



**EL JUEZ DE EJECUCIÓN DE PENAS FRENTE A LA LIBERTAD CONDICIONAL EN
COLOMBIA: UNA MIRADA A PARTIR DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS
RECLUSOS**

Astrid Carolina Acevedo Vélez

Artículo de reflexión presentado para optar al título de Abogada

Asesor
Cristian Leonel Guardia López

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Derecho

Medellín, Antioquia, Colombia

2022

Cita	(Acevedo Vélez, 2022)
Referencia Estilo APA 7 (2020)	Acevedo Vélez, A., (2022). <i>El Juez de Ejecución de Penas Frente a la Libertad Condicional en Colombia: Una Mirada a Partir de los Derechos Fundamentales de los Reclusos</i> [Trabajo de grado profesional]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.



Semillero de Penitenciario y Derechos Humanos.



Biblioteca Carlos Gaviria Díaz

Repositorio Institucional: <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>

Universidad de Antioquia - www.udea.edu.co

Rector: John Jairo Arboleda Céspedes

Decano: Luquegi Gil Neira

Jefe departamento: Ana Victoria Vásquez Cárdenas

El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Antioquia ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos.

**EL JUEZ DE EJECUCIÓN DE PENAS FRENTE A LA LIBERTAD CONDICIONAL EN
COLOMBIA: UNA MIRADA A PARTIR DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE
LOS RECLUSOS***

Por: Astrid Carolina Acevedo Vélez**

* Trabajo de grado dirigido bajo la supervisión del Dr. Cristian Leonel Guardia López, Coordinador del Semillero de Penitenciario y Derechos Humanos.

** Artículo de reflexión presentado como requisito de grado para optar al título de Abogada de la Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Medellín. 2022. Correo institucional: astridc.acevedo@udea.edu.co.

RESUMEN

En el desarrollo del presente artículo, se partirá de la descripción normativa que gira en torno a los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad (JEPMS), donde se señalará lo concerniente a la competencia y las funciones de estos, pero únicamente en lo que respecta a las penas y no a las medidas de seguridad que también son competencia del mismo operador judicial. En igual sentido, adentrándonos al tema de las penas, se definirá lo relativo a los fines de esta en el ordenamiento jurídico colombiano.

De conformidad con las penas, se realizará un acercamiento al sistema penitenciario progresivo, situando como eje central la resocialización de los condenados. En virtud de ello, se analizará de manera puntual el subrogado de la libertad condicional, consagrado en el artículo 64 de la Ley 599 del 2000 o Código Penal Sustantivo, para determinar aquellos elementos que consideran los JEPMS, tanto subjetivos como objetivos a la hora de conceder o negar este mecanismo sustitutivo, haciendo especial énfasis en la facultad de valorar la conducta punible. Todo lo anterior a la luz de pronunciamientos Constitucionales con relación al fin resocializador que se le atribuye a la pena.

Palabras clave: Ejecución de penas, libertad condicional, gravedad de la conducta, resocialización, tratamiento penitenciario y reinserción social.

ABSTRACT

In the development of this article, we will start from the normative description that revolves around the Judges of Execution of Penalties and Security Measures (JEPMS), where what concerns their competence and functions will be described, but only in what regarding penalties and not security measures. In the same sense, entering the subject of penalties, what is related to the purposes of this in the Colombian legal system will be defined.

In accordance with the penalties, an approach to the progressive prison system will be carried out, placing the resocialization of the convicted as its central axis. By virtue of this, the subrogation of probation, enshrined in article 64 of Law 599 of 2000, will be analyzed in a timely manner, to determine those elements that the JEPMS consider, essentially the assessment of the punishable conduct, at the time of grant or deny this substitute mechanism, the foregoing considering Constitutional postulates in relation to the resocializing function of the sentence.

Keywords: Execution of sentences, probation, seriousness of the behavior, resocialization, prison treatment and social reintegration.

INTRODUCCIÓN

Este artículo es producto de los ejercicios de investigación que se llevan a cabo en el Semillero de Penitenciario y de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. El Semillero es un espacio dedicado a abordar la problemática de los Derechos Humanos de las personas privadas de la libertad desde un enfoque socio-jurídico, es decir, se estudia la relación entre el Estado y el ciudadano, en especial cuando este hace uso de la más severa herramienta de control social; los derechos de las personas privadas de la libertad en su creación normativa, en su interpretación y en su aplicación.

En ese contexto, uno de los objetos de estudio que ha sido abordado en el marco del semillero es el ámbito de la ejecución judicial de las Penas y Medidas de Seguridad (JEPMS) en Colombia; tema que en la literatura jurídica se ha desarrollado *in extenso*, en lo que respecta a su surgimiento, funciones y normatividad en general.

