

El sustituto podrá ser solicitado por el condenado independientemente de que se encuentre con orden de captura o privado de su libertad, salvo cuando la persona haya evadido voluntariamente la acción

¹¹ Adaptación propia de los autores.

de la justicia. Por su parte el párrafo de la norma prevé que la detención preventiva puede ser sustituida por la detención en el lugar de residencia en los mismos casos en los que procede la prisión domiciliaria. En estos casos se aplicará el mismo régimen previsto para este mecanismo sustitutivo de la prisión (artículo 38.º Código Penal).

Del articulado anterior, podemos establecer una definición de la prisión domiciliaria como un mecanismo mediante el cual se sustituye o cambia el lugar de privación de la libertad de un condenado. Quiere decir con ello, que el individuo sigue estando privado de su libertad, en este caso en su domicilio del cual no puede salir so pena que la medida le sea revocada o se vea incurso en otro delito por fuga de presos.

Por otra parte, para el otorgamiento de la prisión domiciliaria es necesario cumplir con una serie de requisitos que el mismo ordenamiento jurídico enlista de la siguiente manera:

1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.
2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2º del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.
3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado.

En todo caso corresponde al juez de conocimiento, que imponga la medida, establecer con todos los elementos de prueba allegados a la actuación la existencia o inexistencia del arraigo.

4. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:

- a) No cambiar de residencia sin autorización, previa del funcionario judicial;
- b) Que dentro del término que fije el juez sean reparados los daños ocasionados con el delito. El pago de la indemnización debe asegurarse mediante garantía personal, real, bancaria o mediante acuerdo con la víctima, salvo que demuestre insolvencia;
- c) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello;

d) Permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión. Además, deberá cumplir las condiciones de seguridad que le hayan sido impuestas en la sentencia, las contenidas en los reglamentos del Inpec para el cumplimiento de la prisión domiciliaria y las adicionales que impusiere el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad. (Artículo 38B Código Penal)

Una vez otorgada esta medida será el juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad quien debe ejercer el control de esta, anterior a que la autoridad penitenciaria, en este caso el INPEC, presente los informes de las visitas y seguimientos que debe realizar al domicilio del beneficiario, así mismo, en cumplimiento de convenios de cooperación esta institución realiza controles con la Policía Nacional a través de los cuadrantes y los sistemas de seguimiento electrónicos (artículo 38C Código Penal colombiano).

Esta medida sustitutiva debe ser cumplida en el lugar de domicilio que se aportó en el momento de la solicitud, salvo que ese domicilio pertenezca a su vez a la víctima del delito. Por tal razón, quien solicita esta medida debe tener o demostrar un “arraigo”, situación que ha generado alguna polémica al momento de su verificación, en especial por los medios probatorios, ya que en todo caso corresponde al juez de conocimiento, que imponga la medida, establecer con todos los elementos de prueba allegados a la actuación la existencia o inexistencia del arraigo. En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia ha definido la expresión arraigo como:

Proveniente del latín *ad radicare* (echar raíces), supone la existencia de un vínculo del procesado con el lugar donde reside, lo cual se acredita con distintos elementos de juicio, entre otros, tener una residencia fija y estable, vivir en ella junto con la familia y estar presto a atender el requerimiento de las autoridades. (CSJ SP6348-2015, 25 may. 2015, Rad. 29581)

A pesar de la definición, el problema consistía en aquellos privados de la libertad que no cumplieran con estos requisitos o exigencia,

en especial los que no podrían probarle al juez de conocimiento que tenían ese arraigo y, por tanto, no se evadirían o fugarían de su residencia, pues bien, la misma Ley 1709 de 2014 definió y estableció la finalidad de los centros de arraigo transitorio, los cuales tanto su construcción y adecuación son obligación de los entes territoriales¹², estos buscan garantizar la comparecencia al proceso y allí se debe dar una atención preventiva para aquel que no cuenta con un domicilio definido o con arraigo familiar o social. Así los define el artículo 23 A de la Ley 1709 de 2014:

La finalidad del centro de arraigo transitorio es lograr la reinserción laboral de la persona privada de la libertad y la recuperación del arraigo social y familiar, si es del caso, y contribuir a que al momento de proferirse la condena se le pueda otorgar algún mecanismo sustitutivo de la prisión.

Las personas detenidas preventivamente que sean remitidas a centros de arraigo transitorio deben permanecer allí hasta que se ordene su libertad por decisión judicial o se profiera sentencia condenatoria. Una vez proferida la sentencia condenatoria la persona será trasladada al establecimiento penitenciario que corresponda o entrará a gozar de la medida sustitutiva de la prisión, si así lo ha determinado el juez de conocimiento. Los centros de arraigo transitorio deben proveer a las personas que alberguen atención psicosocial y orientación laboral o vocacional durante el tiempo que permanezcan en dichos centros (artículo 23 A).

Finalmente, esta figura trae dos elementos adicionales: el juez podrá autorizar al condenado a trabajar y estudiar fuera de su lugar

12 Parágrafo. del artículo 23 a la nación y las entidades territoriales podrán realizar los acuerdos a que haya lugar para la creación, fusión, supresión, dirección, organización, administración, sostenimiento y vigilancia de los centros de arraigo transitorio en los mismos términos del artículo 17 de la Ley 65 de 1993. En todo caso, la creación de estos centros será progresiva y dependerá de la cantidad de internos que cumplan con los criterios para ingresar a este tipo de establecimientos. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

de residencia, o a desarrollar actividades de redención dentro de ella (manualidades). Pero deberá controlar el cumplimiento de la medida por medio de un mecanismo de vigilancia electrónica. Así lo dispone el artículo 38E.

Redención de pena durante la prisión domiciliaria. La persona sometida a prisión domiciliaria podrá solicitar la redención de pena por trabajo o educación ante el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de acuerdo a lo señalado en este Código. Las personas sometidas a prisión domiciliaria tendrán las mismas garantías de trabajo y educación que las personas privadas de la libertad en centro de reclusión.

Parágrafo. El Ministerio de Trabajo generará en coordinación con el Ministerio de Justicia y el Inpec las condiciones necesarias para aplicar la normatividad vigente sobre teletrabajo a las personas sometidas a prisión domiciliaria.

Así mismo, a criterio del juez, que es casi siempre quién ordena que la medida de detención o prisión domiciliaria, se acompañe de un mecanismo de vigilancia electrónica. En este mismo orden de ideas, el Decreto 2636 del 19 de agosto de 2019, por medio del cual se desarrolló el acto legislativo número 03 de 2002, adicionó un artículo a la Ley 65 de 1993, el 29A. En este se dan instrucciones a la autoridad penitenciaria para la ejecución de la prisión domiciliaria.

Este control, o ejecución de la medida, es realizado por el establecimiento carcelario virtual del INPEC, y este procede una vez este ejecutoriada la sentencia que impone la pena de prisión y dispuesta su sustitución por prisión domiciliaria, el juez envía una copia al director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, este debe señalar, dentro de su jurisdicción, el establecimiento de reclusión que se encargará de la vigilancia del penado y adoptará entre otras las siguientes medidas:

- Visitas aleatorias de control a la residencia del penado.
- Uso de medios de comunicación como llamadas telefónicas.

- Testimonio de vecinos y allegados.
- Labores de inteligencia.

Durante el cumplimiento de la pena el condenado podrá adelantar las labores dirigidas a la integración social que se coordinen con el establecimiento de reclusión a cuyo cargo se encuentran. Así mismo, tendrá derecho a la redención de la pena en los términos establecidos en la ley (estudio o trabajo). En caso de salida de la residencia o morada, sin autorización judicial, desarrollo de actividades delictivas o incumplimiento de las obligaciones inherentes a esta pena, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) dará inmediato aviso al juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, para efectos de su revocatoria (artículo 29.º Ley 65/93).

Esta figura domiciliaria también tuvo su reglamentación y ampliación mediante la Ley 750 de 2002 en la cual se determinó que si el infractor de la ley penal era mujer cabeza de familia¹³ podría cumplir su pena en el lugar de su residencia, pero para ello debía verificar unos requisitos entre los cuales se encuentra un buen desempeño personal, laboral, familiar o social, elementos que le permiten al juez determinar que no colocará en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente, el pago de caución, buena conducta entre otros (artículo 1.º).

13 Corte Constitucional sentencia C 184 de 2003, M. P.: Manuel José Cepeda “Una mujer es cabeza de familia cuando, en efecto, el grupo familiar está a su cargo. Aunque en el mismo artículo se incluye un parágrafo en el que se indica que la mujer deberá declarar ante notario dicha situación, tanto cuando la adquiera como cuando la pierda, para efectos de prueba, no es una condición que dependa de una formalidad jurídica. Con la categoría ‘mujer cabeza de familia’ se busca preservar condiciones dignas de vida a los menores y personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta a cargo de ella, al tiempo que se pretende apoyar a la mujer a soportar la pesada carga que, por razones, sociales, culturales e históricas han tenido que asumir, abriéndoles oportunidades en todas las esferas de su vida y de su desarrollo personal y garantizándoles acceso a ciertos recursos escasos”.

Esta norma tuvo posteriormente una revisión por parte del Tribunal de cierre, quien determinó declarar exequible los apartes acusados del artículo 1.º de la Ley 750 de 2002.

Pero en el entendido de que, cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley, el derecho podrá ser concedido por el juez a los hombres que, de hecho, se encuentren en la misma situación que una mujer cabeza de familia, para proteger, en las circunstancias específicas del caso, el interés superior del hijo menor o del hijo impedido. (Sentencia C-184 de 2003)

Es necesario resaltar la línea jurisprudencial en el sentido de determinar que cuando el juez de conocimiento haya decidido en la sentencia la negación de dicho beneficio este no podrá ser otorgado por el juez de Ejecución que tenga bajo su conocimiento y potestad la ejecución de la sanción (Corte Suprema de Justicia, 2005, p. 45).

Finalmente, es necesario dar cuenta de la sustitución de la detención preventiva por una detención domiciliaria que, si bien es para aquellos que cumpliendo unos requisitos no ingresan a la prisión, como es el caso cuando el imputado o acusado sea mayor de sesenta y cinco (65) años, siempre que su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito hagan aconsejable su reclusión en el lugar de residencia, cuando a la imputada o acusada le falten dos (2) meses o menos para el parto. Igual derecho tendrá durante los seis (6) meses siguientes a la fecha de nacimiento, cuando el imputado estuviese en estado grave por enfermedad, previo dictamen de médicos oficiales y en esta ocasión podrá el juez determinar si su internamiento será en una clínica o en su residencia (artículo 314, Ley 906/2004) desde luego, anterior al cumplimiento de algunos requisitos como suscribir un acta, no cambiar de residencia, someterse al mecanismo electrónico y concurrir al llamado de la autoridad penitenciaria o judicial.

Reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave

Encontramos en el Código Penal la figura de la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave, la cual consiste en que el juez puede autorizar la ejecución de la pena privativa de la libertad en la residencia del penado o en un centro hospitalario determinado por el INPEC, siempre y cuando se encuentre aquejado por una enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal y que al momento de concederse no tenga otra pena suspendida por el mismo motivo (artículo 68.º Código Penal colombiano).

Como en los demás casos para la concesión de este beneficio existen requisitos adicionales como previo concepto de médico legista especializado, exámenes periódicos al sentenciado y si estos determinan mejoría la medida puede ser revocada y cuando el condenado sea quien escoja el centro hospitalario, los gastos correrán por su cuenta.

No obstante a lo anterior, el privado de la libertad mediante informe técnico de especialista (medicina legal) debe establecer que el padecimiento médico dictaminado por el legista especializado es incompatible con la vida en reclusión, esto es que si sigue con la reclusión intramuros su vida resultaría amenazada. Pero, en muchos casos, la determinación consiste en establecer si al privado de la libertad la Uspec y el INPEC le están garantizando los tratamientos médicos, entre otras, si se encuentran afiliados al régimen contributivo o cuentan con un sistema voluntario de salud (Corte Suprema auto P4024-2018[53601]).

El estado grave de salud debe ser incompatible con la vida en prisión, elemento que ha sido muy utilizado por los jueces para denegar el beneficio bajo el argumento que la responsabilidad del Estado y del INPEC, es la atención en salud de la población privada de la libertad desconociendo la realidad penitenciaria y carcelaria, ya que el INPEC debe estar en capacidad de atender todo tipo de dolencias con los privados de la libertad y tener todos los recursos disponibles en el interior de los centros carcelarios o penitenciarios.

Del mecanismo electrónico

El artículo 38A del Código Penal colombiano, adicionado por el artículo 50 de la Ley 1142 de 2007, incorpora el sistema de vigilancia electrónica como substitutivos de la prisión. En este sentido, el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad podrá ordenar su utilización. No obstante, y como lo hemos apreciado en los demás subrogados o herramientas, estos están condicionados a una serie de requisitos tanto objetivos como subjetivos, en esta ocasión y para la substitución por una medida electrónica se requiere en primer lugar que la pena que se haya impuesto no supere el *quantum* punitivo de los ocho (8) años de prisión.

Sin embargo, inmediatamente después el artículo 38 A enlista una serie de excepciones si se trata de delitos de genocidio, contra el derecho internacional humanitario, desaparición forzada, secuestro extorsivo, tortura, desplazamiento forzado, tráfico de migrantes, trata de personas, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, extorsión, concierto para delinquir agravado, lavado de activos, terrorismo, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes.

No obstante, la lista de excepciones y limitaciones no termina ahí y en el numeral 2 del precitado artículo exige ahora que la persona no haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores, pero también que el desempeño personal, laboral, familiar o social del condenado permita al juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena, que pague la multa, repare los daños ocasionados, garantice mediante caución el cumplimiento de las obligaciones de observar buena conducta, no incurrir en delito o contravención mientras dure la ejecución de la pena y comparecer ante quien vigile el cumplimiento de la ejecución de la pena cuando fuere requerido para ello.

Sobre el origen de implementar sistemas electrónicos para el monitoreo electrónico de la población privada de la libertad, podemos decir que uno de los comienzos se dio en América del Norte, más

concretamente en los Estados Unidos de Norteamérica, cuando el señor Ralph Schwitzgebel presentó un modelo de control electrónico para delincuentes reincidentes y personas con trastornos mentales, para ello desarrolló el *transmitter reinforcer* (BT-R) (Schwitzgebel, 1968).

Posteriormente, fueron revisándose herramientas menos costosas y más eficaces, es el caso conocido en la implementación de estos dispositivos, el del juez Jack Love Quine en Albuquerque, Nuevo México en 1983. Impuso la primera sentencia de arresto domiciliario con control electrónico para condenados a prisión por conducir en estado de ebriedad adoptando así en 1984 en la Florida el primer programa de control electrónico. Y finalmente utilizado en el control de la “probation” o libertad condicional (Armaza, 2009).

En el caso colombiano, se estableció que la puesta en marcha de este sistema de vigilancia electrónica como sustitutivos de la prisión se implementaría de manera gradual, anterior al contar con la respectiva apropiación presupuestal y de la reglamentación que para el caso hiciera el Gobierno nacional. Es así, como este mecanismo, si bien es cierto empezó a gestarse desde el año 2007 como una forma autónoma y como una salida para la despoblación de las cárceles, terminó siendo un mecanismo adicional y complementario de la detención y prisión domiciliaria, lo que sin lugar a duda terminó perdiendo fuerza y finalidad.

Posteriormente, se expidió el Decreto 2336 del 2004 que adicionó un artículo a la Ley 65 de 1993 el 29B del siguiente tenor:

Seguridad electrónica como pena sustitutiva de prisión. En los delitos cuya pena impuesta no supere los cuatro años de prisión, respecto de los que no proceda la prisión domiciliaria; el juez de ejecución de penas, podrá sustituir la pena de prisión por la de vigilancia a través de mecanismos de seguridad electrónica. Con las restricciones en especial que dicho mecanismo no se aplicará respecto de las conductas punibles que atenten contra la libertad, integridad y formación sexuales, eficaz y recta impartición de justicia y libertad individual. (Ley 65 de 1993)

De los sistemas utilizados por Colombia, tenemos de acuerdo con el Decreto 1069 de 2015 tres modalidades: el seguimiento pasivo RF, el seguimiento activo GPS y el reconocimiento de voz. En cuanto al primero, el artículo 2.2.1.9.3. lo define como el sistema de vigilancia, a través del cual se instala un dispositivo consistente en un brazalete o una tobillera en el cuerpo del sindicado, imputado o acusado, según fuere el caso, el cual transmite a una unidad receptora, la que a su vez se encuentra conectada a una línea telefónica convencional.

Por su parte, el seguimiento activo-GPS consiste en un brazalete o tobillera en el cuerpo del sindicado, imputado o acusado, según fuere el caso, el cual llevará incorporada una unidad GPS (sistema de posicionamiento global), la cual transmitirá la ubicación del beneficiario, indicando si ha llegado a zonas de exclusión. Y finalmente, el reconocimiento de voz, por medio del cual se lleva a cabo una llamada al lugar de residencia del sindicado, esta autentica su identidad comparando su voz contra una impresión de voz previa tomada durante el proceso de registro.

Finalmente, como lo refiere Arias (2019), todo “parte de revisar el sentido teleológico de la cárcel electrónica en Colombia, donde resaltamos que su cometido aún está en proceso y no contamos con suficiente ilustración para apresurarnos a plantear su rotundo fracaso” (p. 327).

Capítulo III. Caracterización de la población privada de la libertad de la regional noroeste INPEC durante el periodo 2014-2020

Contexto

El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario Colombiano (INPEC) administra dentro del territorio nacional un total de 136 establecimientos penitenciarios y carcelarios y para ello conforma 6 regionales operativas: central, occidental, norte, oriente, noroeste y viejo caldas. La regional central está constituida por los departamentos de Amazonas, Caquetá, Boyacá, Cundinamarca, Huila, Meta, Tolima y Casanare. El regional occidente por los departamentos Cauca, Nariño, Putumayo y Valle. Norte por Atlántico, Bolívar, Cesar, Córdoba, La Guajira, Magdalena, San Andrés y Sucre. Oriente por los departamentos de Arauca, Norte de Santander y Santander. La regional noroeste está conformado por Antioquia y Chocó y, por último, el Viejo Caldas, el cual está conformado por los departamentos de Boyacá, Tolima, Caldas, Quindío y Risaralda.

La regional noroeste tiene a su cargo 21 establecimientos. El número de cupos asignados para ambos departamentos es de 8485.

El departamento del Chocó cuenta con dos establecimientos penitenciarios: Quibdó e Istmina. Por su parte, Antioquia cuenta con establecimientos en los municipios de Apartadó, Caucasia, Puerto Berrío, Santa Rosa de Osos, Yarumal, Santa Fe de Antioquia, Puerto Triunfo, Santo Domingo, Itagüí, La Ceja, Santa Bárbara, Sonsón, Jericó, Támesis, Ciudad Bolívar y en Medellín con dos centros penitenciarios y carcelarios.

Este capítulo pretende construir, a partir de los datos derivados de la regional noroeste del INPEC, una caracterización de las personas recluidas en los establecimientos penitenciarios y carcelarios ubicados en los departamentos de Antioquia y Chocó por la conducta delictiva de concierto para delinquir, estos análisis incluyen los años 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019 y 2020 hasta el mes de julio.

De manera general, los Establecimientos de Reclusión de Orden Nacional (ERON) no presentaron cambios significativos en cuanto a su capacidad por cada año de estudio, y las regionales con mayor porcentaje de hacinamiento son norte y noroeste. La mayor participación en todos los años fue para la regional central (tabla 1).