No obstante, el ámbito de las decisiones no ha sido muy explorado, pues si bien tanto la Corte Constitucional¹ como la Corte Suprema de Justicia, en la Sala Penal² y en Sala de Casación Penal³, han emitido diversos fallos con relación a las normas que regulan las materias de su competencia, sus decisiones en la mayoría de las oportunidades permanecen en el silencio de las personas privadas de la libertad.

Ahora bien, de la práctica jurídica en materia penitenciaria, ha sido posible encontrar que muchas de las negativas de los (JEPMS) a la concesión del subrogado penal de la libertad

¹ Como tribunal de cierre de la jurisdicción constitucional.

² Como tribunal de cierre de la jurisdicción ordinaria.

³ Como juez constitucional en el marco del control de constitucionalidad difuso a través de la acción de tutela.

condicional se sustentan en la valoración de la gravedad⁴ de la conducta punible, lo que ya fue materia de enjuiciamiento por parte del operador judicial en etapa de conocimiento.

Esto claramente está llevando a banalizar el sistema penitenciario progresivo que pregona nuestra legislación, y además agrava la situación carcelaria, pues genera mayores niveles de hacinamiento y sobre todo desconoce los derechos fundamentales de las personas condenadas en clave de su dignidad humana y de los fines de la pena privativa de la libertad⁵.

Es por esta razón que se hace necesario abordar de manera sistemática la figura del (JEPMS) en Colombia, estudiar su competencia y funciones, también indagar acerca de las penas en el país, describiendo sobre todo sus fines. Así mismo, aproximarse a la resocialización y/o reinserción social como fin esencial de la prisión, como presupuestos para abordar de manera específica la libertad condicional como subrogado penal, los requisitos objetivos y subjetivos que se requieren para concederla por parte del juez y por último, nos ocuparemos de la pregunta problema que dio surgimiento a este ejercicio de investigación y es el análisis de los elementos normativos frente a la negativa de la libertad condicional por valoración de la conducta por parte del (JEPMS), desde una perspectiva constitucional.

El ejercicio de investigación se enmarca en un enfoque de investigación social cualitativa, el cual para (Galeano, 2004), apunta a la comprensión de la realidad como resultado de un proceso histórico de construcción a partir de la lógica de sus protagonistas, con una óptica interna,

⁴ Si bien la valoración de la gravedad de la conducta punible fue introducida como requisito para acceder a la libertad condicional a través de la Ley 890 del año 2004, hoy con la reforma introducida por la ley 1709 de 2014, sólo se habla de la valoración de la conducta punible y no de la valoración gravedad de la misma.

⁵ “Para el mes de agosto de 2021 estos centros contaban con 19.471 personas privadas de la libertad para su capacidad máxima de 6.727 personas, lo que representaba un 189 % de hacinamiento, mientras que para el mes de marzo del 2022, los privados de la libertad en estos centros suben a 20.951 personas, frente a una capacidad de 7.131 cupos, generando una escandalosa cifra de 194 % de hacinamiento.” (El País, 2021).

rescatando su diversidad y particularidad, y haciendo especial énfasis en la valoración de lo subjetivo y lo vivencial.

Teniendo en cuenta las fuentes consultadas, se trata de un ejercicio de investigación de tipo documental, en donde se recolecta y analiza diferentes fuentes documentales primarias de información, como libros especializados, artículos de investigación, diferentes leyes y sentencias nacionales e internacionales. Todo esto aplicando el método de razonamiento deductivo, pues se analizan primero los aspectos más generales de la ejecución de la pena en Colombia, para llegar a conclusiones de manera concreta con relación a la figura de la libertad condicional y uno de los aspectos más problemáticos en su aplicación en nuestro país.

La importancia del trabajo de investigación radica principalmente en su actualidad; hoy puede observarse que el país presenta una grave crisis carcelaria y penitenciaria por el hacinamiento y las condiciones de las personas privadas de la libertad desde la Sentencia T-388 de 1998 cuando la Corte Constitucional declara la existencia de un estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario; son múltiples las iniciativas tomadas por el Estado en la búsqueda de soluciones, pero pocos los resultado reales, precisamente por la falta de trabajo mancomunado entre todas las instituciones que tienen que ocuparse del tema de los establecimientos de reclusión.

Uno de los motivos por los cuales se incrementa el hacinamiento carcelario son el sin número de libertades negadas por los (JEPMS) basados en el análisis de gravedad de la conducta sobre todo en aquellos delitos de concierto para delinquir, que corresponde según el INPEC al

tercer delito por el cual se presentan condenas el en país⁶; por esta razón resulta clave de manera precisa aportar elementos para la solución de este problema actual.

“Todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico.”

Cesare Beccaria

⁶ “En el tercer puesto está el concierto para delinquir, el cual es un tipo de acción penal que persigue a las personas cuando se reúnen o se asocian para cometer delitos de una forma determinada en el tiempo. “Se tiene que diferenciar de la coautoría que solo se presenta una única vez a diferencia de las grandes condenas, por ejemplo, en temas de paramilitarismo en que personas se asociaron para cometer muchos delitos.” Corresponde para el año 2020 un total de 13.157 condenas. (Asuntos legales, 2021).

CAPÍTULO I.

EL JUEZ DE EJECUCIÓN DE PENAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Para adentrarse en el estudio de la figura jurídica de los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad (JEPMS), es importante hablar en primera medida de la clasificación o división en sentido amplio del *ius poenale*, que, en su significado corresponde al objeto de estudio de la dogmática jurídico penal. (Velásquez, 1995).

Generalmente, se ha entendido que existen dos divisiones clásicas del derecho penal, la sustantiva y la procesal, no obstante, es importante comprender que hay una tercera rama que cobra gran relevancia al momento de aplicar y vigilar las penas y es precisamente la rama de la ejecución penal.

Es necesario identificar que el derecho penal sustantivo o material se percibe como el derecho penal propiamente dicho, pues contiene disposiciones de fondo que determinan los tipos y las sanciones aplicables a cada uno de estos. Normativamente, integra el Código Penal o adjetivo y las demás Leyes concordantes. (Velásquez, 1995).

Por su parte, el derecho procesal penal, desde las definiciones clásicas, corresponde al conjunto de normas jurídicas que conforman el procedimiento judicial por medio del cual se imponen las sanciones que comporta la parte sustancial; en términos coloquiales son el manual de funcionamiento del contenido adjetivo. Desde otra perspectiva, hay quienes sostienen que el derecho este responde a ser un instrumento “racional” tendiente a dilucidar una hipótesis de delito y en la eventualidad de su comprobación, imponer las consecuencias que contiene el derecho penal

sustantivo. Al respecto indica Florián que el proceso penal se desenvuelve en el sentido de determinar la existencia de un delito, formulando la inculpación frente a un sujeto y declara más tarde la aplicación de la ley penal en el caso concreto. (Florián, 1934).

Finalmente, el derecho de ejecución penal se observa como aquel que regula el proceso de aplicación, ejecución y control de las penas y medidas de seguridad. A todo lo anterior puede agregarse que, durante la ejecución penal, una vez producida una sentencia condenatoria ejecutoriada, es decir, cuando la misma queda en firme, surge lo que puede señalarse como la efectivización de los fines esenciales del Estado con relación a las penas, esto es, la dignidad humana y el respeto por el ser; además de asegurar un orden justo para el resto de los ciudadanos.

En Colombia, la figura del JEPMS fue creada en virtud del Decreto 2700 de 1991⁷ que correspondía al Código de Procedimiento Penal de la época, en su artículo 500 se determinaba que la función de los jueces sería solo de simple vigilancia, dejando la ejecución de las penas en los directores generales de prisiones, hoy esta figura corresponde al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-. (Posada, 2003).

En tal evento, el director general de prisión era una autoridad administrativa quien además de poseer la custodia física de las personas privadas de la libertad (PPL), determinaba todo lo que correspondía a los beneficios administrativos, sin tener una reglamentación clara y expresa; lo que dejaba al arbitrio de cada uno la concesión de tales beneficios y en suma la ejecución de la pena.

⁷ El Decreto 2700 se expidió el 30 de noviembre de 1991 y por medio de este se regularon las normas de Procedimiento Penal en Colombia, contenía 573 artículos y 15 artículos transitorios, tuvo vigencia hasta ser derogado por la Ley 600 del 2000.

Con posterioridad a ello, se expide la Ley 65 de 1993⁸ la cual desarrolló todo lo correspondiente al Código Penitenciario y Carcelario, allí de manera específica se establecen las funciones que deben cumplir estos jueces. Asimismo, mediante la Ley 906 del 2004, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal actual, el legislador complementó lo relativo a las funciones de estos operadores judiciales. En suma, ambas normas, indican que son los JEPMS quienes conocen, entre otras cosas, de lo relativo a la libertad de las personas condenadas por la comisión de conductas punibles.