Infraestructura, capacidad y población regional noroeste, INPEC 2014-2019

Tabla 1. Infraestructura por ERON al mes de enero según año de estudio

Año	Regional	Cantidad ERON	Capacidad ERON	Población colombiana	Población privada de la libertad	Participación	Porcentaje de hacinamiento (%)
2014	Central	42	28 481	47 661 787	37 624	37.4	31.1
	Occidente	24	14 414		24 862	18.9	72.5
	Norte	16	7 180		13 956	9.4	94.4
	Oriente	14	7 267		12 965	9.6	78.4
	Noroeste	21	8 485		16 316	11.2	92.3
	Viejo Caldas	21	10 239		14 900	13.5	45.5

CAPÍTULO III. CARACTERIZACIÓN DE LA POBLACIÓN PRIVADA DE LA LIBERTAD

Año	Regional	Cantidad ERON	Capacidad ERON	Población colombiana	Población privada de la libertad	Participación	Porcentaje de hacinamiento (%)
2015	Central	41	29 246	48 401 701	35 810	29.9	22.4
	Occidente	24	14 489		24 273	17.5	67.5
	Norte	16	7 756		14 323	11.7	84.7
	Oriente	14	7 331		12 730	10.2	73.6
	Noroeste	21	8 485		15 677	15.3	84.8
	Viejo Caldas	21	10 567		13 947	15.3	32.0
2016	Central	41	29 246	48 747 708	38 318	30.1	31.0
	Occidente	24	14 489		25 198	17.6	73.9
	Norte	15	7 665		14 506	11	89.2
	Oriente	14	7 501		12 237	10.3	63.1
	Noroeste	21	8 485		16 577	15.4	95.4
	Viejo Caldas	21	10 567		13 900	15.4	31.5
2017	Central	41	29 393	49 582 835	40 530	30.1	37.9
	Occidente	24	14 663		24 101	17.6	64.4
	Norte	15	7 735		13 642	11.0	76.4
	Oriente	14	7 575		12 163	10.3	60.6
	Noroeste	21	8 485		14 816	15.4	74.6
	Viejo Caldas	21	10 567		13 673	15.4	29.4
2018	Central	41	29 581	49 834 240	40 101	30.4	35.6
	Occidente	23	14 895		22 979	17	53.4
	Norte	15	7 735		13 533	11.1	75.0
	Oriente	14	7 856		11 475	10.4	46.1
	Noroeste	21	8 582		14 396	15.6	67.7
	Viejo Caldas	21	10 562		12 912	15.6	22.2

(Continúa)

Año	Regional	Cantidad ERON	Capacidad ERON	Población colombiana	Población privada de la libertad	Participación	Porcentaje de hacinamiento (%)
2019	Central	41	30 304	49 395 678	41 733	30.8	37.7
	Occidente	21	15 066		22 800	15.8	51.3
	Norte	15	7747		14 131	11.3	82.4
	Oriente	14	7856		11 900	10.5	51.5
	Noroeste	21	8027		14 733	15.8	83.5
	Viejo Caldas	21	11 227		13 472	15.8	20.0
2020	Central	41	30 535	50 372 424	45 041	31.1	47.5
	Occidente	21	15 315		24 192	15.9	58.0
	Norte	15	7391		13 641	11.4	84.6
	Oriente	14	7880		12 439	10.6	57.9
	Noroeste	20	7808		15 072	15.2	93.0
	Viejo Caldas	21	11 227		13 803	15.9	22.9

Fuente: elaboración propia con información obtenida de INPEC (2020) <https://www.inpec.gov.co/estadisticas/tableros-estadisticos>

La población privada de libertad en la regional noroeste se redujo levemente a través de los años, pasando de 15 266 reclusos en 2014 a 14 954 en 2019. Caso contrario ocurrió con la sobrepoblación que se incrementó con los años, siendo mayor en el 2019 (7146). Los índices de hacinamiento pasaron de 79.9 % en 2014 a cerca de 92.0 % en 2019. La variación del hacinamiento en puntos porcentuales más alta se registró entre el año 2017 (hacinamiento 66.0 %) y 2018 (hacinamiento 83.6 %) con un incremento porcentual de 21.1 % (tabla 2).

Tabla 2. Capacidad y población de los ERON al mes de diciembre por año. Regional noroeste

Año	Capacidad	Población privada de la libertad	Sobrepoblación	% Hacinamiento	Variación porcentual
2014	8485	15 266	6781	79.9	0.0
2015	8485	16 518	8034	94.7	15.6
2016	8485	15 147	6662	78.5	-20.6
2017	8582	14 248	5666	66.0	-18.9
2018	8027	14 739	6712	83.6	21.1
2019	7808	14 954	7146	91.5	8.6

Fuente: elaboración propia con información obtenida de INPEC (2020) <https://www.inpec.gov.co/estadisticas/tableros-estadisticos>

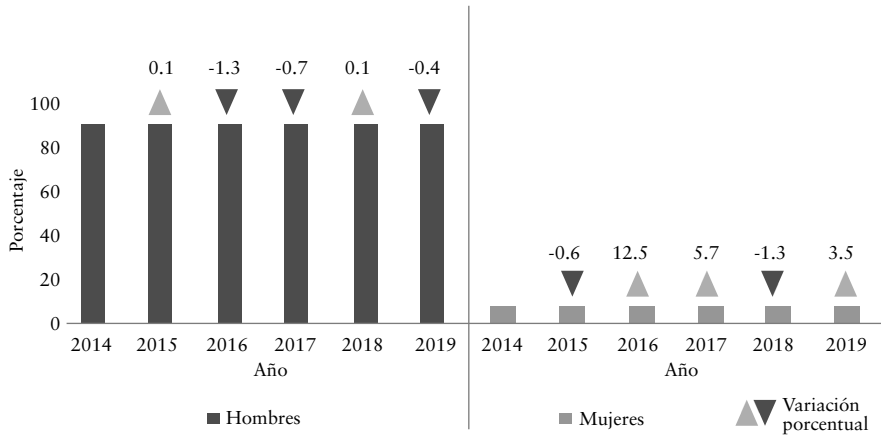
Para todos los años (2014 a 2019) el porcentaje de hombres reclusos fue mayor que el porcentaje de mujeres. Durante los 6 años el porcentaje de hombres varió entre 90.0 % y 92.0 %; mientras que las mujeres estuvieron entre el 8.0 % y 10.0 %. Sin embargo, el porcentaje de hombres se redujo a través de los años, mientras que la proporción de mujeres incrementó. La variación porcentual más notoria del porcentaje de hombres ocurrió entre 2015 y 2016 (-1.3 %), donde el porcentaje de hombres disminuyó pasando de 92.1 % a 90.9 %, respectivamente. En el caso de las mujeres, la variación porcentual más marcada también se observó entre 2015 y 2016 (subió de 7.9 % a 9.1 %), pero con una variación positiva de 12.6 % puntos porcentuales (tabla 3 y gráfica 1).

Tabla 3. Población privada de la libertad por sexo al mes de diciembre por año. Regional noroeste

Año	Población total	Hombres			Mujeres		
		n	%	Variación porcentual	n	%	Variación porcentual
2014	15 266	14 045	92.0	0.0	1 221	8.0	0.0
2015	16 518	15 206	92.1	0.1	1 313	7.9	-0.6
2016	15 147	13 769	90.9	-1.3	1 378	9.1	12.6
2017	14 248	12 858	90.2	-0.7	1 390	9.8	6.7
2018	14 739	13 320	90.4	0.1	1 419	9.6	-1.3
2019	14 954	13 462	90.0	-0.4	1 492	10.0	3.5

Fuente: elaboración propia con información obtenida de INPEC (2020) <https://www.inpec.gov.co/estadisticas-tableros-estadisticos>

Gráfica 1. Población privada de la libertad por sexo al mes de diciembre por año. Regional noroeste



Fuente: elaboración propia con información obtenida de INPEC (2020) <https://www.inpec.gov.co/estadisticas-tableros-estadisticos>

Entre 2014 y 2019 en la región noroeste el porcentaje de hombres sindicados y condenados superaron al porcentaje de mujeres. Los hombres y mujeres sindicados en 2014 fueron de 91.7 % y 8.3 %, respectivamente; mientras que en 2019 fue de 87.3 % y 12.7 %. Por su parte, el porcentaje de hombres y mujeres condenados pasó de 92.1 % y 7.9 % en el 2014 a 91.4 % y 8.6 % en 2019, respectivamente. En ambos casos (sindicados y condenados) el porcentaje de hombres tendió a bajar, mientras que el porcentaje de las mujeres a incrementar (gráfica 2, tabla 4).

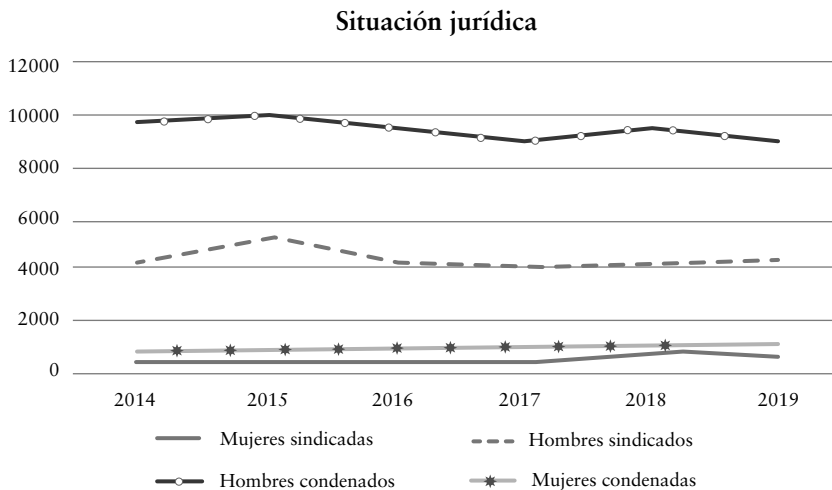
Entre 2016 y 2017 se presentó el decremento porcentual más notorio para la proporción de hombres sindicados (−1.4 %) que pasó de 91.9 % en 2016 a 90.6 % en 2017. En el caso de las mujeres sindicadas, el mayor cambio porcentual (30.2 %) se presentó entre 2017 y 2018 representando un incremento: pasó de 9.4 % a 13.5 %. Por su parte, entre 2017 y 2018 se presentó el cambio más importante en el porcentaje de hombres condenados (variación del 2.2 %), subiendo de 90.1 a 92.1 %. El mayor cambio en el porcentaje de mujeres condenadas se observó en estos mismos años, donde el porcentaje se redujo en un 26.0 % pasando de una proporción de 9.9 % mujeres condenadas en 2017 a 7.9 % en el 2018 (gráfica 2, tabla 4).

Tabla 4. Población privada de la libertad por situación jurídica según sexo al mes de diciembre por año. Regional noroeste

Año	Sindicados						Condenados					
	Hombres			Mujeres			Hombres			Mujeres		
	n	%	Variación porcentual	n	%	Variación porcentual	n	%	Variación porcentual	n	%	Variación porcentual
2014	4185	91.7	0.0	378	8.3	0.0	9860	92.1	0.0	843	7.9	0.0
2015	5252	92.9	1.3	399	7.1	−17.3	9954	91.6	−0.6	914	8.4	6.3
2016	4313	91.9	−1.1	381	8.1	13.0	9456	90.5	−1.2	997	9.5	11.8
2017	3943	90.6	−1.4	409	9.4	13.6	8915	90.1	−0.4	981	9.9	3.8
2018	4020	86.5	−4.7	625	13.5	30.2	9300	92.1	2.2	794	7.9	−26.0
2019	4388	87.3	0.9	637	12.7	−6.1	9074	91.4	−0.8	855	8.6	8.7

Fuente: elaboración propia con información obtenida de INPEC (2020) <https://www.inpec.gov.co/estadisticas/tableros-estadisticos>

Gráfica 2. Población privada de la libertad por situación jurídica según sexo al mes de diciembre por año. Regional noroeste



Fuente: elaboración propia con información obtenida de INPEC (2020) <https://www.inpec.gov.co/estadisticas-tableros-estadisticos>

El mayor porcentaje de mujeres entre 2014 y 2019 de la regional noroeste se presentó en las edades de 30 a 54 años, donde se encontraba más de la mitad de las mujeres privadas de la libertad, mientras que la menor proporción se observó para las edades de 55 años y más (tabla 5, gráfica 3).

El porcentaje de mujeres entre 18 y 29 años se redujo entre los años 2014 a 2018, la variación porcentual más notoria fue para el 2017 (–8.9 %), donde el porcentaje de mujeres en estas edades pasó de 36.3 % en 2016 a 33.3 % en 2017. El grupo de mujeres entre 30 y 54 años se incrementó entre los años 2014 a 2018 con cambios porcentuales positivos pasando de 54.1 % en 2014 a 58.2 % en 2018. El porcentaje de mujeres entre 55 y 64 años también presentó variaciones positivas entre 2014 y 2017, mostrando una reducción marcada entre 2018 y 2019 (variación –24.9 %), pues pasó de 7.8 % a 6.2 %. Por su parte, el porcentaje de mujeres mayores de 64 años presentó una reducción importante entre 2016 y 2017 (variación –60.5 %) (tabla 5, gráfica 3).

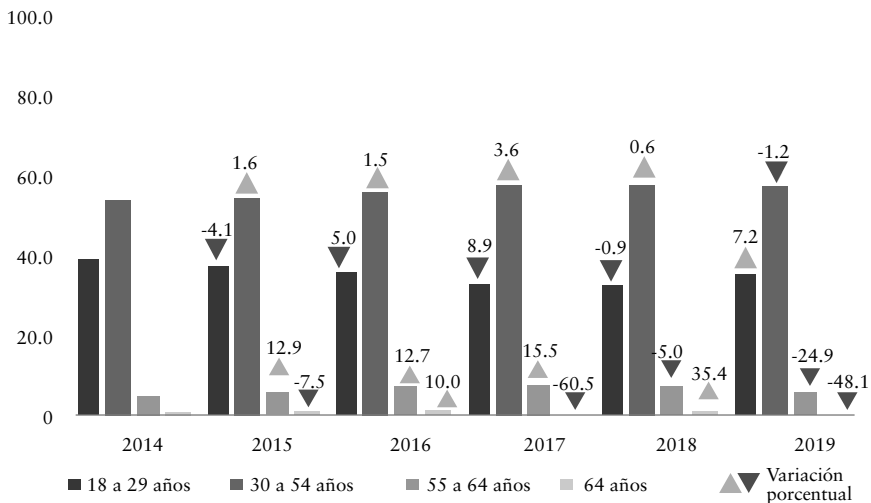
Personas privadas de la libertad por sexo y rango de edad regional noroeste INPEC 2014-2019

Tabla 5. Mujeres privadas de la libertad por rango de edad. Regional noroeste 2014-2019

Año		2014	2015	2016	2017	2018	2019
18 a 29 años	n	484	500	500	474	472	538
	%	39.6	38.1	36.3	33.3	33.0	35.6
	Variación porcentual	0	-4.1	-5.0	-8.9	-0.9	7.2
30 a 54 años	n	661	722	769	823	832	870
	%	54.1	55.0	55.8	57.9	58.2	57.5
	Variación porcentual	0	1.6	1.5	3.6	0.6	-1.2
55 a 64 años	n	64	79	95	116	111	94
	%	5.2	6.0	6.9	8.2	7.8	6.2
	Variación porcentual	0	12.9	12.7	15.5	-5.0	-24.9
> 64 años	n	12	12	14	9	14	10
	%	1.0	0.9	1.0	0.6	1.0	0.7
	Variación porcentual	0	-7.5	10.0	-60.5	35.4	-48.1

Fuente: elaboración propia con información obtenida de INPEC (2020) <https://www.inpec.gov.co/estadisticas/tableros-estadisticos>

Gráfica 3. Mujeres privadas de la libertad por rango de edad al mes de diciembre. Regional noroeste 2014-2019



Fuente: elaboración propia con información obtenida de INPEC (2020) <https://www.inpec.gov.co/estadisticas/tableros-estadisticos>

El mayor porcentaje de mujeres entre 2014 y 2019 de todos los ERON se presentó en las edades de 30 a 54 años, donde se encontraba más de la mitad de las mujeres privadas de la libertad, mientras que la menor proporción se observó para las edades de 55 años y más (tabla 6, gráfica 4).

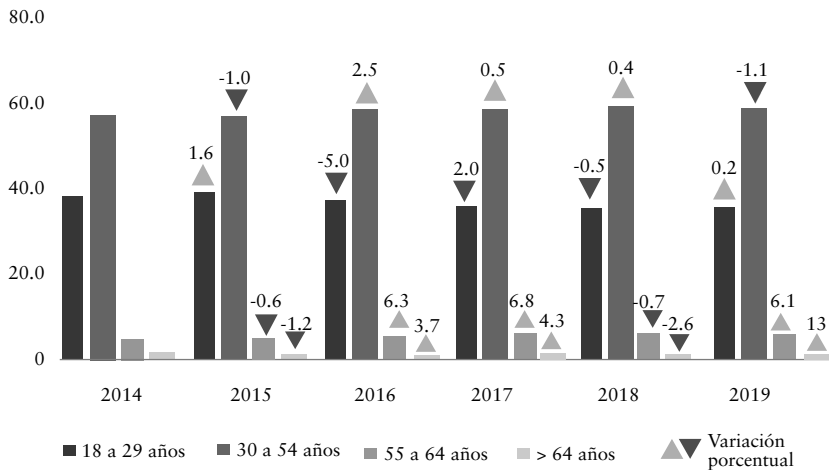
El porcentaje de mujeres entre 18 y 29 años se redujo constantemente entre los años 2016 a 2018, la variación porcentual más notoria fue para el 2015 (−5.0 %), donde el porcentaje de mujeres en estas edades pasó de 38.1 % en 2015 a 36.3 % en 2016. El grupo de mujeres entre 30 y 54 años se incrementó entre los años 2016 a 2018 con cambios porcentuales positivos pasando de 56.0 % en 2015 a 58.0 % en 2018. El porcentaje de mujeres entre 55 y 64 años también presentó variaciones positivas para los años 2016, 2017 y 2019, este grupo poblacional estuvo representado por el 5.0 % en 2014 y llegó a ser el 6.0 % en 2019. Por su parte, el porcentaje de mujeres mayores de 64 se incrementó entre 2014 y 2019, pasando de 0.9 % en 2014 a 1.1 % en 2019 (tabla 6, gráfica 4).

Tabla 6. Mujeres privadas de la libertad por rango de edad al mes de diciembre. Total, ERON. 2014-2019

Año		2014	2015	2016	2017	2018	2019
18 a 29 años	n	2979	3145	2848	2709	2909	3107
	%	37.5	38.1	36.3	35.6	35.4	35.5
	Variación porcentual	0.0	1.6	−5.0	−2.0	−0.5	0.2
30 a 54 años	n	4499	4626	4512	4397	4767	5026
	%	56.6	56.0	57.5	57.7	58.0	57.4
	Variación porcentual	0.0	−1.0	2.5	0.5	0.4	−1.1
55 a 64 años	n	395	408	414	431	462	524
	%	5.0	4.9	5.3	5.7	5.6	6.0
	Variación porcentual	0.0	−0.6	6.3	6.8	−0.7	6.1
> 64 años	n	75	77	76	77	81	100
	%	0.9	0.9	1.0	1.0	1.0	1.1
	Variación porcentual	0.0	−1.2	3.7	4.3	−2.6	13.7

Fuente: elaboración propia con información obtenida de INPEC (2020) <https://www.inpec.gov.co/estadisticas-tableros-estadisticos>

Gráfica 4. Mujeres privadas de la libertad por rango de edad al mes de diciembre. Total, ERON 2014-2019



Fuente: elaboración propia con información obtenida de INPEC (2020) <https://www.inpec.gov.co/estadisticas/-/tableros-estadisticos>

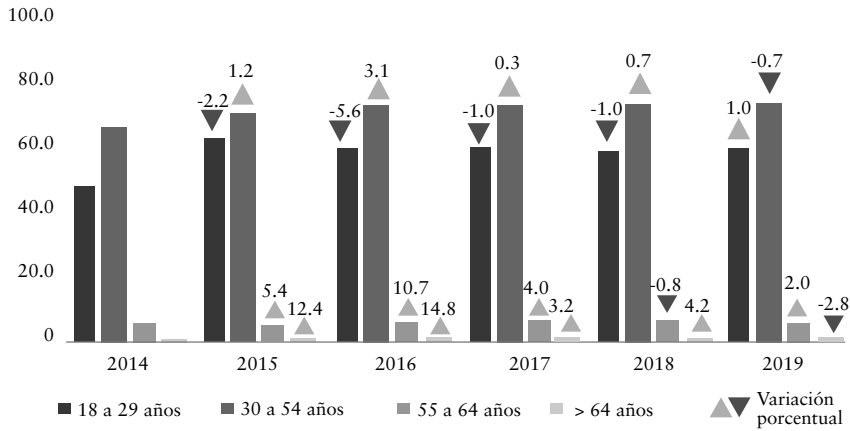
El porcentaje de hombres entre 18 y 29 años se redujo entre los años, la variación porcentual más notoria fue para el 2016 (-5.6 %) donde el porcentaje de hombres en estas edades pasó de 44.6 % en 2015 a 42.2 % en 2016. En el grupo de 30 a 54 años el porcentaje de hombres se incrementó pasando de 49.1 en el 2014 a 51.5 % en 2019. El porcentaje de hombres entre 55 y 64 años y mayores de 64 años también presentó variaciones generalmente positivas entre 2014 y 2019 (tabla 7, gráfica 5).

Tabla 7. Hombres reclusos por rango de edad al mes de diciembre. Regional noroeste 2014-2016

Año		2014	2015	2016	2017	2018	2019
18 a 29 años	n	6399	6777	5810	5401	5530	5651
	%	45.6	44.6	42.2	41.8	41.3	41.8
	Variación porcentual	0	-2.2	-5.6	-1.0	-1.0	1.0
30 a 54 años	n	6898	7556	7063	6657	6934	6962
	%	49.1	49.7	51.3	51.5	51.8	51.5
	Variación porcentual	0	1.2	3.1	0.3	0.7	-0.7
55 a 64 años	n	566	648	657	643	660	669
	%	4.0	4.3	4.8	5.0	4.9	4.9
	Variación porcentual	0	5.4	10.7	4.0	-0.8	0.2
> 64 años	n	182	225	239	232	251	247
	%	1.3	1.5	1.7	1.8	1.9	1.8
	Variación porcentual	0	12.4	14.8	3.2	4.4	-2.8

Fuente: elaboración propia con información obtenida de INPEC (2020) <https://www.inpec.gov.co/estadisticas-tableros-estadisticos>

Gráfica 5. Hombres reclusos por rango de edad al mes de diciembre. Regional noroeste 2014-2016



Fuente: elaboración propia con información obtenida de INPEC (2020) <https://www.inpec.gov.co/estadisticas-tableros-estadisticos>

Entre 2014 y 2019 en todos los ERON el mayor porcentaje de hombres se presentó en las edades de 30 a 54 años, donde se encontraba alrededor de la mitad de los hombres reclusos, mientras que se observó en menor proporción para los adultos mayores de 54 años (tabla 8, gráfica 6).

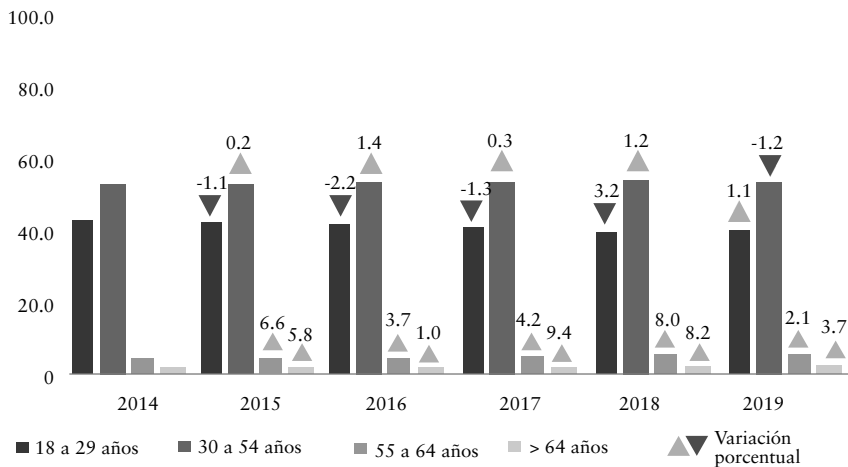
El porcentaje de hombres entre 18 y 29 años presentó una disminución porcentual de -3.2 % en el 2018 (39.0 %) con respecto al 2017 (40.3 %), para 2019 se incrementó en 1.1 % llegando a un total de 45 347 reclusos en estas edades, es decir, un 39.4 %. En las edades de 30 a 54 años la variación más importante se observó en el 2016 (variación 1.4 %) donde el porcentaje de hombres en estas edades fue de 52.7 %, mientras que en el año anterior fue de 52.0 %. En los grupos de edad de 55 a 64 años y mayores de 64 años las variaciones porcentuales en el periodo de 2014 a 2019 fueron positivas, es decir, en el transcurso del tiempo la población en estas edades incrementó (tabla 8, gráfica 6).

Tabla 8. Hombres reclusos por rango de edad al mes de diciembre. Total, ERON 2014-2019

Año		2014	2015	2016	2017	2018	2019
18 a 29 años	n	44 555	46 758	45 329	43 345	43 016	45 347
	%	42.2	41.7	40.8	40.3	39.0	39.4
	Variación porcentual	0.0	-1.2	-2.2	-1.3	-3.2	1.1
30 a 54 años	n	54 878	58 350	58 624	56 924	59 011	60 853
	%	51.9	52.0	52.7	52.9	53.5	52.9
	Variación porcentual	0.0	0.2	1.4	0.3	1.2	-1.2
55 a 64 años	n	4551	5175	5325	5382	5993	6383
	%	4.3	4.6	4.8	5.0	5.4	5.5
	Variación porcentual	0.0	6.6	3.7	4.2	8.0	2.1
> 64 años	n	1691	1905	1907	2038	2274	2462
	%	1.6	1.7	1.7	1.9	2.1	2.1
	Variación porcentual	0.0	5.8	1.0	9.4	8.2	3.7

Fuente: elaboración propia con información obtenida de INPEC (2020) <https://www.inpec.gov.co/estadisticas/tableros-estadisticos>

Gráfica 6. Hombres reclusos por rango de edad al mes de diciembre. Total, ERON 2014-2019



Fuente: elaboración propia con información obtenida de INPEC (2020) <https://www.inpec.gov.co/estadisticas/-/tableros-estadisticos>

En una baja proporción se encontraron reclusos iletrados entre el 2014 y 2019, mientras que alrededor del 32.0 % y 35.0 % habían realizado algún estudio de educación básica primaria en este periodo de tiempo analizado. Entre los iletrados el cambio porcentual más notorio ocurrió en el 2017 (-11.3 %), pasando de un porcentaje de 6.0 en el 2016 a 5.4 en el 2017. En el ciclo 1 la variación más marcada ocurrió en el 2019 (-4.6 %), donde el porcentaje de reclusos en este ciclo se redujo de 13.0 % en el 2018 al 12.5 % en el 2019. La población con estudios de grados 4 y 5 se redujo en todos los años, a excepción del 2017 donde incrementó en 1.4 % puntos porcentuales con respecto al 2016 (tabla 9, gráfica 7).

Población privada de la libertad nivel de educación regional noroeste INPEC 2014-2019

Tabla 9. Población privada de la libertad educación básica primaria al mes de diciembre. Regional noroeste 2014-2019

Año		2014	2015	2016	2017	2018	2019
Iltrado	n	946	984	910	769	756	757
	%	6.2	6.0	6.0	5.4	5.1	5.1
	Variación porcentual	0	-4.0	0.8	-11.3	-5.2	-1.3
Ciclo 1 (grado 1 2 3)	n	1961	2202	2009	1906	1919	1862
	%	12.8	13.3	13.3	13.4	13.0	12.5
	Variación porcentual	0	3.6	-0.5	0.9	-2.7	-4.6
Ciclo 2 (grado 4 y 5)	n	3286	3482	3107	2963	2975	2999
	%	21.5	21.1	20.5	20.8	20.2	20.1
	Variación porcentual	0	-2.1	-2.8	1.4	-3.0	-0.6
Total población Privada de la libertad		15 266	16 518	15 147	14 248	14 739	14 954

Fuente: elaboración propia con información obtenida de INPEC (2020) <https://www.inpec.gov.co/estadisticas/tableros-estadisticos>

Los reclusos que entre 2014 y 2019 realizaron algún estudio de secundaria básica abarcaron generalmente un poco más de la mitad de la población. El porcentaje de reclusos que realizaron 6.º o 7.º grado se incrementó entre 2014 y 2019, esta proporción pasó de 16.9 % en 2014 a 18.6 % en 2019. Por su parte, el porcentaje de reclusos con grado 8.º y 9.º presentó variaciones porcentuales negativas hasta 2018, disminuyendo de 14.5 % en 2014 a 14.2 % en 2018. Los reclusos con 11 grado se incrementaron en el tiempo, con un 19.8 % de reclusos con este estudio en 2014 y 20.2 en 2019 (tabla 10, gráfica 7).

Tabla 10. Población privada de la libertad educación básica secundaria y media vocacional al mes de diciembre. Regional noroeste 2014-2019

Año		2014	2015	2016	2017	2018	2019
Ciclo 3 (grado 6 y 7)	n	2587	2841	2674	2622	2712	2777
	%	16.9	17.2	17.7	18.4	18.4	18.6
	Variación porcentual	0	1.5	2.6	4.1	0.0	0.9
Ciclo 4 (grado 8 y 9)	n	2208	2327	2122	2037	2096	2132
	%	14.5	14.1	14.0	14.3	14.2	14.3
	Variación porcentual	0	-2.7	-0.6	2.0	-0.5	0.3
Ciclo 5 (grado 10)	n	750	917	815	772	801	822
	%	4.9	5.6	5.4	5.4	5.4	5.5
	Variación porcentual	0	11.5	-3.2	0.7	0.3	1.1
Ciclo 6 (grado 11)	n	3017	3285	3045	2788	2965	3026
	%	19.8	19.9	20.1	19.6	20.1	20.2
	Variación porcentual	0	0.6	1.1	-2.7	2.7	0.6
Total población Privada de la libertad		15 266	16 518	15 147	14 248	14 739	14 954

Fuente: elaboración propia con información obtenida de INPEC (2020) <https://www.inpec.gov.co/estadisticas/tableros-estadisticos>

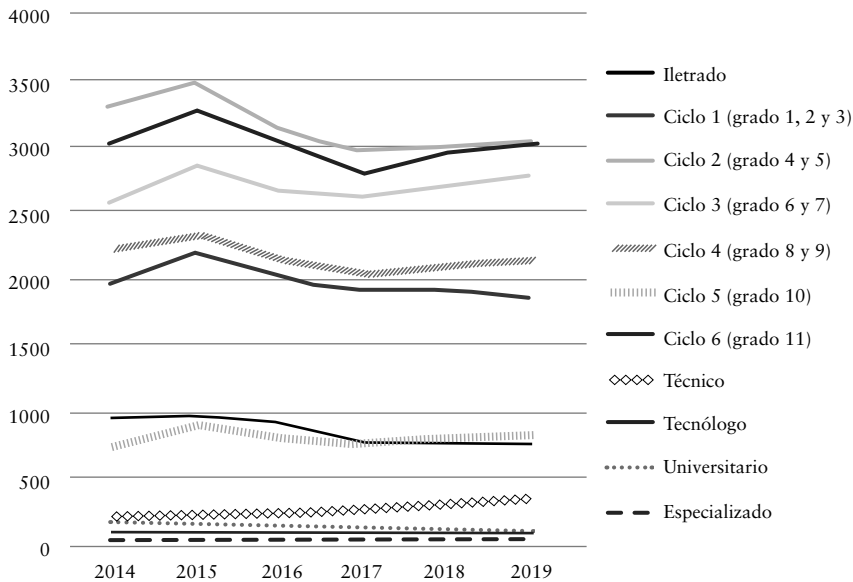
El porcentaje de reclusos con estudios superiores fue menor al 5.0 % en cada año analizado (2014 a 2019). En este nivel para todos los años, se presentó una mayor proporción de reclusos con estudios técnicos. Para el porcentaje de población con estudio técnico las variaciones porcentuales fueron positivas entre 2014 y 2019, subiendo de un 1.2 % en 2014 a 2.4 % en 2019. Las variaciones porcentuales en la población con tecnologías y profesiones universitarias fueron negativas entre 2014 y 2018, las cuales presentan reducciones en los porcentajes en estos años (tabla 11, gráfica 7).

Tabla 11. Población privada de la libertad educación superior al mes de diciembre por año. Regional noroeste. 2014-2019

Año		2014	2015	2016	2017	2018	2019
Técnico	n	186	213	223	267	293	356
	%	1.2	1.3	1.5	1.9	2.0	2.4
	Variación porcentual	0	5.5	12.4	21.4	5.7	16.5
Tecnólogo	n	97	93	83	76	73	84
	%	0.6	0.6	0.5	0.5	0.5	0.56
	Variación porcentual	0	-12.9	-2.7	-2.7	-7.7	11.8
Universitario	n	207	161	147	132	128	109
	%	1.4	1.0'	1.0	0.9	0.9	0.7
	Variación porcentual	0	-39.1	-0.4	-4.8	-6.7	-19.1
Especializado	n	21	14	12	23	21	30
	%	0.1	0.1	0.1	0.2	0.1	0.2
	Variación porcentual	0	-62.3	-7.0	50.9	-13.3	29.0
Total población Privada de la libertad		15 266	16 518	15 147	14 248	14 739	14 954

Fuente: elaboración propia con información obtenida de INPEC (2020) <https://www.inpec.gov.co/estadisticas/tableros-estadisticos>

Gráfica 7. Población privada de la libertad nivel educativo por ciclos al mes de diciembre. Regional noroeste. 2014-2019



Fuente: elaboración propia con información obtenida de INPEC (2020) <https://www.inpec.gov.co/estadisticas/tableros-estadisticos>

En una baja proporción se encontraron reclusos iletrados entre el 2014 y 2019 en todos los ERON, mientras que alrededor del 33.0 % y 37.0 % habían realizado algún estudio de educación básica primaria en este periodo de tiempo. Entre los iletrados, el cambio porcentual más notorio ocurrió en el 2017 (-5.2%) bajando de un porcentaje de 5.4 en el 2016 a 5.1 en el 2017. En el ciclo 1 y 2 las variaciones porcentuales entre los años fueron generalmente negativas, indicando que el porcentaje de reclusos con este tipo de educación se reducen con el tiempo (tabla 12 y gráfica 8).

Tabla 12. Población privada de la libertad educación básica primaria al mes de diciembre. Total, ERON 2014-2019

Año		2014	2015	2016	2017	2018	2019
Ilustrado	n	6213	6542	6419	5883	5795	5972
	%	5.5	5.4	5.4	5.1	4.9	4.8
	Variación porcentual	0.0	-0.7	-0.7	-5.2	-4.8	-1.4
Ciclo 1 (grado 1 2 3)	n	16 595	17 912	16 953	15 748	15 696	15 799
	%	14.6	14.9	14.2	13.7	13.2	12.8
	Variación porcentual	0.0	1.8	-4.4	-3.8	-3.6	-3.8
Ciclo 2 (grado 4 y 5)	n	25 731	26 769	25 644	24 706	24 773	25 366
	%	22.6	22.2	21.5	21.5	20.9	20.5
	Variación porcentual	0.0	-1.9	-3.2	-0.1	-3.0	-2.0
Total población Privada de la libertad		113 623	120 444	119 035	114 750	118 513	123 802

Fuente: elaboración propia con información obtenida de INPEC (2020) <https://www.inpec.gov.co/estadisticas/tableros-estadisticos>

Los reclusos de todos los ERON que entre 2014 y 2019 realizaron algún estudio de secundaria básica abarcaron generalmente a un poco más de la mitad de la población. El porcentaje de reclusos que realizaron 6.º o 7.º grado se incrementó a partir del 2016 con variaciones porcentuales positivas, esta proporción pasó de 16.5 % en 2015 a 17.5 % en 2019. Este comportamiento fue similar en los demás ciclos de secundaria donde los porcentajes se incrementaron positivamente entre 2015 y 2019. El porcentaje de reclusos de grado 8 y 9 pasó de 14.7 % en el 2015 a 15.0 % en el 2019. El cambio más notorio en el ciclo 5 se observó entre el 2014 y 2015 (variación 8.8 %), donde pasó de 5.4 % en el 2014 a 6.0 % en el 2015. En el grado el cambio porcentual más importante fue en el 2018 (variación 3.4 %), donde el porcentaje de reclusos con este grado subió de 17.8 % en el 2017 a 18.4 % en el 2018 (tabla 13 y gráfica 8).

Tabla 13. Población privada de la libertad educación básica secundaria y media vocacional al mes de diciembre. Total, ERON 2014-2019

Año		2014	2015	2016	2017	2018	2019
Ciclo 3 (grado 6 y 7)	n	18 913	19 877	20 142	19 573	20 463	21 653
	%	16.6	16.5	16.9	17.1	17.3	17.5
	Variación porcentual	0.0	-0.9	2.5	0.8	1.2	1.3
Ciclo 4 (grado 8 y 9)	n	16 770	17 757	17 618	17 148	17 710	18 526
	%	14.8	14.7	14.8	14.9	14.9	15.0
	Variación porcentual	0.0	-0.1	0.4	1.0	0.0	0.1
Ciclo 5 (grado 10)	n	6 187	7 188	7 336	7 261	7 844	8 272
	%	5.4	6.0	6.2	6.3	6.6	6.7
	Variación porcentual	0.0	8.8	3.2	2.6	4.4	0.9
Ciclo 6 (grado 11)	n	19 522	20 458	20 555	20 457	21 865	23 627
	%	17.2	17.0	17.3	17.8	18.4	19.1
	Variación porcentual	0.0	-1.2	1.6	3.1	3.4	3.3
Total población Privada de la libertad		113 623	120 444	119 035	114 750	118 513	123 802

Fuente: elaboración propia con información obtenida de INPEC (2020) <https://www.inpec.gov.co/estadisticas/-/tableros-estadisticos>

El porcentaje de reclusos con estudios superiores en todos los ERON fue menor al 4.0 % en cada año analizado (2014 a 2019). En este nivel para todos los años, se presentó una mayor proporción de reclusos con estudios técnicos. Frente el porcentaje de población con estudio técnico las variaciones porcentuales fueron positivas en todos los años, subiendo de un 1.3 % en 2014 a 1.8 % en 2019. Por su parte, la variación porcentual más notoria frente a los reclusos con tecnologías se presentó en el 2018 con un incremento porcentual del 8.5, donde el porcentaje subió de 0.48 en el 2017 a 0.53 en el 2018. El porcentaje de

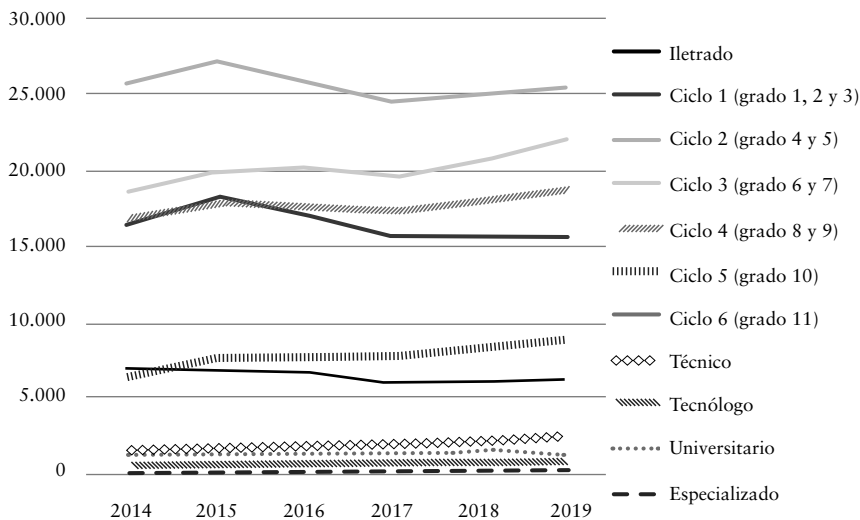
reclusos con especialización también presentó variaciones positivas a partir de 2016 pasando de 0.2 % en 2016 a 0.3 % en 2019. En el caso de los reclusos con estudios profesionales, el cambio porcentual fue generalmente negativo pasando de 1.3 % en el 2014 a un 1.1 % en el 2019 (tabla 14, gráfica 8).