Si bien fue a partir de la constitución de 1991 que se dio origen a la figura del JEPMS, antes de su expedición la competencia para la ejecución de las sentencias correspondía al juez de conocimiento de la primera o única instancia, de acuerdo con el Decreto 50 de 1987, es decir, existían las funciones, pero no existía un juez natural para la etapa de ejecución penal.

COMPETENCIA Y FUNCIONES DE LOS JEPMS EN COLOMBIA

COMPETENCIA DE LOS JEPMS

En lo que respecta a la competencia de los JEMPS, se ha dicho que son cuatro factores que la determinan: el territorial, el personal, el objetivo y finalmente, el factor funcional. (Rueda, 2010).

- A. **Factor Territorial:** Indica que, de conformidad con el artículo 42 de la Ley 906 de 2004, los JEPMS adquieren competencia en el distrito judicial en donde se halla su sede para tal fin.

⁸ Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario.

B. **Factor Personal:** En términos de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia con Radicado 20157⁹, el factor personal referencia el lugar donde la persona se encuentra privada de su libertad purgando la condena impuesta.

Es de importancia resaltar que en virtud del Acuerdo 54 de 1994, en correspondencia con el Acuerdo 567 de 1999, expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura, para las personas a las que se les haya concedido la libertad, será competente el JEPMS del mismo circuito donde se profirió la sentencia condenatoria.

C. **Factor Objetivo:** Este factor determina que la competencia se adquiere en virtud de la naturaleza del asunto, lo que implica entonces, que se tendrán en cuenta las funciones que otorga la Ley a estos funcionarios judiciales.

D. **Factor Funcional:** Por último, el factor funcional se vislumbra a la luz de los artículos 33 y 34, numeral 6, de la Ley 906 de 2004, quienes contienen una regla general de competencia, pues atribuyen a los Tribunales Superiores de Distrito el conocer de los recursos de apelación que se interponen contra las decisiones proferidas por los JEMPS, ello como regla general. La excepción radica en el artículo 478 ibidem, el cual dispone que las decisiones tomadas por estos operadores respecto de los mecanismos que sustituyen la pena privativa de la libertad y la rehabilitación son recurribles ante los jueces que profirieron la sentencia condenatoria.

Resulta importante destacar un aspecto que genera curiosidad en este último factor de la competencia. En la práctica podría entenderse que, con la interposición del recurso, un juez de “menor jerarquía”, verbigracia, un juez penal municipal de conocimiento, en virtud de la sentencia

⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 20157, M.P. Édgar Lombana Trujillo; 26 de noviembre de 2002.

proferida, adquiera competencia para resolver sobre la decisión de un operador de “mayor jerarquía” como lo podría ser un JEPMS que posee una categoría circuito.

En relación con la estructura general de la Administración de Justicia, se tiene que en virtud del artículo 234 Constitucional, modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 1 de 2018, es la Corte Suprema de Justicia el máximo órgano al interior de la jurisdicción ordinaria. En sentido semejante, al nivel territorial de los distritos judiciales, pueden ser los Tribunales Superiores del Distrito Judicial, y a nivel de los circuitos judiciales y de los municipios, los diferentes juzgados del circuito y juzgados municipales. (Herrera, 2005).

Es de resaltar que tal división no obedece estrictamente a una condición departamental sino más bien administrativa, ello de conformidad con el sistema de administración de justicia en orden a los distritos. Para ilustrar un poco lo dicho, es pertinente pensar en el Tribunal Superior de Medellín, el cual, por su naturaleza, se halla vinculado al distrito y no al departamento.

Indica además la ley respecto de los juzgados, que cualquiera que sea su categoría y especialidad, constituyen la célula básica de la organización judicial y se integran por el juez titular, el secretario, los asistentes que la especialidad demande y por el personal auxiliar calificado que determine el Consejo Superior de la Judicatura.

Sin duda, en la práctica podría generar confusión el tema de la jerarquización, no obstante, con lo ya enunciado, queda claro que orgánicamente entre estos operadores no existen grados o escalafones que posibiliten que uno sea superior respecto del otro, basta con observar la ley para concluir que la diferencia radica en las funciones que se les asigna y no en sus rangos.

FUNCIONES DE LOS JEPMS

Constitucionalmente, se ha concebido al JEPMS como aquel “funcionario especial encargado de verificar el cumplimiento de las sentencias impuestas por los operadores jurídicos penales (...)” (Sentencia T 649 del 2016, p 14).

Por su parte, indica (Márquez, 1993), que estos operadores judiciales, por su naturaleza, poseen funciones que pueden clasificarse en tres categorías: 1. Función Inspectoras; 2. Función Consultiva; 3. Función Deliberativa.