Tabla 14. Población privada de la libertad educación superior al mes de diciembre por año. Total, ERON 2014-2019

Año		2014	2015	2016	2017	2018	2019
Técnico	n	1431	1661	1700	1827	2086	2272
	%	1.3	1.4	1.4	1.6	1.8	1.8
	Variación porcentual	0.0	8.7	3.4	10.3	9.5	4.1
Tecnólogo	n	524	572	563	554	625	651
	%	0.46	0.47	0.47	0.48	0.53	0.53
	Variación porcentual	0.0	2.9	-0.4	2.0	8.5	-0.3
Universitario	n	1520	1457	1360	1325	1366	1332
	%	1.3	1.2	1.1	1.2	1.2	1.1
	Variación porcentual	0.0	-10.6	-5.9	1.1	-0.2	-7.1
Especializado	n	217	251	242	268	290	332
	%	0.2	0.2	0.2	0.2	0.2	0.3
	Variación porcentual	0.0	8.4	-2.5	13.0	4.6	8.8
Total población Privada de la libertad		113 623	120 444	119 035	114 750	118 513	123 802

Fuente: elaboración propia con información obtenida de INPEC (2020) <https://www.inpec.gov.co/estadisticas/tableros-estadisticos>

Gráfica 8. Población privada de la libertad nivel educativo por ciclos al mes de diciembre. Total 2017-2019



Fuente: elaboración propia con información obtenida de INPEC (2020) <https://www.inpec.gov.co/estadisticas-tableros-estadisticos>

En general, para el periodo de 2014 a 2019 en la región noroeste, la proporción de reclusos con actividades relacionadas a la formación estudiantil fue mayor que el porcentaje de reclusos con trabajo o en modalidad de enseñanza. En las actividades de estudio se ubicaron entre el 57 % y 59 % de los reclusos en todos los años, mientras que en las actividades laborales se encontraron entre el 39.0 % y 40.0 % de los reclusos. Una menor proporción se observó en las actividades de enseñanza. En el análisis por sexo, se encontró una situación similar tanto en hombres como en mujeres el estudio fue la actividad más prevalente en todos los años (tabla 15, gráfica 9).

El porcentaje de reclusos que trabajaban se redujo entre 2014 y 2019 con variaciones porcentuales negativas, este porcentaje pasó de 40.0 % en 2014 al 39.2 % en 2019. Por el contrario, la población de reclusos que estudian se incrementó entre los años pasando de 58.4 % en el 2014 al 59.2 % en 2019. Las variaciones porcentuales entre los reclusos que

enseñan tendieron a ser negativas, aunque para 2019 (1.6 %) se obtuvo el mismo porcentaje que en el 2014 (tabla 15, gráfica 9).

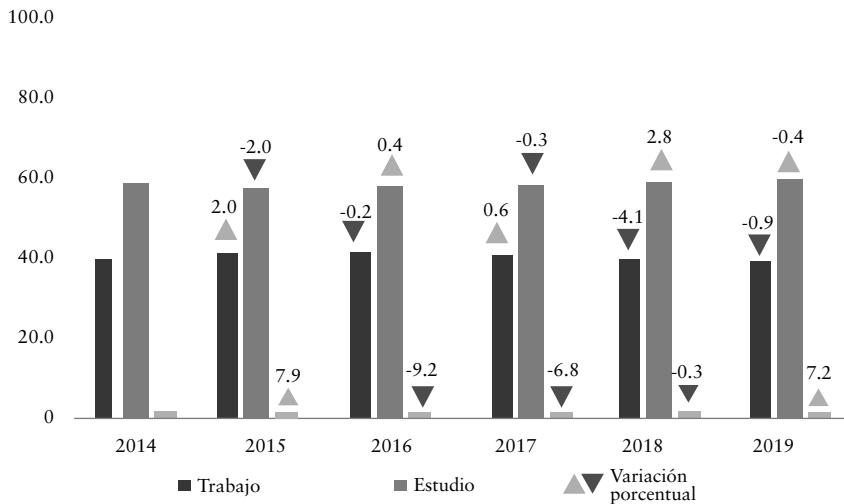
Población Privada de la libertad y las actividades de redención regional noroeste INPEC 2014-2019

Tabla 15. Población privada de la libertad en tratamiento penitenciario de trabajo, estudio y enseñanza según sexo al mes de diciembre por año. Regional noroeste

Año			2014	2015	2016	2017	2018	2019
Trabajo	Hombres	n	3631	3733	3552	3628	3867	3945
		%	39.0	39.8	40.0	40.1	39.4	39.7
	Mujeres	n	528	526	470	528	457	471
		%	48.7	51.4	49.4	50.4	40.8	35.0
	Total	n	4159	4259	4022	4156	4324	4416
		%	40.0	41.0	40.9	41.2	39.5	39.2
	Variación porcentual		0	2.5	-0.2	0.6	-4.1	-0.9153
Estudio	Hombres	n	5542	5476	5188	5285	5805	5816
		%	59.5	58.4	58.4	58.4	59.1	58.6
	Mujeres	n	538	478	467	506	648	862
		%	49.6	46.7	49.1	48.3	57.8	64.0
	Total	n	6080	5954	5655	5791	6453	6678
		%	58.4	57.3	57.5	57.4	59.0	59.2
	Variación porcentual		0	-2.0	0.4	-0.3	2.8	0.4
Enseñanza	Hombres	n	148	161	142	137	146	166
		%	1.6	1.7	1.6	1.5	1.5	1.7
	Mujeres	n	18	19	14	13	16	14
		%	1.7	1.9	1.5	1.2	1.4	1.0
	Total	n	166	180	156	150	162	180
		%	1.6	1.7	1.6	1.5	1.5	1.6
	Variación porcentual		0	7.9	-9.2	-6.8	-0.3	7.2

Fuente: elaboración propia con información obtenida de INPEC (2020) <https://www.inpec.gov.co/estadisticas/tableros-estadisticos>

Gráfica 9. Población privada de la libertad en tratamiento penitenciario de trabajo, estudio y enseñanza al mes de diciembre por año. Regional noroeste



Fuente: elaboración propia con información obtenida de INPEC (2020) <https://www.inpec.gov.co/estadisticas-/tableros-estadisticos>

Entre los años 2014 y 2019, en la regional analizada, la población afrocolombiana tuvo mayor participación entre el grupo de reclusos en condición excepcional. En este grupo se contabilizaron 560 reclusos en el 2014 y 477 en el 2019. Los reclusos de tercera edad y los discapacitados también presentaron una alta participación. En 2014, en estos grupos se presentaron 295 y 131 reclusos respectivamente, mientras que en el 2019 se reportaron 227 y 115 reclusos respectivamente (tabla 16).

Tabla 16. Frecuencia población privada de la libertad con condición excepcional al mes de diciembre por año. Regional noroeste

Año	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Indígenas	48	55	50	46	74	52
Afrocolombianos	560	687	540	423	436	477
Extranjeros	46	40	42	43	49	83
Tercera edad	295	305	351	293	323	227
Madres lactantes	3	3	6	6	2	2
Madres gestantes	6	18	10	11	12	9
Discapacitados	131	137	144	119	149	115
Inimputables	5	4	4	Sin dato	Sin dato	Sin dato
Total	1094	1249	1147	941	1045	965
Total población Privada de la libertad	113 623	120 444	119 035	114 750	118 513	123 802

Fuente: elaboración propia con información obtenida de INPEC (2020) <https://www.inpec.gov.co/estadisticas/tableros-estadisticos>

La población privada de la libertad bajo prisión domiciliaria en la regional noroeste fue mayor que la detenida para los años evaluados (2014 al 2019) con porcentajes superiores al 60 %; esto se observó también por sexo, tanto hombres como mujeres presentaron mayor proporción de reclusos en prisión que en detención en todo el periodo de tiempo (tabla 17, gráfica 10).

Las variaciones porcentuales en el porcentaje de privados de la libertad en prisión domiciliaria fueron positivas hasta el 2016, mientras que entre el 2017 y 2019 fueron negativas, representado reducciones en el porcentaje de población domiciliaria bajo prisión. La variación porcentual más notoria se encontró en el 2019 (−5.5 %) lo que indica que el porcentaje de reclusos en prisión bajó de 63.7 % en el 2018 a 60.4 % en 2019 (tabla 17, gráfica 10).

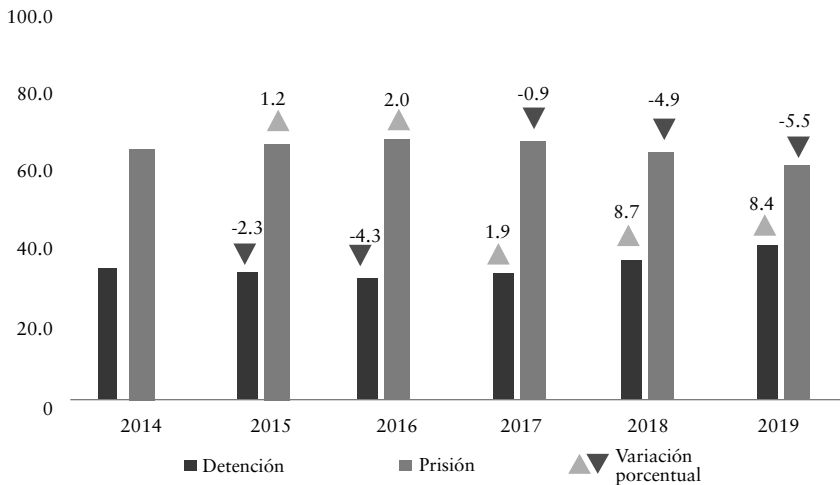
En relación con la población domiciliaria detenida, el cambio porcentual más importante se observó en 2018 (variación de 8.7 %), donde el porcentaje de reclusos domiciliarios detenidos subió de un 33.1 % en 2017 al 36.3 % en 2018 (tabla 17, gráfica 10).

Tabla 17. Población privada de la libertad en detección y prisión domiciliaria según sexo al mes de diciembre por año. Regional noroeste

Año			2014	2015	2016	2017	2018	2019
Detención	Hombres	n	1067	1358	1523	1724	1894	2262
		%	34.7	32.8	32.0	32.8	35.4	39.5
	Mujeres	n	279	410	415	427	503	515
		%	34.5	37.7	34.4	34.2	39.9	39.8
	Total	n	1346	1768	1938	2151	2397	2777
		%	34.6	33.9	32.5	33.1	36.3	39.6
	Variación porcentual		0	−2.3	−4.3	1.9	8.7	8.4
Prisión	Hombres	n	2012	2778	3241	3527	3457	3459
		%	65.3	67.2	68.0	67.2	64.6	60.5
	Mujeres	n	529	677	790	821	758	779
		%	65.5	62.3	65.6	65.8	60.1	60.2
	Total	n	2541	3455	4031	4348	4215	4238
		%	65.4	66.1	67.5	66.9	63.7	60.4
	Variación porcentual		0	1.2	2.0	−0.9	−4.9	−5.5
Total	Hombres	n	3079	4136	4764	5251	5351	5721
		%	79.2	79.2	79.8	80.8	80.9	81.6
	Mujeres	n	808	1087	1205	1248	1261	1294
		%	20.8	20.8	20.2	19.2	19.1	18.4

Fuente: elaboración propia con información obtenida de INPEC (2020) <https://www.inpec.gov.co/estadisticas-tableros-estadisticos>

Gráfica 10. Población privada de la libertad en detención y prisión domiciliaria al mes de diciembre por año



Fuente: elaboración propia con información obtenida de INPEC (2020) <https://www.inpec.gov.co/estadisticas/tableros-estadisticos>

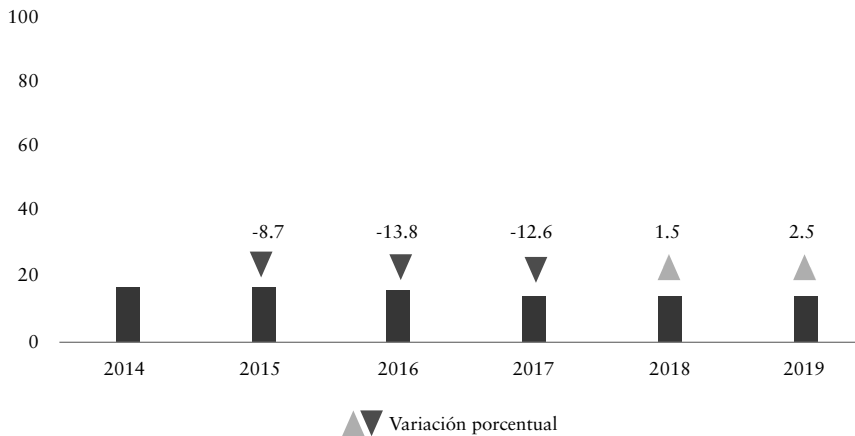
En la regional noroeste, la población privada de la libertad en control y vigilancia electrónica se redujo entre los años analizados, en 2014 esta población fue de 806 (18.8 %), mientras que en el 2019 fue de 666 reclusos (14.0 %). El cambio porcentual más notorio en el porcentaje de reclusos en vigilancia electrónica ocurrió en 2016 (–12.6 %), en este año frente al 2015 se presentó una reducción del porcentaje pasando del 17.3 % al 15.2 % (tabla 18, gráfica 11).

Tabla 18. Población privada de la libertad con control y vigilancia electrónica al mes de diciembre por año. Regional noroeste

Año	n	%	Variación porcentual
2014	806	18.8	0
2015	717	17.3	–8.7
2016	588	15.2	–13.8
2017	709	13.5	–12.6
2018	721	13.7	1.5
2019	666	14.0	2.1

Fuente: elaboración propia con información obtenida de INPEC (2020) <https://www.inpec.gov.co/estadisticas/tableros-estadisticos>

Gráfica 11. Población privada de la libertad con control y vigilancia electrónica al mes de diciembre por año. Regional noroeste



Fuente: elaboración propia con información obtenida de INPEC (2020) <https://www.inpec.gov.co/estadisticas/tableros-estadisticos>

Durante el periodo 2014 a 2019 para la región noroeste, el porcentaje de población reincidente con reclusión intramural fue mayor a la población reincidente en reclusión domiciliaria o en vigilancia electrónica. Generalmente, en cada año de cada 10 reclusos reincidentes alrededor de 7 o 8 estaban en reclusión intramural. El análisis de la condición reincidente por sexo también mostró mayor porcentaje de hombres y mujeres en reclusión intramural que en las otras modalidades para todos los años (tabla 19, gráfica 12).

Hasta el año 2017 la variación porcentual en el porcentaje de reclusos reincidentes en detención intramural fue negativa, mostrando reducciones en el porcentaje de reclusos en esta modalidad. La cifra de reclusos reincidentes en detención intramural pasó de 83.8 % en el 2014 a un 73.5 % en 2019 (tabla 19, gráfica 12).

La variación porcentual para el porcentaje de reclusos reincidentes domiciliarios empezó a ser negativa en el 2017, indicando un descenso en este porcentaje. La variación porcentual más notoria se observó en 2016 (variación de 27.1 %) donde el porcentaje de reclusos domiciliarios pasó de 9.9 % en el 2015 al 20.1 % en el 2016 (tabla 19, gráfica 12).

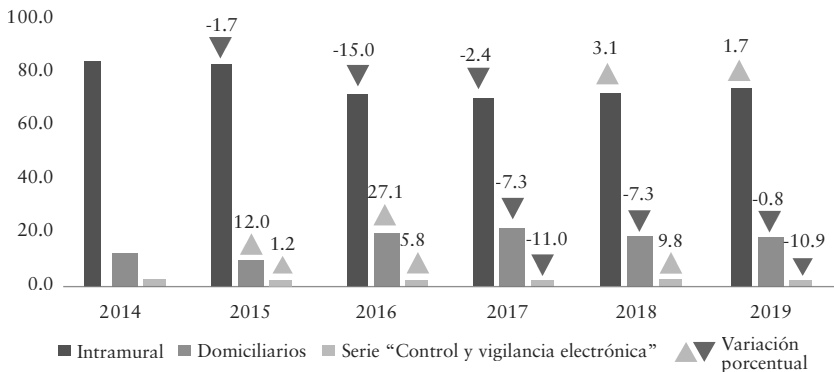
Para el porcentaje de reclusos con control y vigilancia electrónica la variación porcentual mayor se observó en el año 2017 (–11.0 %), en este año el porcentaje de reclusos reincidentes en vigilancia y control pasó de ser 3.3 % en 2016 a 3.0 % en 2017 (tabla 19, gráfica 12). Población privada de la libertad reincidente regional noroeste INPEC 2014-2019.

Tabla 19. Población privada de la libertad reincidente según sexo al mes de diciembre por año. Regional noroeste

Año			2014	2015	2016	2017	2018	2019
Intramural	Hombres	n	2019	1917	1769	1838	2055	2275
		%	84.2	82.8	72.0	70.1	72.5	73.9
	Mujeres	n	125	113	131	152	168	183
		%	78.1	75.8	66.8	69.1	69.1	68.8
	Total	n	2144	2030	1900	1990	2223	2458
		%	83.8	82.4	71.6	70.0	72.2	73.5
	Variación porcentual		0	–1.7	–15.0	–2.4	3.1	1.7
Domiciliarios	Hombres	n	301	207	468	548	514	527
		%	12.6	8.9	19.1	20.9	18.1	17.1
	Mujeres	n	34	36	65	68	70	76
		%	21.3	24.2	33.2	30.9	28.8	28.6
	Total	n	335	243	533	616	584	603
		%	13.1	9.9	20.1	21.7	19.0	18.0
	Variación porcentual		0	12.0	27.1	–7.3	–7.3	–0.8
Control y vigilancia electrónica	Hombres	n	78	77	88	85	97	93
		%	3.3	3.3	3.6	3.2	3.4	3.0
	Mujeres	n	1	0	0	0	5	7
		%	0.6	0	0	0	2.1	2.6
	Total	n	79	77	88	85	102	100
		%	3.1	3.1	3.3	3.0	3.3	3.0
	Variación porcentual		0	1.2	5.8	–11.0	9.8	–10.9
Total	Hombres	n	2398	2314	2456	2623	2834	3078
		%	93.7	94.0	92.6	92.3	92.1	92.0
	Mujeres	n	160	149	196	220	243	266
		%	6.3	6.0	7.4	7.7	7.9	8.0

Fuente: elaboración propia con información obtenida de INPEC (2020) <https://www.inpec.gov.co/estadisticas/tableros-estadisticos>

Gráfica 12. Población privada de la libertad reincidente al mes de diciembre por año. Regional noroeste



Fuente: elaboración propia con información obtenida de INPEC (2020) <https://www.inpec.gov.co/estadisticas-tableros-estadisticos>

En todo el periodo 2014 al 2016, la población sindicada en condición de detenidos lleva en su mayoría entre 0 y 10 meses. En ese sentido, entre el 70 y 79 % de los reclusos han estado detenidos por un periodo inferior a 11 meses en este tiempo. Siguen en su orden los detenidos entre 11 y 20 meses, y en proporciones menores al 20 % los que reportan una detención mayor a 21 meses (tabla 20, gráfica 13).

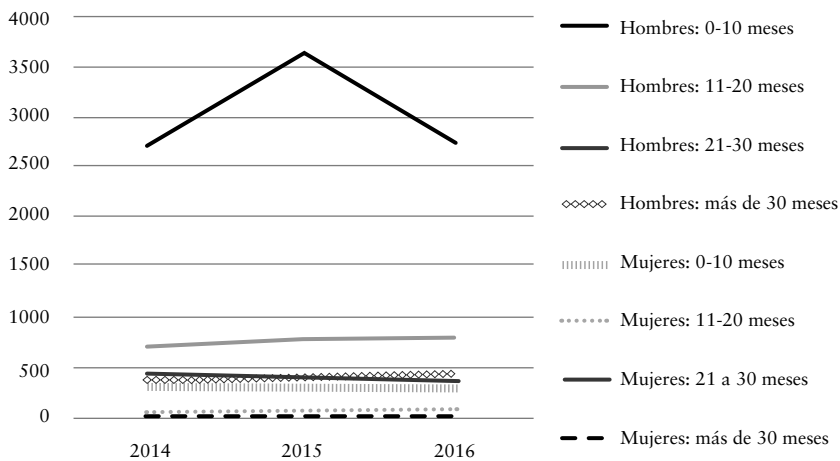
El mayor cambio porcentual de los reclusos entre 0 y 10 meses se observó en el año 2016 (-8.2 %), donde se reportó un 64.8 % de personas con este tiempo de reclusión, siendo menor a la reportada en el 2015 (70.1 %). Entre los detenidos con 11 a 20 meses el cambio más importante se observó en 2016, en este año el porcentaje de reclusos con 11 a 20 meses de detención fue de 18.0 %, mientras que en el año inmediatamente anterior fue de 14.9 %. Para los otros meses las variaciones más significativas fueron positivas y también se dieron en el año 2016 indicando incrementos en el porcentaje frente al año 2015 (tabla 20, gráfica 13).

Tabla 20. Población privada de la libertad por meses de detención. Regional noroeste 2014-2016

Año			2014	2015	2016
0-10 meses	Hombres	n	2714	3653	2746
		%	64.9	69.6	63.7
	Mujeres	n	311	306	294
		%	82.3	76.7	77.2
	Total	n	3025	3959	3040
		%	66.3	70.1	64.8
	Variación porcentual		0	5.4	-8.2
11-20 meses	Hombres	n	715	785	798
		%	17.1	14.9	18.5
	Mujeres	n	37	55	49
		%	9.8	13.8	12.9
	Total	n	752	840	847
		%	16.5	14.9	18.0
	Variación porcentual		0	-10.9	17.6
21-30 meses	Hombres	n	390	336	323
		%	9.3	6.4	7.5
	Mujeres	n	13	16	18
		%	3.4	4.0	4.7
	Total	n	403	352	341
		%	8.8	6.2	7.3
	Variación porcentual		0	-41.8	14.3
Más de 30 meses	Hombres	n	366	478	446
		%	8.7	9.1	10.3
	Mujeres	n	17	22	20
		%	4.5	5.5	5.2
	Total	n	383	500	466
		%	8.4	8.8	9.9
	Variación porcentual		0	5.1	10.9

Fuente: elaboración propia con información obtenida de INPEC (2020) <https://www.inpec.gov.co/estadisticas/tableros-estadisticos>

Gráfica 13. Población privada de la libertad por meses de detención. Regional noroeste. 2014-2016



Fuente: elaboración propia con información obtenida de INPEC (2020) <https://www.inpec.gov.co/estadisticas/-/tableros-estadisticos>

En todos los periodos 2017 al 2019 para todos los ERON, las poblaciones sindicadas en condición de detenidos llevan en su mayoría entre 0 y 10 meses. En ese sentido, entre el 56 y 60 % de los reclusos han estado detenidos por un periodo inferior a 11 meses. Siguen en su orden los detenidos entre 11 y 20 meses, donde de cada 10 reclusos 2 llevan este tiempo, en menores proporciones se encontraron reclusos con más de 20 meses de reclusión (tabla 21, gráfica 14).

El mayor cambio porcentual de los reclusos entre 0 y 10 meses se observó en el año 2019 (-10.7 %), donde se reportó un 56.6 % de personas con este tiempo de reclusión siendo menor a la reportada en el 2018 (62.6 %). Entre los detenidos con 11 a 20 meses el cambio más importante también ocurrió en el 2019 con un incremento porcentual de 11.0 %, en este año el porcentaje de reclusos con 11 a 20 meses de detención fue de 24.0 %, mientras que en el año inmediatamente anterior fue de 21.4 %. En el grupo de reclusos con 21 a 30 meses de reclusión y el grupo con más de 30 meses el cambio más importante se encontró en el 2018 con variaciones negativas con respecto al 2017. El porcentaje de reclusos entre 21 y 30 meses pasó de 7.5 % en el 2017 a 5.2 %

en el 2018. En el caso de los reclusos con más de 30 meses el porcentaje bajó de 12.3 % en el 2017 a 10.8 % en el 2018 (tabla 21, gráfica 14).

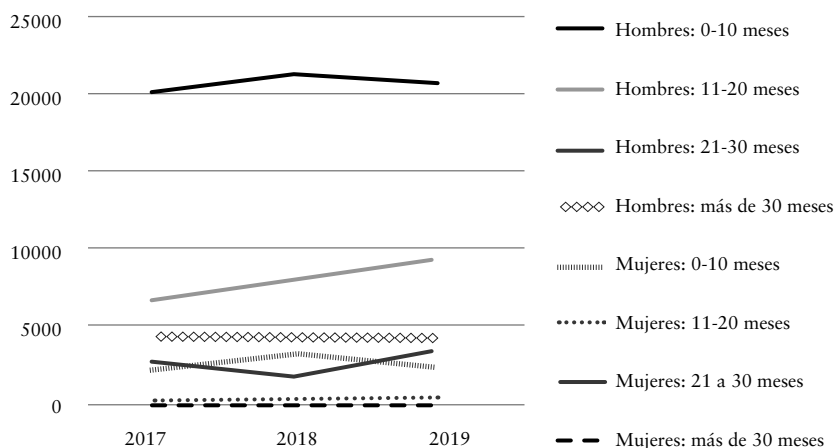
Población privada de la libertad por *quantum* punitivo regional noroeste INPEC 2014-2019

Tabla 21. Población privada de la libertad por meses de detención. Total, ERON 2017-2019

Año			2017	2018	2019
0-10 meses	Hombres	n	20106	21315	20739
		%	59.5	60.7	55.2
	Mujeres	n	2248	3148	2568
		%	74.9	79.7	70.7
	Total	n	22354	24463	23307
		%	60.8	62.6	56.6
	Variación porcentual		0.0	3.0	-10.7
11-20 meses	Hombres	n	6697	7861	9171
		%	19.8	22.4	24.4
	Mujeres	n	454	454	728
		%	15.1	12.5	20.0
	Total	n	7151	8353	9899
		%	19.4	21.4	24.0
	Variación porcentual		0.0	9.1	11.0
21-30 meses	Hombres	n	2617	1857	3515
		%	7.7	5.3	9.4
	Mujeres	n	144	168	165
		%	4.8	4.3	4.5
	Total	n	2761	2025	3680
		%	7.5	5.2	8.9
	Variación porcentual		0.0	-44.8	41.9
Más de 30 meses	Hombres	n	4356	4066	4138
		%	12.9	11.6	11.0
	Mujeres	n	155	142	173
		%	5.2	3.6	4.8
	Total	n	4511	4208	4311
		%	12.3	10.8	10.5
	Variación porcentual		0.0	-13.8	-3.0

Fuente: elaboración propia con información obtenida de INPEC (2020) <https://www.inpec.gov.co/estadisticas/tableros-estadisticos>

Gráfica 14. Población privada de la libertad por meses de detención. Total, ERON 2017-2019



Fuente: elaboración propia con información obtenida de INPEC (2020) <https://www.inpec.gov.co/estadisticas/tableros-estadisticos>

En el periodo 2014 al 2016, en la regional noroeste, el porcentaje según los años de reclusión fue mayor para la población con menos de 11 años en prisión, encontrando que cerca de 7 personas de cada 10 reclusos han estado en prisión entre 0 y 10 años. Siguen en su orden los detenidos entre 11 y 20 años, y en proporciones menores al 10 % los que reportan una detención mayor a 21 años (tabla 22, gráfica 15).

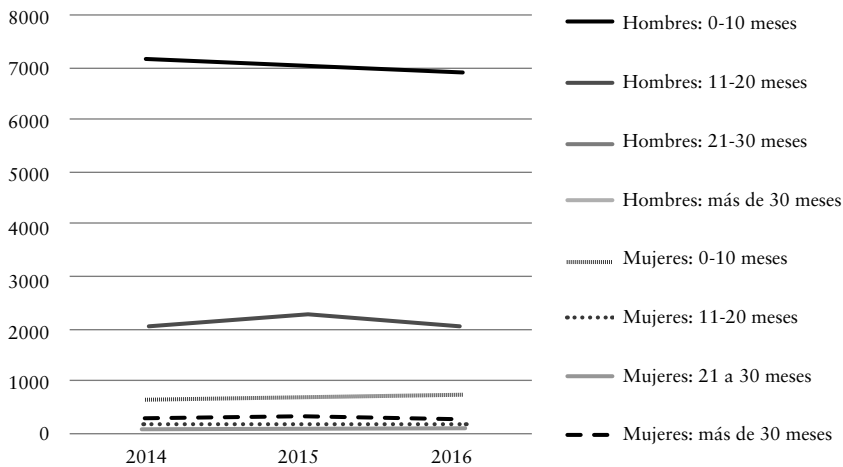
El mayor cambio porcentual de los reclusos entre 0 y 10 años se observó en 2016 (3.2 %), donde se reportó un 72.9 % de personas con este tiempo de reclusión, siendo menor a la reportada en 2015 (70.6 %). Entre los detenidos con 11 a 20 años, el cambio más importante se observó en 2015, en este año el porcentaje de reclusos con 11 a 20 años de detención fue de 21.8 %, mientras que en el año inmediatamente anterior fue de 20.3 %. Para el grupo de prisión de 21-30 años y de más de 30 años las variaciones más significativas fueron negativas y también se dieron en el año 2016 indicando descensos en el porcentaje frente al año 2015 (tabla 22, gráfica 15).

Tabla 22. Población privada de la libertad por años de prisión. Regional noroeste

Año			2014	2015	2016
0-10 meses	Hombres	n	7125	7011	6927
		%	72.3	70.4	73.3
	Mujeres	n	622	660	696
		%	73.8	72.2	69.8
	Total	n	7747	7671	7623
		%	72.4	70.6	72.9
	Variación porcentual		0	-2.5	3.2
11-20 meses	Hombres	n	2043	2220	2025
		%	20.7	22.3	21.4
	Mujeres	n	125	146	176
		%	14.8	16.0	17.7
	Total	n	2168	2366	2201
		%	20.3	21.8	21.1
	Variación porcentual		0	7.0	-3.4
21-30 meses	Hombres	n	408	417	298
		%	4.1	4.2	3.2
	Mujeres	n	53	62	63
		%	6.3	6.8	6.3
	Total	n	461	479	361
		%	4.3	4.4	3.5
	Variación porcentual		0	2.3	-27.6
Más de 30 meses	Hombres	n	284	306	206
		%	2.9	3.1	2.2
	Mujeres	n	43	46	62
		%	5.1	5.0	6.2
	Total	n	327	352	268
		%	3.1	3.2	2.6
	Variación porcentual		0	5.7	-26.3

Fuente: elaboración propia con información obtenida de INPEC (2020) <https://www.inpec.gov.co/estadisticas/tableros-estadisticos>

Gráfica 15. Población privada de la libertad por años de prisión. Regional noroeste. 2014-2016



Fuente: elaboración propia con información obtenida de INPEC (2020) <https://www.inpec.gov.co/estadisticas/tableros-estadisticos>

En el periodo 2017 al 2019 para todos los ERON, el porcentaje según los años de reclusión fue mayor para la población en prisión entre 0 y 10 años, encontrando que cerca de 6 personas de cada 10 reclusos han estado en prisión por un periodo inferior a 11 años. Siguen en su orden los detenidos entre 11 y 20 años donde se encontraban cerca de 3 reclusos de cada 10 y en proporciones menores los que reportan una detención mayor a 21 años (tabla 23, gráfica 16).

El mayor cambio porcentual de los reclusos entre 0 y 10 años se observó en el año 2019 (1.8 %), donde se reportó un 59.5 % de personas con este tiempo de reclusión siendo menor a la reportada en el 2018 (58.5 %). Entre los detenidos con 11 a 20 años el cambio más importante también ocurrió en el 2019, en este año el porcentaje de reclusos con 11 a 20 años de detención fue de 25.9 %; mientras que en el año inmediatamente anterior fue de 26.6 %. Para el grupo de prisión de 21-30 años la variación más importante fue negativa y se encontró en el 2019 (-4.0) donde la cantidad de reclusos con estos años de reclusión bajó a 6574. Entre el 2017 y 2018 la cantidad de reclusos con una

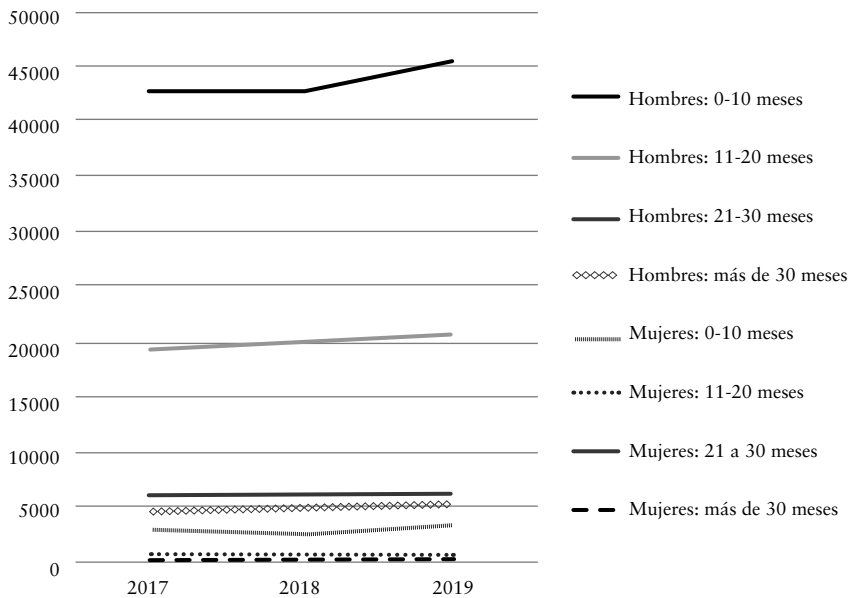
prisión superior a 30 años incrementó en un 4.0 % pasando de 6.4 % en el 2017 a 6.6 % en el 2019 (tabla 23, gráfica 16).

Tabla 23. Población privada de la libertad por años de prisión. Total, ERON 2017-2019

Año			2017	2018	2019
0-10 meses	Hombres	n	42877	42867	45331
		%	58.4	57.8	58.5
	Mujeres	n	3382	3009	3843
		%	73.3	70.5	75.0
	Total	n	46259	45876	49174
		%	59.3	58.5	59.5
	Variación porcentual		0.0	-1.5	1.8
11-20 meses	Hombres	n	19517	20077	20592
		%	26.6	27.1	26.6
	Mujeres	n	790	825	841
		%	17.1	19.3	16.4
	Total	n	20307	20902	21433
		%	26.0	26.6	25.9
	Variación porcentual		0.0	2.2	-2.7
21-30 meses	Hombres	n	6213	6261	6336
		%	8.5	8.4	8.2
	Mujeres	n	242	235	238
		%	5.2	5.5	4.6
	Total	n	6455	6496	6574
		%	8.3	8.3	8.0
	Variación porcentual		0.0	0.0	-4.3
Más de 30 meses	Hombres	n	4753	4990	5223
		%	6.5	6.7	6.7
	Mujeres	n	199	200	201
		%	4.3	4.7	3.9
	Total	n	4952	5190	5424
		%	6.4	6.6	6.6
	Variación porcentual		0.0	4.0	-0.7

Fuente: elaboración propia con información obtenida de INPEC (2020) <https://www.inpec.gov.co/estadisticas/tableros-estadisticos>

Gráfica 16. Población privada de la libertad por años de prisión. Total, ERON 2017-2019



Fuente: elaboración propia con información obtenida de INPEC (2020) <https://www.inpec.gov.co/estadisticas/tableros-estadisticos>

Modalidad delictiva total años regional noroeste INPEC 2014-2019

Para finalizar se hace un análisis año a año de la modalidad delictiva concierto para delinquir al mes de enero, encontrando cambios significativos entre los años, presentando un aumento desde el año 2014 con un 6.8 % de participación en el delito en general hasta llegar a un 13.1 % en el año 2020. A la fecha 26 079 reclusos se encuentran bajo esta modalidad delictiva en todos los establecimientos penitenciarios y carcelarios. En relación con la región noroeste desde 2016 se tienen datos relacionados al delito por regiones, encontrando que en la regional el delito de concierto para delinquir tuvo una participación entre un 0.1 % y un 1.13 % del total de delitos en la regional, siendo mayor

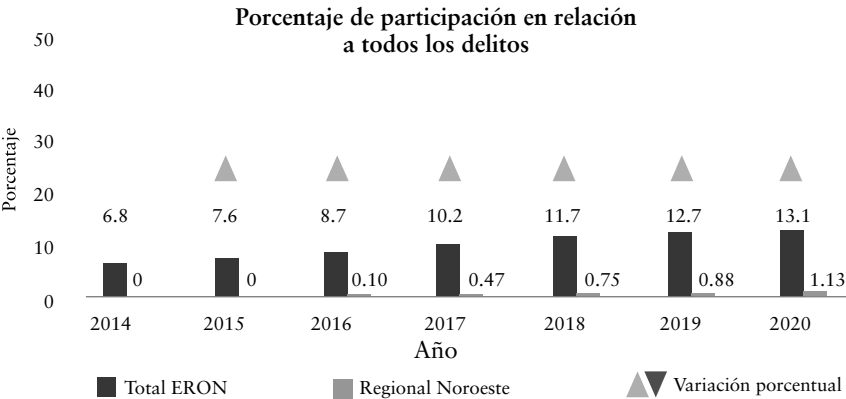
su participación en 2020, en cada año ha aumentado la participación de concierto para delinquir en relación con todas las modalidades de delito (tabla 24, gráfica 17).

Tabla 24. Población privada de la libertad bajo la modalidad de concierto para delinquir al mes de enero por año

Año	Total ERON			Regional Noroeste		
	Total	Participación	Variación porcentual	Total	Participación	Variación porcentual
2014	12 084	6.8	0	Sin dato	Sin dato	Sin dato
2015	13 152	7.6	10.5	Sin dato	Sin dato	Sin dato
2016	16 027	8.7	12.6	17	0.10	0
2017	18 741	10.2	14.7	70	0.47	78.3
2018	20 858	11.7	12.8	108	0.75	37.0
2019	23 582	12.7	7.9	129	0.88	14.3
2020	26 079	13.1	3.1	170	1.13	22.4

Fuente: elaboración propia con información obtenida de INPEC (2020) <https://www.inpec.gov.co/estadisticas/tableros-estadisticos>

Gráfica 17. Población privada de la libertad bajo la modalidad de concierto para delinquir al mes de enero por año



Fuente: elaboración propia con información obtenida de INPEC (2020) <https://www.inpec.gov.co/estadisticas/tableros-estadisticos>

En cuanto al sexo, las mujeres presentaron mayor variación por punto porcentual entre los años de estudio, aunque en todos los años se puede observar un aumento en la modalidad, el año que mayor cambio presentó fue del 2014 al 2015. En cuanto a los hombres se puede observar una disminución por cada año que pasa, siendo de 92.8 % en el año 2014 a 88.6 % en el año 2020 (tabla 25, gráfica 18, gráfica 19).

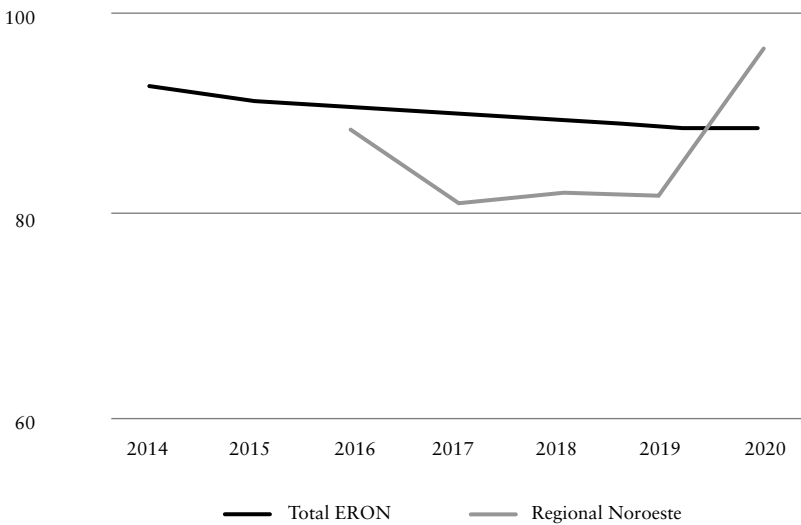
En la regional noroeste en los hombres bajo esta modalidad de delito, se presentó un aumento en los años 2017 a 2018 y entre el año 2019 a 2020; por el contrario, las mujeres presentaron una disminución significativa entre el año 2019 a 2020, pasando de 23 privadas de la libertad bajo la modalidad de concierto para delinquir a 6 (tabla 25, gráfica 18, gráfica 19).

Tabla 25. Población privada de la libertad bajo la modalidad de concierto para delinquir por sexo al mes de enero por año

Año			2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Hombres	Total ERON	n	11 213	12 005	14 547	16 894	18 691	20 909	23 115
		%	92.8	91.3	90.8	90.1	89.6	88.7	88.6
	Variación porcentual		0	-1.7	-0.6	-0.7	-0.6	-1.1	0.0
	Regional Noroeste	n	Sin dato	Sin dato	15	57	89	106	164
		%			88.2	81.4	82.4	82.2	96.5
	Variación porcentual		Sin dato	Sin dato	0	-8.4	1.2	-0.3	14.8
Mujeres	Total ERON	n	918	1147	1480	1847	2167	2673	2964
		%	7.6	8.7	9.2	9.9	10.4	11.3	11.4
	Variación porcentual		0	12.9	5.6	6.3	5.1	8.3	0.3
	Regional Noroeste	n	Sin dato	Sin dato	2	13	19	23	6
		%			11.8	18.6	17.6	17.8	3.5
	Variación porcentual		Sin dato	Sin dato	0	36.7	-5.6	1.3	-405.2

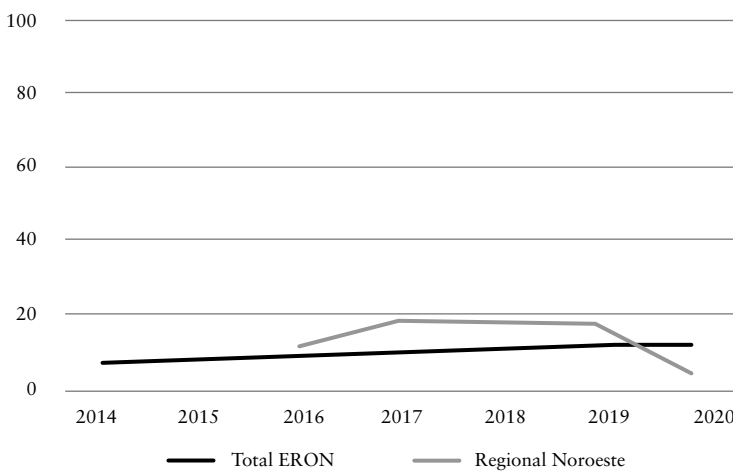
Fuente: elaboración propia con información obtenida de INPEC (2020) <https://www.inpec.gov.co/estadisticas/tableros-estadisticos>

Gráfica 18. Hombres reclusos bajo la modalidad de concierto para delinquir por sexo al mes de enero por año



Fuente: elaboración propia con información obtenida de INPEC (2020) <https://www.inpec.gov.co/estadisticas/tableros-estadisticos>

Gráfica 19. Mujeres privadas de la libertad bajo la modalidad de concierto para delinquir por sexo al mes de enero por año



Fuente: elaboración propia con información obtenida de INPEC (2020) <https://www.inpec.gov.co/estadisticas/tableros-estadisticos>

Entre los años 2014 y 2020, para todos los ERON, la cantidad de población privada de la libertad bajo modalidad de concierto para delinquir que se encontraba imputada-sindificada se incrementó con respecto al año 2014 (5528), llegando a ser 11 164 en 2020. Situación similar se observó entre los condenados por este delito que fueron 6603 en 2014 y 14915 en 2020. El porcentaje de condenados en todos los años por este delito osciló entre 49 % y 57 % (tabla 26, gráfica 20, gráfica 21).

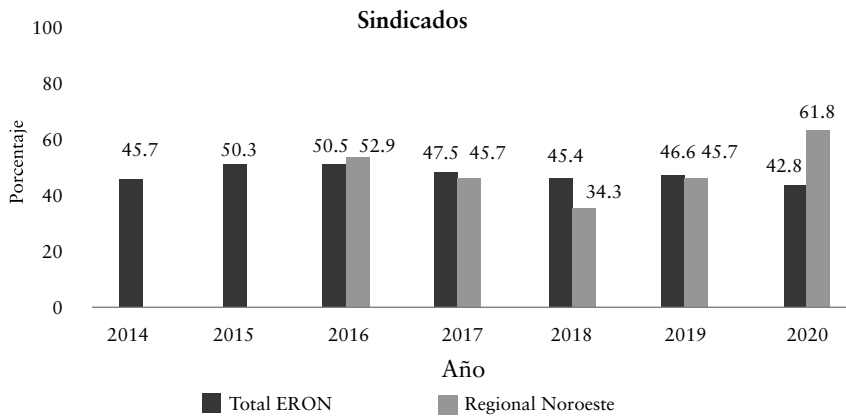
El cuanto a la regional noroeste el porcentaje de sindicados fue menor al 2018 con 34.3 % y mayor al año 2020 con un 45.7 % de los reclusos bajo la modalidad de concierto para delinquir; por otro lado, los condenados aumentaron entre el año 2016 al 2018 y disminuyeron entre los años 2019 al 2020 (tabla 26, gráfica 20, gráfica 21).

Tabla 26. Población privada de la libertad bajo la modalidad de concierto para delinquir por situación jurídica al mes de enero por año

Año			2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Hombres	Total ERON	n	5528	6618	8093	8909	9467	10984	11 164
		%	45.7	50.3	50.5	47.5	45.4	46.6	42.8
	Variación porcentual		0	9.1	0.3	-6.2	-4.7	2.6	-8.8
	Regional Noroeste	n	Sin dato	Sin dato	9	32	37	59	105
		%			52.9	45.7	34.3	45.7	61.8
	Variación porcentual		Sin dato	Sin dato	0	-15.8	-33.4	25.1	26.0
Mujeres	Total ERON	n	6603	6534	7934	9832	11 391	12 598	14 915
		%	54.6	49.7	49.5	52.5	54.6	53.4	57.2
	Variación porcentual		0	-10.0	-0.4	5.6	3.9	-2.2	6.6
	Regional Noroeste	n	Sin dato	Sin dato	8	38	71	70	65
		%			47.1	54.3	65.7	54.3	38.2
	Variación porcentual		Sin dato	Sin dato	0	13.3	17.4	-21.2	-41.9

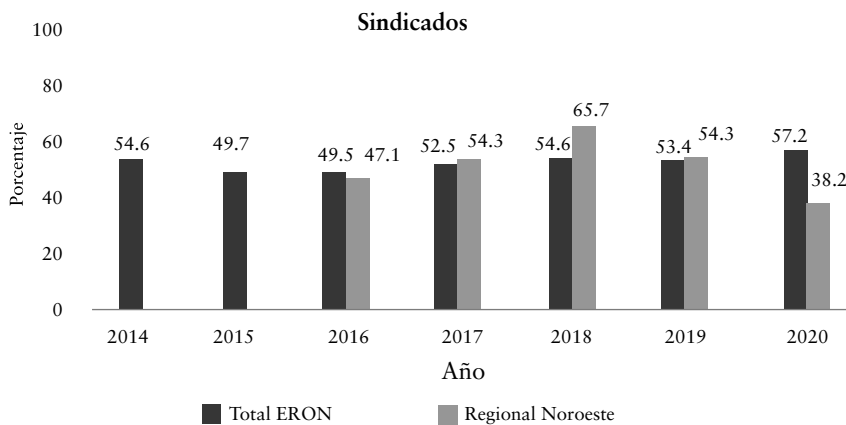
Fuente: elaboración propia con información obtenida de INPEC (2020) <https://www.inpec.gov.co/estadisticas/tableros-estadisticos>

Gráfica 20. Población privada de la libertad bajo la modalidad de concierto para delinquir por situación jurídica sindicados al mes de enero por año



Fuente: elaboración propia con información obtenida de INPEC (2020) <https://www.inpec.gov.co/estadisticas/tableros-estadisticos>

Gráfica 21. Población privada de la libertad bajo la modalidad de concierto para delinquir por situación jurídica condenados al mes de enero por año



Fuente: elaboración propia con información obtenida de INPEC (2020) <https://www.inpec.gov.co/estadisticas/tableros-estadisticos>

Capítulo IV. Negación de subrogados penales como limitante de la resocialización del infractor penal

En el presente capítulo queremos dar cuenta cómo los límites establecidos para el acceso a algunos subrogados penales para los privados de la libertad por el delito de concierto para delinquir vulneran el derecho y la posibilidad de alcanzar uno de los fines de la pena, la resocialización del infractor penal. A la vez nos preguntamos por las penas, el castigo y en general por las teorías en torno a su componente epistemológico y dogmático que son tendencia en el estudio del derecho penal.

Frente a la comisión de un punible, el Estado tiene la facultad o potestad de investigar y sancionar al infractor penal, todo bajo los principios de legitimidad y legalidad implícita en esta. Desde el contrato social rousseauiano, los individuos decidimos otorgarle al Estado una justificación racional universal. Es por esta razón que el criterio de legitimidad y el problema de obligatoriedad se hace evidente en el derecho penal. En otras palabras, como lo expresa Kelsen (1995), el Estado en cuanto ordenamiento coactivo es una técnica de organización social, y es allí en su estructura organizativa que tiene sentido el control social a través del derecho penal. Por tanto, una vez el Estado

asume su competencia de imponer sanciones a quien ha cometido un delito, este busca una finalidad, que no es otra que la del control, organización de la comunidad y la protección de los intereses comunes.

En definitiva, el Estado tiene una condición instrumental para que a través de poder y de la mano de la ley logre los objetivos y fines propuestos en el pacto inicial, el contrato social, siendo necesario para ello la aplicación de las sanciones o penas correspondientes. Es de esta manera que una primera definición de pena la incorpora el Diccionario de la Lengua Española: la palabra *pena* proviene del latín “poena” que significa “castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta. Cuidado, aflicción, dolor, tormento o sentimiento corporal”. Se entiende por pena en este contexto la imposición de un castigo otorgado por el Estado a quien contraría la ley establecida.

Así las cosas, el Estado con la finalidad de asegurar el control y buscar la convivencia pacífica entre sus asociados utiliza múltiples herramientas, entre ellas, el derecho penal limitando ciertos derechos fundamentales del individuo, previa la valoración por parte de la autoridad competente, quien finalmente atribuirá una responsabilidad y una consecuencia al infractor por lesionar un bien jurídico tutelado. En consecuencia, nuestro Código Penal en los artículos 35.º y 36.º nos presenta los tipos de penas establecidas y clasificadas como principales y sustitutivas así las primeras corresponden a la privativa de la libertad de prisión, la pecuniaria de multa y las demás privativas de otros derechos que como tal se consagren en la parte especial; finalmente las sustitutivas que corresponden a la prisión domiciliaria y el arresto de fin de semana.

En este contexto del control y organización social, las penas presentan unos fines establecidos, los cuales están declarados en el texto básico y en el Código Penal, aunque existen varias teorías sobre dicha finalidad, entre ellas, las absolutas y las relativas, ambas tienen como sustento teleológico la integración social y la prevención general, lo que busca una retribución justa, la protección del infractor penal, pero en especial la reinserción social que no es otra que su resocialización. Así mismo, para el derecho penal contemporáneo la teoría de la pena está entre la absoluta de la retribución y la relativa a la prevención,

construyendo desde allí el andamiaje de legitimación y fundamentación del sistema punitivo actual.

En cuanto a la finalidad de la ley penal es necesario revisar su función desde dos perspectivas: la primera, desde la ley, la segunda, desde la doctrina y la jurisprudencia. En este sentido, el Código Penal nos presenta en su artículo 3.º algunos principios que deben regir la actuación penal, los cuales obedecen a que la imposición de la pena o de la medida de seguridad debe corresponder con los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de esta. Sin embargo, el primero de ellos, el de necesidad, debe entenderse en el marco de la prevención y este debe ser conforme a lo preceptuado por el marco jurídico que impulse su desarrollo.

Podríamos decir que la restricción efectiva de la libertad de un individuo debe estar estrechamente relacionada con el cuidado y protección de los derechos fundamentales que ha este le asisten por el mero hecho de pertenecer a la especie humana, y que se encuentra establecido en el marco constitucional, internacional e incorporado a la ley penal en el artículo 1.º al afirmar que el derecho penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana.

Tal prescripción está ligada con el texto constitucional colombiano artículo 1.º en el que se establece la base de nuestro sistema jurídico político fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general (artículo 1.º, Constitución Política de Colombia). No obstante, es en el artículo 4.º del Estatuto Punitivo donde encontramos expresamente la función de la pena que no es otra cosa que la de cumplir con la prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional en Sentencia C-647 de 2001 establece los límites a la imposición de la pena en virtud de la definición legal, acotando que el Estado le impone a un individuo determinada carga de soportar una privación o disminución de bienes jurídicos que, de otra manera, permanecerían intangibles frente a la acción estatal. Ello ocurre, desde luego, con las limitaciones que señalan la Constitución, la dignidad de la persona humana y el respeto a los derechos humanos (p.15).

En este mismo sentido, el artículo 13.º del Código Penal nos indica que las normas rectoras, contenidas en esta disposición, constituyen la esencia y orientación del sistema penal, además que estas prevalecen sobre las demás e informan su interpretación. Bajo este criterio orientador y esencial es que podemos volver al inciso del artículo 3.º para recalcar la necesidad de la pena o para decirlo en otros términos, la privación de la libertad debe estar acompañada de unos criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad; consideraciones claras y contundentes que permitan llevar al operador judicial a la convicción que la pena se torna en un factor único e indispensable para salvaguardar derechos fundamentales o bien del acusado, de la víctima o como medida protectiva de la sociedad, cuando de este se identifique que puede llegar a ser un peligro para la sociedad. Es aquí donde toma relevancia un test de ponderación entre el daño causado con la violación a la ley penal y la imposición de una medida restrictiva de la libertad.

Pero es precisamente este test de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad el que debería orientar las decisiones de los jueces en el momento de conceder o negar un subrogado penal. Ya que, en estos casos, si bien es cierto el individuo no queda en libertad absoluta, sí accede a la sustitución de la medida intramuros que en todo caso será más restrictiva y violenta que los subrogados penales.

La necesidad de la pena y los subrogados penales

La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión, en tal sentido, para la legislación penal, la necesidad de la pena estructurada como principio presenta como elemento teleológico la prevención del delito, siendo este uno de los fundamentos estructurales del derecho penal y de la necesidad de imponer penas a los infractores.

No obstante, este criterio de necesidad debe ser valorado por el operador jurídico a partir de los hechos y de las circunstancias que llevaron a la comisión del delito, así las cosas, identificando el juez unos criterios razonables que lo lleven a encontrar determinadas condiciones para restringir la libertad debería imponer esta sanción y con ello cumplir su finalidad de prevención.

Por su parte, el artículo 34.º del Estatuto Punitivo refiere que se podrá prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria en los eventos de delitos culposos o con penas no privativas de la libertad, cuando las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad, la anterior mención es la única que en el Código Penal hace una referencia concreta sobre la posibilidad de prescindir de la sanción, tratándose del derecho a la libertad del individuo y de la sanción privativa de la libertad como la última ratio del derecho.

En cuanto a la necesidad de la pena, debemos anotar que cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, estipulados en la Ley 1098 de 2006 y existiendo mérito para proferir medida de aseguramiento en los casos del artículo 59.º de la Ley 1453 de 2011, que modificó el artículo 309.º de la Ley 906 de 2004, siempre deberá existir una detención en establecimiento de reclusión.

En el caso anterior, el principio de necesidad de la pena del artículo 3.º del Código Penal resulta irrelevante. No obstante, para poder establecer ese principio de la necesidad de la pena la Corte Suprema de Justicia ha señalado unas precisiones para entender el alcance de dicho principio y así demostrar los presupuestos dogmáticos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, para luego determinar si se está frente a uno de los supuestos para prescindir de la pena, según el artículo 34 de la Ley 599 de 2000, y que habíamos mencionado y finalmente cuando las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor y a su parentela. Todo estableciendo el sistema de cuartos consagrado en el artículo 61.º del Código Penal y verificando si el infractor penal cumple con los requisitos que le permitan acceder al subrogado penal de la suspensión de la ejecución de la pena, acorde con el artículo 63 de la Ley 599.

Así las cosas, el análisis básico por la necesidad de la pena nos lleva a la reflexión, tratándose de los subrogados penales, de si la valoración que realice el juez de ejecución de penas al momento de otorgar

o no un subrogado debe estar acompasado de la evaluación profunda de este principio, teniendo en cuenta que las circunstancias del privado de la libertad serán evidentemente diferentes de las presentadas en la etapa inicial valorativa de la conducta en juicio (Martínez, 2002). En otras palabras, la valoración de los principios y fines de la pena deben hacerse para evaluar el otorgamiento de un subrogado penal y más tratándose de individuos privados de la libertad por el delito de concierto para delinquir, como lo expresábamos este recibe de parte del legislador penal un trato diferente y riguroso que estaría vulnerando esa máxima de la privación de la libertad como *ultima ratio* del derecho, pero en especial iría en contra vía de los fines de la pena en especial del elemento de la retribución.

Lo anterior, sobre la visión de Jakobs (2003), donde la reacción punitiva tiene como función principal el “restablecer la confianza y reparar o prevenir los efectos negativos que la violación de la norma produce para la estabilidad del sistema y la integración social” pero también, del respeto a los individuos a su dignidad humana como titulares directos de derechos y deberes (p. 25).

La finalidad de la pena

Como lo establecíamos anteriormente, el Código Penal colombiano en el artículo 4.º constituye cuáles son los fines de la pena: cumplir las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. Es por lo anterior necesario tratar de acercarnos a estos elementos y desde allí poder plantear la vulneración de la función resocializadora mediante el establecimiento de límites a los subrogados penales para el infractor penal sentenciado por concierto para delinquir.

En este orden de ideas, la finalidad de la prevención general de la ley penal presenta unas condiciones y particulares muy asociadas con la función del Estado desde sus fines del artículo 2.º constitucional, como lo es el mantenimiento del orden jurídico para lo cual debe disponer de las herramientas metodológicas adecuadas como la ley y derecho penal, y en esa misma línea debe imponer condicionamientos a ese ejercicio del poder punitivo. Por otra parte, la prevención como

función de la pena no es otra cosa que la advertencia o la disuasión que la sanción penal busca en la sociedad, es advertir de las graves consecuencias que implicaría la violación al pacto social.

Esta advertencia es dada precisamente en el momento de legislar al imponer en la norma penal unas consecuencias que se resumen en la pérdida de la libertad, ha dicho la Corte, que ese fin de “prevención general” debe tenerse en cuenta tanto para determinar lo que se denomina pena desde el punto de vista judicial como para la ejecución de esta, ya que, por un lado, se previene al imponer la sanción, como un ejemplo que permita disuadir al ciudadano de cometer delitos y desde luego que todo llevaría al respeto y “afianzamiento” del orden jurídico. Con todo, según la Corte, la pena “tiene en nuestro sistema jurídico un fin preventivo, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones” (Corte Constitucional, C-806/02)¹.

Y es precisamente en este punto de la finalidad preventiva de la pena en el que los subrogados penales adquieren relevancia particular, pues, como lo habíamos advertido en capítulo anterior y como lo resalta la Corte Constitucional en la Sentencia C-806/02, la función preventiva especial de la pena se proyecta en los denominados mecanismos sustitutivos de la pena que, tal como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, pueden ser establecidos por el legislador en ejercicio de su facultad de configuración siempre y cuando estén “orientados hacia la efectiva resocialización de quienes hayan cometido hechos punibles, favorezcan el desestímulo de la criminalidad y la reinserción de sus artífices a la vida en sociedad” (p. 4).

Ahora bien, sobre la prevención general de la pena cuyo sentido teleológico está dirigido en un momento anterior a la comisión del punible, establecido como factor disuasorio de las consecuencias futuras que podrían tenerse por su incumplimiento y que deberían llevar al ciudadano a abstenerse de cometer delitos, podemos decir que

1 Sentencia de la Corte Constitucional C-184 de 2003, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa. Véase también Sentencia T-267 de 2015 M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

esta termina configurándose como un instrumento *a priori* que busca neutralizar mediante la disuasión a los asociados. No obstante, esta ha sido clasificada en dos modalidades: la prevención de carácter general y especial, y entre positiva y negativa. La primera surge como un medio que permite demostrar que el sistema penal funciona, que es efectivo y genera justicia castigando a los infractores con la imposición de sanciones que, en el caso colombiano, están reducidas casi en su totalidad a la privación de la libertad en establecimiento carcelario o penitenciario, a las figuras subrogatorias como la prisión y detención domiciliaria o hospitalaria, y la segunda finalidad no es otra cosa que evitar que los ciudadanos ejecuten ilícitos.

No obstante, la denominada función preventiva especial ha sido asociada con la resocialización o reintegración social del condenado, o por lo menos, su “no desocialización” (Roxin, 1981, p. 29). Y es que dicha asociación entre prevención-resocialización tiene sentido si después del paso por la institución penitenciaria se logra la incorporación social efectiva del infractor, como lo manifiesta la corte Constitucional al plantear:

Que debe entenderse que la pena debe, entre sus varias finalidades, cumplir una función de prevención especial positiva; esto es, debe buscar la resocialización del condenado, obviamente dentro del respeto de su autonomía y dignidad, pues el objeto del derecho penal en un Estado social de derecho no es excluir al infractor del pacto social, sino buscar su reinserción en el mismo. (Corte Constitucional, Sentencia C-806/2002, p. 11)

Y es en este mismo sentido que la función retributiva de la pena está enfocada a esa efectiva reinserción social del infractor y sobre la cual está enfilada la ejecución de la pena. Lo anterior guarda estrecha relación con toda la estructura del derecho penal, pues lo que se pretende es incorporar al infractor a la sociedad, de lo contrario esta sanción terminaría en un finalismo sin sentido más allá que la mera inocuización del infractor penal, en otras palabras, y para decirlo en términos de Kant (2005), el hombre dejaría de ser un fin en sí mismo y sería tratado como un medio, no como un fin en sí mismo.

Esta necesidad de retribución de la pena no es otra que el respeto por el principio de la dignidad humana, el cual desempeña un papel protagónico dentro del ordenamiento jurídico colombiano al considerar al hombre sujeto de derechos en sí mismo, así lo manifiesta la Corte Constitucional:

Por lo tanto, si la vida del ser humano no se encuentra regida por ese principio, el hombre y la mujer quedan expuestos a la instrumentalización de su existencia y, en consecuencia, a ser reducidos a la condición de cosa. De ahí, que cuando la función preventiva de la pena, en cuyo marco debe ser atendido el principio de necesidad de la misma, sea cumplida por el Estado para proteger el bien jurídico de la vida, no se puede postergar el principio fundamental de la dignidad humana. (Sentencia c-470/2001)

Ese fin de retribución de la pena debe hacerse explícito en dos momentos particulares: el primero, en la valoración del operador judicial al momento de imponer una sanción y, el segundo, cuando el juez de ejecución de penas y las autoridades penitenciarias ejecutan dicha sanción, en este caso particular buscando la resocialización del infractor penal. Basta decir que dicho proceso en la prisión debe estar enmarcado en el respeto de los derechos básicos de los ciudadanos y en especial por la dignidad humana que debe ir aparejado con el proceso individual de reincorporación social del infractor. Como lo expresa Roxin (1997) “la pena debe de ser justa y eso presupone que se corresponda en su duración e intensidad con la gravedad del delito, que lo compense. Detrás de la teoría de la retribución se encuentra el viejo principio del talión: ojo por ojo, diente por diente” (p. 82).

Es así como, esa denominada retribución especial que busca evitar la reincidencia, evitar que el condenado vuelva a delinquir. O como bien lo aclara la Corte Constitucional, la prevención general puede ser vista de dos formas: la primera, como prevención general negativa, la cual pretende que las personas se abstengan de realizar una conducta delictiva por miedo a una amenaza punitiva y la segunda, la positiva, en la cual se castiga a los responsables, imponiéndoles penas acordes a su grado de culpabilidad.

Se considera como propio del Estado social de derecho que la ejecución de la sanción penal esté orientada por finalidades de prevención especial positiva, esto es, “buscar ante todo la resocialización del condenado, obviamente dentro del respeto de su autonomía y dignidad puesto que, como se verá más adelante, es necesario armonizar estos valores” (Corte Constitucional, Sentencia C-261 de 1996).

Y es en este punto donde la función de prevención especial representa un rol preponderante en el escenario de las sanciones penales, especialmente en la ejecución de la sanción donde se deben establecer mecanismos idóneos y respetuosos con la dignidad humana para que el infractor penal pueda llegar a su proceso resocializador y uno de ellos es a través de los subrogados penales como eje transversal en la consecución de dicho fin. En tal sentido, negar el acceso a estos subrogados implicaría desconocer ese fin de prevención especial que tiene la ley; incluso para aquellos delincuentes llamados “incorregibles” para los cuales, según von Liszt (1995), solo queda la inocuización.

Por otra parte, no interesa hacer una distinción entre las teorías absolutistas o retribucionistas, simplemente queremos resaltar el sentido de la finalidad de la pena para el proceso resocializador del infractor penal y que la culpabilidad moral no solo sea necesaria, sino suficiente para la justificación de la pena, como lo afirma Moore (2010), o simplemente una buena razón para ello (Zaibert, 2006).

La negación de la resocialización mediante los límites a los subrogados penales

Como lo establecimos en los capítulos anteriores el delito de concierto para delinquir configurado en el artículo 340.º de nuestro actual Código Penal colombiano, en el cual varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, configura una talanquera o dificultad a la hora de acceder a los subrogados penales establecidos en la legislación colombiana.

Es así como en el capítulo anterior logramos mostrar que del total de personas privadas de la libertad por el delito de concierto para delinquir entre los años 2014 al 2020 el número se ha incrementado en más de un 100 %, ocupando el tercer puesto en impacto en los centros

carcelarios después del hurto. Esto lleva a plantearnos cómo este delito asociado en la mayoría de los casos con otras conductas punibles impide el acceso a mecanismos sustitutivos de la prisión intramuros, lo que afecta precisamente el principio de necesidad y de intervención o *ultima ratio* en el marco del sistema de prevención de la ley penal.

En suma, parecería que nuestro sistema penal ha quedado atado en materia de ejecución de la pena al simple elemento de la culpabilidad del infractor penal y la función preventiva y resocializadora no desempeñara ese papel preponderante que debería dársele en el escenario del castigo y la sanción. O para decirlo en términos de Roxin (1986): “La pena se determinaría solo con arreglo a la culpabilidad del reo” (p. 232).

Lo anterior desconoce que el principio de la necesidad de la pena y su función retributiva impone a los operadores judiciales, en este caso particular a los jueces de ejecución de penas, analizar las circunstancias propias de cada individuo con el fin de conceder subrogados penales establecidos en el marco legal de los artículos 3.º y 4.º del Estatuto Punitivo, referente a los fines de la pena “reinserción social y protección al condenado” y no solo limitarse a un fin de retribución, *contrario sensu* deberá garantizar el ejercicio pleno de la dignidad humana como lo expresó la Corte Constitucional en Sentencia T-596 de 1992 y C-679 de 1998:

En el marco del Estado Social de Derecho la pena, como instrumento adecuado para servir a los fines de prevención, retribución y resocialización, debe ser necesaria, útil y proporcionada; esto significa que, si los mismos fines pueden lograrse por otros medios sancionatorios, debe preferirse el menos severo (pues el más restrictivo dejaría de ser necesario y útil), en aras de garantizar la dignidad del condenado.

Tanto en el derecho penal como en el código de ejecución penal Ley 65 de 1993, se han establecido los principios y fines de la pena y la sanción social, en el Código Penitenciario y Carcelario colombiano en el contenido de sus 174 artículos es donde se estructura el derecho de ejecución penal, en especial allí se regula el cumplimiento de las medidas de aseguramiento, la ejecución de las penas privativas de la

libertad personal y las medidas de seguridad. Es en esta disposición, en los artículos 9.º y 10.º donde encontramos la finalidad de la ejecución de la sanción penal, como lo presenta Arias (2019).

Allí se afirma que la pena tiene una función protectora y preventiva, pero su contenido teleológico fundamental es la resocialización del infractor penal, por otra parte establece las medidas de seguridad cuya esencia son los fines de curación, tutela y rehabilitación, con todo, la forma de ejecutar tal cometido es a través del llamado tratamiento penitenciario el cual tiene como propósito alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario. (p. 219)

Siguiendo a Mir (1989), con el fin de acercarnos a una definición de la resocialización podemos decir que el concepto en sí mismo suscita censura por ser ambiguo y falto de concreción (p. 36). De tal suerte, la resocialización no es más que la oportunidad que tiene un privado de la libertad una vez adquiera su libertad de reincorporarse a la sociedad como individuo “útil” (Melossi y Pavarini, 1985, p. 39).

Por otra parte, la Corte Constitucional ha presentado los elementos fundamentales con los cuales se debe entender la resocialización en nuestro sistema jurídico colombiano, esto es: 1) la oportunidad y disposición permanente de medios que garanticen la realización de diversas actividades de orden laboral, educativo, deportivo y lúdico; 2) las condiciones cualificadas de reclusión, en aspectos básicos como el goce permanente de servicios públicos esenciales, buenas condiciones de alojamiento, alimentación balanceada, servicios sanitarios mínimos, entre otros. Y 3) el acompañamiento permanente durante el periodo en que se prolonga la privación de la libertad, con el auxilio de un equipo interdisciplinario de profesionales en ciencias sociales y de la salud, de la red de apoyo y de la familia del recluso (Sentencia T-1190/03). Con esta institución se buscaba superar la concepción retribucionista de considerar la pena como un mal que habría de ocasionársele a quien había producido otro mal (Leyva y Lugo, 2015).

El Estado está en la obligación de procurar la función resocializadora de las personas condenadas a penas privativas de la libertad. Por tanto, el “[...] Estado podrán hacer valer sus derechos en pro de obtener las oportunidades necesarias y los medios precisos para el desarrollo de su personalidad humana, con el fin de que se les garantice una vía para la resocialización” (Sentencia T.286/2007).

Todo lo anterior está soportado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966, el cual en su artículo 10-3 ratifica que el régimen penitenciario debe consistir en un tratamiento cuya finalidad esencial sea la reforma y la readaptación social de los penados. En el mismo sentido, y siguiendo a Claus Roxin (2014), para resaltar la importancia de la reincorporación del infractor penal cuya base en la ejecución penal debería ser solamente la resocialización, ya que “la ejecución penal basada en la imposición de un mal y que renuncie a la resocialización solamente puede llevar al condenado a una desocialización definitiva y no puede ser para él un aliciente hacia formas de conducta humanas y sociales que él necesita urgentemente” (p. 85). Y es que como lo hemos dicho reiteradamente el mismo Código Penal en su artículo 3.º y 4.º marca ese sentido de la sanción que no puede ser otro que la búsqueda de la integración a la vida en sociedad.

Por consiguiente, también está consignado en el texto del código penitenciario en esta ocasión para establecer la finalidad de la resocialización, la cual se establece en dos de sus artículos: en primera medida para ratificar que la pena tiene función protectora, preventiva, que su fundamento es la resocialización, para diferenciar que las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación. Y, por otro lado, para establecer con claridad cuál es el fin del tratamiento penitenciario que no es otro que alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario (artículos 9.º y 10.º Ley 65 de 1993).

De la anterior definición es necesario resaltar la importancia del trabajo durante el tiempo de reclusión, pues este “no sólo ayuda a

alcanzar el fin de la resocialización del individuo, sino que también fomenta el valor de la paz y refuerza la concepción del trabajo como un valor fundante de la sociedad” (Sentencia T.286/2007). Con todo, tiene sentido entonces que la resocialización del infractor penal sea el elemento central y la finalidad misma del derecho penal, pues en ella descansa su fórmula, finalidad y objeto de estudio, tal como lo afirma Arias (2016):

Esta busca cambiar en el delincuente sus condiciones de vida para que vuelva y retome los valores y habilidades sociales con el fin de prepararlo para que al momento de su reincorporación no vuelva a delinquir. Sin embargo, lejos están los centros de reclusión en Colombia de alcanzar tan altos fines, solo es dar un vistazo a la reincidencia en la ejecución de los delitos y las condiciones de los establecimientos carcelarios. (p. 94)

Para resaltar la importancia de la resocialización dentro del marco del sistema penal colombiano, y sobre los fines de la pena en Colombia, es importante traer a colación que lo que debe predominar en la ejecución de las penas esto es:

la búsqueda de resocialización del delincuente, ya que esto es una consecuencia natural de la definición de Colombia como un Estado social de derecho fundado en la dignidad humana (Constitución Política art. 1º) puesto que el objeto del derecho penal en un Estado de este tipo no es excluir al delincuente del pacto social sino buscar su reinserción en el mismo. (Corte Constitucional Sentencia C-261 de 1996)

De modo que podemos establecer que tanto en la imposición de la pena como en su ejecución siempre se debe buscar la resocialización del infractor penal, todo mediante un análisis de la personalidad y bajo un sistema de oportunidades que le faciliten al individuo su efectiva reincorporación a la sociedad. De suerte que a esta esencia del derecho penal y de ejecución no pueda escapar el ejercicio propio de los subrogados penales que analizamos en capítulo anterior, ya que

el restringir el acceso a dichos “beneficios” lo que estamos en definitiva es, por un lado, afirmando que existen algunos individuos que por su perfilamiento no pueden ser beneficiarios de los subrogados como medida supletoria de la prisión y como fórmula de reinserción social, y, por otro, con los límites establecidos para ciertos delitos se inviabiliza o hace nugatoria la resocialización.

Así las cosas, negar la posibilidad de los subrogados penales a un número de privados de la libertad por razones eminentemente formales como lo es la comisión del delito de concierto para delinquir pone la mirada de manera finalista y peligrosa en el delito y no en el infractor penal, dando paso a la consolidación de un derecho penal del enemigo (Jakobs, 2004).

Veamos cómo la legislación penal limita el acceso a los subrogados penales de una población por razones de su delito, el artículo 68A del Estatuto Punitivo refiere que quedaran excluidos de los beneficios y subrogados penales, esto es que no se podrían conceder (la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión) y que tampoco se podrá obtener otro beneficio, judicial o administrativo si la persona estuviera incurso en los delitos que relaciona el artículo referido² y en especial para el caso que nos ocupa el haber cometido delito de concierto para delinquir.

Así mismo, tal negación, contraría al principio de la prevención tanto general como especial, tiene su asidero tanto en el derecho penal en etapa de imposición de sanción, al momento de establecer sus fines (artículos 3° y 4° C.P.), al igual que unos criterios para valorar la necesidad de aplicar la pena, gravedad, modalidad y culpabilidad. Así mismo, sucede en la ejecución de la pena cuando se señalan los mecanismos sustitutivos, los que, según la Jurisprudencia, deben estar “orientados hacia la efectiva resocialización de quienes hayan cometido hechos punibles, favorezcan el desestímulo de la criminalidad y la reinserción de sus artífices a la vida en sociedad”, principios legales que de contera son negados a la población privada de la libertad por el delito de concierto sobre la sola base de razonamientos de seguridad

2 Ver nota 11.

y salvaguarda del orden institucional que llevan a una violación de la dignidad humana.

Y no solo por el hecho de su negación bajo criterio peligrosista y enfocado a la criminalización de un sector social, en muchas ocasiones marginal y de exclusión social, como lo referíamos anteriormente con Jakobs (2004), para ubicar a este infractor penal como el que “ha abandonado el derecho y, por tanto, no garantiza el mínimo cognitivo de seguridad” (p. 59).

En otras palabras, como lo refiere Arias (2016), “encontramos en esta disposición que la norma desde su configuración inicial es portadora de condicionamientos a través de su valor coercitivo, el cual busca como reguladora social menguar la capacidad delictiva del sujeto que no es otra cosa que la inocuización del infractor penal” (p. 71). O como lo resalta von Liszt, (1995), “la pena no se deduce de un criterio abstracto de justicia, sino que es sinónimo de coacción. Este criterio es bifronte, pues busca proteger los bienes jurídicos a través de la lesión de otros bienes jurídicos” (p. 82).

Precisamente, el proceso resocializador del infractor penal es un asunto complejo de entrada, pero más aún en nuestro sistema carcelario donde las vulneraciones y la afectación a los derechos de los privados de la libertad no solo por ser sistemática impone tratos crueles inhumanos y degradantes, situación que ha sido reiterada por la honorable Corte Constitucional debido a que:

la evidencia fáctica, así como la información que es de público conocimiento, evidencia que, nuevamente, el sistema penitenciario y carcelario colombiano se encuentra en un estado de cosas contrario al orden constitucional vigente de manera grosera, que conlleva un desconocimiento de la dignidad humana, principio fundante de un Estado social de derecho. En otras palabras, el sistema penitenciario y carcelario actual es incompatible con un Estado social y democrático de derecho. (Sentencia T-388 de 2013)

Es por esta razón que la pena privativa de la libertad en Colombia por sí misma no cumple con los fines de la pena, ni es respetuosa de

los principios constitucionales y es allí donde toman sentido los mecanismos alternativos o sustitutivos, los que hacen parte de ese proceso resocializador en el marco de un tratamiento o sistema progresivo, el cual limita el acceso a unos individuos por la comisión de un delito como el concierto solo pone la mirada en el elemento de la coacción y de la intimidación del derecho penal dando relevancia a “la relación con un enemigo” (Jakobs, 2003, p. 26).

Por otra parte, impedir los subrogados penales a una amplia población de privados de la libertad por el solo hecho de estar condenados por un delito como lo es el concierto en el caso en la regional noroeste del INPEC, cuyo número de privados de la libertad constituye un porcentaje altamente significativo, ratifica el mero sentido inocuidador de la pena. En otras palabras, abandonando la posibilidad de resocializar al infractor penal para buscar solo su confinamiento con intención de control social, alejándose por completo de los fines establecidos en esta, mostrando el desinterés estatal en reintegrar y reincorporar a la vida social a los privados de la libertad; garantías básicas que se transforman en la negación del principio de la dignidad humana y del respeto de las garantías y derechos del individuo infractor a la prevención especial y a la necesidad de la pena la cual debería ser analizada siempre con el fin de evitar más daños y violación de derechos a través de la prisionalización.

Conclusiones

El abordaje filosófico pre y contractualista de los trasgresores a la estructura social ha oscilado entre quienes proponen el destierro y la pena de muerte por considerar que estos han perdido como resultado del acto desviado el estatus de ciudadanos y con ello los derechos que como hombre le fue otorgado por la ley civil, bajo la egida de ser enemigos absolutos del Estado.

De tal manera que la misma ley dispuso que al violador de la ley se le debía dar una oportunidad de enmendar su actuar con el fin de pactar con él un nuevo contrato; así mismo, hay autores que proponen reaccionar contra la criminalidad en forma diferenciada: para los delitos que atentan contra el fundamento y seguridad institucional se cree legítimo el uso del derecho de guerra con el fin de neutralizar al agresor, en conclusión, quiere decir bajo los términos generales y fundamentos filosóficos del derecho penal del enemigo se sustenta un tratamiento diferencial que busque solo neutralizar la capacidad criminal e infractora del individuo alejándose de la concepción rehabilitadora de la pena.

En suma, el ordenamiento jurídico en la concepción del derecho penal del enemigo comprende aquel individuo que con su comportamiento ilícito reiterado pone en evidencia el abandono de las expectativas normativas; por tanto, no es garantía cognitiva de seguridad,

lo que transforma al sujeto en una fuente de riesgo, sin que este pueda esperar que el Estado le conserve la titularidad de sus derechos fundamentales o lo trate como persona, puesto que con su proceder ha declarado la guerra. De modo que el autor avala ni más ni menos un derecho diferencial bajo la lógica amigo-enemigo y, por lo tanto, el derecho penal del enemigo parte de una reducción significativa del nivel de garantías que corresponde a la aplicación del derecho penal y, por lo mismo, está reservado para los delitos de mayor impacto que amenazan incluso la estructura del Estado mismo y su poder de respuesta frente a lo que se considera desviación criminal.

Así que, de *lege lata*, el delito de concierto para delinquir indica la forma progresiva en que el Gobierno de turno ha reaccionado con la fuerza del derecho sancionatorio en contra de la delincuencia organizada para preservar el sistema social y la seguridad de los derechos de las personas con el fin de neutralizar con eficacia esta amenaza percibida por las agencias del Estado. No obstante, el concierto no es más que un delito de alto impacto con el cual el Estado ha instrumentalizado la función de punir y ha debilitado la política criminal como herramienta eficaz en el control del delito, para convertirla en un simple escenario de populista punitivo al servicio del gobierno o político de turno.

Así que el aumento desmesurado de penas y la mayor ampliación de la tipificación que implique incluso la reducción de barreras para la aplicación del derecho penal permitan una atención muy generosa del tipo penal en mención, básicamente se ha convertido en un delito conexo a otro sin número de actividades que implican labor de grupo criminal como terrorismo, narcotráfico, lavado de activos, delitos de tráfico de personas, etc.

La Fiscalía General de la Nación, como se demostró en sus diferentes informes, ha dado un tratamiento preeminente al delito de concierto para delinquir que, vinculado claramente a las bandas criminales (BACRIM), ha exigido por parte de los diferentes fiscales, que han estado al frente de la institución, crear condiciones operativas dentro del sistema penal oral acusatorio con fiscales de dedicación exclusiva para este tipo de delitos, tanto del orden territorial como nacional, convirtiendo a este en un delito de alto impacto, ofreciendo respuestas desde el punto de vista cuantitativo cada vez superiores.

Permitir que este delito opere conexo a otros, implica subir el nivel de capacidad punitiva que tiene dicho delito; la mayor posibilidad de aceptación en una posible negociación y, por lo tanto, una mayor aplicación de pena, que genere condiciones al menos subjetivas de mayor seguridad ciudadana o, en otras palabras, efectos puramente simbólicos de aplicación del derecho penal en esta materia.

De ahí que del análisis que ha hecho la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (CSJSP), se puede determinar que efectivamente en el territorio nacional el crimen organizado ha creado y mantenido por un tiempo bastante considerable un Estado paralelo al legalmente constituido, desde allí han dinamizado y fortalecido la estructura delictual, tras ello se encuentran empresarios y políticos afines a estas organizaciones. De igual manera, se puede concluir que la Corte Suprema de Justicia ha logrado determinar con gran claridad los elementos configuradores del delito de concierto para delinquir, así como la diferencia que existe entre este con la coautoría y el delito político, pero permitiendo una ampliación de su marco interpretativo al punto que su conexión con otros delitos, como se demostró, implica una aplicación casi segura de un delito de peligro abstracto que anticipa las barreras punitivas y lleva a una pena efectiva.

En definitiva, el concierto para delinquir en la legislación penal colombiana ha sido empleado históricamente por el Estado como el primer instrumento al que puede apelar para neutralizar a los grupos armados organizados y a las asociaciones de delincuencia organizada; conformados y provistos por hombres y mujeres que proceden de la gran masa de población estructuralmente vulnerable, surgida por la poca o nula política pública de inversión social en los territorios de origen, lo que lo convierte en prototipo de un delito propio del derecho penal del enemigo en la lógica que facilita los procesos de criminalización de los clientes necesarios del derecho penal; de esta manera, hace honor a las teorías suficientemente explicadas de Jakobs.

En resumidas cuentas, los veintiún (21) establecimientos de reclusión del orden nacional (ERON) que pertenecen a la regional noroeste presentaron durante el tiempo que comprende el estudio un estado de hacinamiento alto que osciló entre el 79.9 % para el año de 2014 al 92.0 % en el 2019, lo que impide a las personas internas tener unas

condiciones de salud física y mental indispensables para morar en el espacio en paz y armonía.

El estudio nos indicó que el perfil promedio de las personas internas en la regional noroeste está conformada de hombres y mujeres adultas seguidas de jóvenes: un primer grupo está conformado por hombres en edades entre 30 a 54 años con un 50 %; un segundo grupo entre 18 a 29 años con un 44.1 %; un tercer grupo entre 55 a 64 años con un 4.1 %; un último grupo en edad mayor a 64 años con un 1.8 %. Por otro lado, las mujeres están constituidas con el siguiente porcentaje: un primer grupo en edades entre 30 a 54 años con un 57.2 %; un segundo grupo entre 18 a 29 años con un 36.4 %; un tercer grupo entre 55 a 64 años con un 5.4 %; un cuarto grupo en edades mayores de 64 años con un 1 %.

Las personas privadas de libertad recluidas en los ERO de la regional noroeste en el periodo de tiempo examinado evidencia que poseen el siguiente nivel educativo: iletrados en un 4.2 %; básica primaria en un 35 %; básica secundaria en un 32.1 %; media vocacional en un 25.3 %; educación superior en un 3.3 %. De la información analizada se puede afirmar que solo los internos con media vocacional y educación superior podrán acceder a un empleo formal, lo que estaría forzando al resto de los PPL a la informalidad con ello a la imposibilidad de acceder a la seguridad social.

Frente a las actividades de tratamiento penitenciario de trabajo, estudio y enseñanza se tiene que tanto hombres como mujeres participan en estudio un 61.3 %; en trabajo 37.4 %; en enseñanza en 1.3 %. Actividades de formación que les permitiría superar las condiciones de vulnerabilidad social en que se encuentran.

Dentro del grupo de personas privadas de libertad incluidas en este estudio, se reporta que por el delito de concierto para delinquir se tiene a nivel nacional un total de 26 079, pasando desde el año 2014 de un (6.8 %) a un (13.1 %) para el año 2020. En la regional noroeste se tiene que la modalidad de este delito se encuentra en la tercera posición detrás del hurto y homicidio con un porcentaje mayor de hombres en relación con las mujeres.

Finalmente, y como conclusión general, encontramos que los límites que el Estado colombiano ha impuesto a través del delito de

concierto para delinquir a los privados de la libertad para acceder a los subrogados penales es una forma de violentar desde la mirada del derecho penal del enemigo el proceso resocializador del infractor penal; lo cual lleva a apartarse de los fines de la pena en Colombia y ratificar que en la práctica el sentido teleológico de la pena en Colombia no es otro que la mera inocuización del infractor penal.

En resumen, lo único que se pretende es neutralizar al infractor penal, apartarlo de la sociedad y evitar que este vuelva a lesionar los intereses sociales, desconociendo la posibilidad de resocialización que en definitiva sustenta la necesidad del aparato punitivo del Estado, concretamente con los límites a los subrogados penales. Para condenados por concierto para delinquir el sistema penal genera una condición de invalidez o ineficacia de la resocialización del infractor penal en Colombia.

Referencias

- Aguilera, P. M. (2003). Muerte, vergüenza pública, confinamiento, pérdida de derechos. Credencial. <https://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-148/las-penas> consultada el 5 de julio de 2020.
- Ambos, K. (2006). Derecho penal del enemigo. En M. Cancio Meliá y C. Gómez-Jara Díez (comps.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión* vol. 1. (pp. 119-162). Edisofer.
- Arias Ramírez, D. (2019). *Historiografía de las penas privativas de la libertad en Colombia*. Universidad Autónoma de Barcelona.
- Arias Ramírez, D. (2016). *Resocialización algunas consideraciones para su invalidez judicial por ineficacia*. Ibáñez.
- Armaza Armaza, E. J. (2009). *Posibilidades de aplicación del control telemático como parte del tratamiento penal del delincuente imputable peligroso en el derecho español*. Ediciones Universidad de Salamanca.
- Borja Jiménez, E. (2011). *Curso de política criminal*. 2.^a ed. Tirant Lo Blanch.
- Cerda, H. (2005). *Los elementos de la investigación*. Editorial El Búho.
- Cid, M. J. (2005). La suspensión de la pena en España. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 223-239.
- Cid, M. J. y Larrauri, P. E. (2005). *La delincuencia violenta*. Tirant lo Blanch.
- Cohen, S. (1988). *Visiones de control social. Delitos, castigos y clasificaciones*. PPU.

- Congreso de Colombia. (24 de julio de 2000). Código Penal. [Ley 599 de 2000]. DO: 44.097.
- Corporación Excelencia en la Justicia. (2011). *Balance de los primeros cinco años de funcionamiento del sistema penal acusatorio en Colombia*. Kimpres Ltda.
- Cuello, C. E. (1958). *La moderna penología*. Bosch.
- Fernández, B. D. (2019). *Lecciones de derecho penitenciario*. Centro de Estudios Financieros CEGAL.
- Ferri, E. (1907). *Sociología criminal*. Góngora.
- Fichte, J. G. (1994). *Fundamento del derecho natural, según los principios de la doctrina de la ciencia*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Foucault, M. (1979). *El ojo del poder, entrevista por Jean Pierre Barou y Michelle Perrot*. La Piqueta.
- García, V. C. (2001). *Estar mejor y salir antes: premios y beneficios condicionados a la conducta del recluso en la legislación penitenciaria del XIX y principios del XX*. ADPCP. Vol. LIV, 27-42.
- Goffman, E. (1972). *Internados: Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*. Amorrortu Editores.
- Gómez Horta, R. (2016). La prevención general y especial en el sistema penal y penitenciario colombiano. *Summa Iuris*, 4(1), 154-169.
- Gracia Martín, L. (2005). Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (7), 1-43.
- Grosso García, M. S. (1999). *La reforma del sistema penal colombiano. La realidad de la imagen perspectiva político criminal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Hobbes, T. (1980). *Leviatán*. 2.^a ed. Editorial Nacional.
- Jakobs, G. (1997). Criminalización en el Estado previo a la lesión de un bien jurídico. En *Estudios de derecho penal* (pp. 293-324). UAM Ediciones y Editorial Civitas.
- Jakobs, G. (1998). *Sobre la teoría de la pena*. Universidad Externado de Colombia.

- Jakobs, G. (2004). La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente. En *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Tirant Lo Blanch.
- Jakobs, G. (2006). *Derecho penal del enemigo*. Civitas.
- Jakobs, G. (2006). ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. En M. Cancio Meliá y C. Gómez-Jara Díez (comps.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión* vol. 2 (pp. 93-116). Edisofer.
- Kant, E. (1988). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Espasa Calpe.
- Kant, E. (1998). *Sobre la paz perpetua*. 6.^a ed. Tecnos.
- Kant, E. (2005). *La metafísica de las costumbres*. 4.^a ed. Tecnos.
- Kant, E. (2007). *Qué es la ilustración*. Alianza.
- Kelsen, H. (1995). *Teoría pura del derecho*. Porrúa.
- Martínez Sánchez, M. (2002). *La necesidad de pena en el derecho penal alemán*.
- Mir Puig, S. (1989). ¿Qué queda en pie de la resocialización? *Eguzkilore*, 2.
- Moore, M. (2010). *Placing blame: A theory of the criminal law*. Oxford University Press.
- Nunes, A. (2008). Política criminal de las sanciones alternativas a la prisión: críticas al discurso oficial. En *Contribuciones a las ciencias sociales*. <https://www.eumed.net/rev/cccss/02/mna2.htm> Recuperado el 28/07/2020.
- Rodríguez Feo, J. (ed.). (1999). *Tratado sobre el ciudadano*. Trotta.
- Rousseau J.-J. (2003). *El contrato social o principios de derecho político*. La Página.
- Roxin, C. (1981). *Culpabilidad y prevención en derecho penal, traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde*. Reus.
- Roxin, C. (2014). *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. B de F, 1.^a edición.
- Roxin, C. (2014). *La teoría del delito en la discusión actual*. Editora Jurídica Grijley.
- Sampedro, J. (1998). Apuntes sobre la resocialización en el sistema penitenciario colombiano. *Eguzkilore*, 12, 07-111.

- Schwitzgebel, R. (1968). Electronically monitored parole. Social relations, *Harvard Law School*, 48, 34-35.
- Vallejo, M. J. (2003). Suspensión y libertad condicionales: dos formas de inejecución de la pena privativa de libertad. En *VII Encuentro de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano*.
- Von Liszt, F. (1916). *Tratado de derecho penal*. 2.^a ed., tomo 2. Reus.
- Von Liszt, F. (1995). *La idea del fin en el derecho penal*. Comares.
- Zaibert, L. (2006). *Punishment and Retribution*. Routledge.
- Zipf, H. (1979). *Introducción a la política criminal*. Edersa.

Informes y jurisprudencia

- Fiscalía General de la Nación. (2010). Informe de Gestión 2009-2010.
- Fiscalía General de la Nación. (2012). Informe de Gestión 2011.
- Fiscalía General de la Nación. (2013). Informe de Gestión 2012-2013.
- Fiscalía General de la Nación. (2014). Informe de Gestión 2013-2014.
- Fiscalía General de la Nación. (2015). Informe de Gestión 2014-2015.
- Fiscalía General de la Nación. (2016). Informe de Gestión 2015-2016.
- Fiscalía General de la Nación. (2018). Rendición de Cuentas 2017-2018.
- Fiscalía General de la Nación. (2019). Rendición de Cuentas 2018-2019.
- Corte Suprema de Justicia. (2005). Sala de casación penal, sentencia del 2 de marzo de 2005, M. P.: Yesid Ramírez Bastidas). http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_759ebf205203d-0fce0430a010151d0fc.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal (2008). Sentencia de Única Instancia, radicado 26.470. M. P.: Sigifredo Espinosa Pérez.
- Corte Suprema de Justicia. (2018, 11 de julio). Sentencia de Única Instancia; radicado 51.773. M. P.: Luis Antonio Hernández Barbosa.
- Corte Suprema de Justicia. (2013, 14 de agosto). Sentencia de Única Instancia; radicado 37.915. M. P.: José Leónidas Bustos Martínez.
- Corte Suprema de Justicia. (2013, 14 de julio). Sentencia de Única Instancia; radicado 27267. M. P.: José Leónidas Bustos Martínez.

- Corte Suprema de Justicia. (2011, 14 de septiembre). Sentencia de Única Instancia, radicado 32.000; M. P.: Alfredo Gómez Quintero.
- Corte Suprema de Justicia. (2014, 15 de octubre). Sentencia de Única Instancia; radicado 41.253. M. P.: Gustavo Enrique Malo Fernández.
- Corte Suprema de Justicia. (2015, 16 de diciembre). Sentencia de Única Instancia; radicado 45.143. M. P.: Patricia Salazar Cuéllar.
- Corte Suprema de Justicia. (2003, 18 de marzo). Diario Oficial (45.131).
- Corte Suprema de Justicia. (2015, 18 de marzo). Sentencia de Única Instancia; radicado 36.828. M. P.: Eyder Patiño Cabrera.
- Corte Suprema de Justicia. (1980, 20 de febrero). Diario Oficial (35.461).
- Corte Suprema de Justicia. (2014, 20 de noviembre). Sentencia de Única Instancia; radicado 41.373. M. P.: José Luis Barceló Camacho.
- Corte Suprema de Justicia. (2011, 21 de febrero). Sentencia de Única Instancia, radicado 27.918. M. P.: Jose Leónidas Bustos Martínez.
- Corte Suprema de Justicia. (2018, 21 de febrero). Sentencia de Única Instancia; radicado 51.142. M. P.: Patricia Salazar Cuéllar.
- Corte Suprema de Justicia. (2016, 23 de noviembre). Sentencia de Única Instancia; radicado 44.312. M. P.: Fernando Alberto Castro Caballero.
- Corte Suprema de Justicia. (2009, 24 de febrero). Sentencia de Única Instancia, radicado 30.990. M. P.: Alfredo Gómez Quintero.
- Corte Suprema de Justicia. (2013, 24 de julio). Sentencia de Única Instancia; radicado 31244. M. P.: José Leónidas Bustos Martínez.
- Corte Suprema de Justicia. (2000, 24 de julio). Diario Oficial (44.097).
- Corte Suprema de Justicia. (2013, 25 de septiembre). Sentencia de Única Instancia; radicado 40.545. M. P.: María del Rosario González Muñoz.
- Corte Suprema de Justicia. (2010, 28 de mayo). Sentencia, radicado 31.403. M. P.: Sigifredo Espinosa Pérez.
- Corte Suprema de Justicia. (1979, 29 de enero). Diario Oficial (35.188).
- Corte Suprema de Justicia. (1936, 29 de octubre). Diario Oficial (23.320).
- Corte Suprema de Justicia. (2010, 3 de febrero). Sentencia de Única Instancia; radicado 26.584. M. P.: Sigifredo Espinosa Pérez.
- Corte Suprema de Justicia. (2017, 3 de mayo). Sentencia de Única Instancia; radicado 30.716. M. P.: José Luis Barceló Camacho.

- Corte Suprema de Justicia. (2016, 30 de noviembre). Sentencia de Única Instancia; radicado 42.441. M. P.: Luis Antonio Hernández Barbosa
- Corte Suprema de Justicia. (2011, 31 de agosto). Sentencia, radicado 31.761. M. P.: José Luis Barceló Camacho.
- Corte Suprema de Justicia. (2013, 6 de marzo). Sentencia de Única Instancia; radicado 33.713. M. P.: José Leónidas Bustos Martínez.
- Corte Suprema de Justicia. (2011, 9 de marzo). Sentencia, radicado 33.416. M. P.: Jorge Luis Quintero Milanés.
- Corte Constitucional, Sala Plena (2001, 20 de junio). Sentencia C-646 del 2001. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional De Colombia, Sentencia C-261 de 1996, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional, Sentencia C-184 de 2003, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional, Sentencia C-185 de 2011 M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto, y T-267 de 2015. M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional, Sentencia T-388 de 2013. M. P.: María Victoria Calle Correa y sentencia T-762 de 2015 M. P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Sobre los autores

Diego Alonso Arias Ramírez

Ph. D. en Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona (España), magíster en Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho de la Universidad Libre (Colombia), magíster en Derecho Internacional de los Derechos del Hombre de L'Université Catholique de Lyon (Francia), abogado y filósofo de la Universidad Libre (Colombia).

CORREO: diego.arias@ustamed.edu.co

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9496-0111>

Carlos Arturo Ruiz

Ph. D. en Derecho de la Universidad Santo Tomás, abogado de la Universidad de Antioquia, especialista en Derecho Penal de la Universidad Libre, especialista en Instituciones Jurídico Penales de la Universidad Nacional, especialista en Derecho Penal de la Universidad Eafit y máster en Derecho Penal de la Universidad de Santo Tomás en Convenio con la Universidad de Salamanca (España).

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9755-2909>.



Esta obra se editó en Ediciones USTA.
Tipografía de la familia Sabón.
2022

LIBERTAD PENAL

La presente investigación analiza la afectación en el proceso resocializador de las personas privadas de la libertad durante el periodo 2014-2020, que se encuentran condenadas por el delito de concierto para delinquir, como resultado de la exclusión de los beneficios y subrogados penales. Dicha investigación explora las categorías de encierro y los efectos de la prisionalización del infractor penal, al tiempo que analiza cómo la limitación de los subrogados penales contraviene las disposiciones legales y la finalidad de la pena, lo que impide la efectividad de la función teleológica de la prisión y el encierro, que no es otra que la resocialización del infractor penal en Colombia.