- 1. Función Inspectoras.** Se desarrolla en la vigilancia de la ejecución de las penas privativas de la libertad realizando visitas periódicas a los establecimientos de reclusión para determinar el cumplimiento de lo dispuesto normativamente¹⁰.
- 2. Función Consultiva.** Se materializa en el dictamen que el juez emite en situaciones tales como la solicitud de los beneficios administrativos de los privados de libertad en ejecución de las sentencias condenatorias. Aquí, como lo ha indicado la Corte Constitucional, el Juez de EPMS es el competente para determinar si el beneficio administrativo concedido se ajusta o no a la legalidad. (Sentencia T-1093 de 2005). Lo anterior en virtud precisamente de los diversos beneficios que se hallan en cabeza de la Dirección del Instituto Penitenciario y Carcelario o el Director Regional del INPEC en términos de la Ley 65 de 1993¹¹.
- 3. Función Deliberativa.** Esta función, también conocida como decisoria, se despliega en el momento en el que el operador judicial resuelve las reclamaciones elevadas por la persona

¹⁰ Como se ha indicado en acápite anteriores, son principalmente la Ley 65 de 1993 adicionada por la Ley 1709 de 2014, los reglamentos de cada establecimiento de reclusión y los pronunciamientos jurisprudenciales de la Honorable Corte Constitucional.

¹¹ Remítase a los artículos 146, 147, 147A, 147B, 148 y 149 de la Ley 65 de 1993.

condenada. En suma, se materializa en los casos de libertades por pena cumplida, libertad condicional y redenciones de pena por trabajo, estudio o enseñanza.

En consecuencia, son principalmente la Ley 65 de 1993 en su artículo 51 y la Ley 906 de 2004 en su artículo 38, quienes consagran la función deliberativa de los JEPMS de manera expresa.

Así las cosas, el Código Penitenciario y Carcelario indica que esta autoridad judicial garantizará la legalidad de la ejecución de las sanciones al interior de los establecimientos penitenciarios y que, aunado a lo contemplado en la Ley procesal penal, deberá verificar las condiciones de los lugares de reclusión donde se ubican los condenados; conocer de la ejecución de las sentencias condenatorias; realizar el seguimiento de las actividades tendientes a la resocialización del interno y resolver las peticiones que formulen los condenados o sus apoderados en lo que respecta a los derechos y beneficios que afecten la ejecución de la pena.

Por su parte, el Código de Procedimiento Penal, en su artículo 38, atribuye las responsabilidades de velar por el cumplimiento de las sentencias condenatorias ejecutoriadas; de la gestión sobre la acumulación jurídica de las penas; de tramitar lo respectivo a los beneficios administrativos y subrogados, entre ellos, la libertad condicional y su revocatoria. Se le otorga también la carga de conocer sobre la rebaja de la pena y la redención de esta por trabajo, estudio o enseñanza; de la verificación de las condiciones de los establecimientos penitenciarios; de la aplicación del principio de favorabilidad; del reconocimiento de la ineficacia de la sentencia por norma sin vigencia o declarada inexequible y de la evaluación de la resocialización del condenado.

CAPÍTULO II.

LAS PENAS EN COLOMBIA

Conceptualmente, puede concebirse la pena como un mal que el legislador señala para quien comete un delito. (Velásquez, 1995).

Se han suministrado diversas discusiones para fundamentar el concepto de pena desde la dogmática. En palabras de Ferrajoli, existen teorías “justificacionistas” que van en contraposición a las abolicionistas, las primeras pueden dividirse en dos categorías, las relativas y las absolutas. (Ferrajoli, 1995).

Afirma el autor que son teorías absolutas aquellas que conciben la pena como un fin en sí mismo, es decir, como “castigo” o “compensación” del delito y se atan a la retribución penal. Contrario a ello, indica que son las teorías relativas o utilitaristas quienes piensan la pena como un medio para prevenir la comisión de delitos futuros, estas a su vez se subdividen en generales y especiales. (Ferrajoli, 1995).

PREVENCIÓN GENERAL

Se ha entendido, desde la prevención general, que la pena se impone para que sirva de escarmiento a los demás ciudadanos, con ello los mismos se abstendrán de delinquir en el futuro (Cuello, 2002), esto es, que la prevención se logra a partir de la amenaza de castigo.

PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA

Prosiguiendo con el tema de las teorías relativas de la pena, se tiene que, en inicios la prevención se concibió con un carácter general negativo, que como ya se dijo, implicaba con su aplicación, consecuencias nocivas a la persona por la comisión de conductas delictivas.

PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA

Se entiende que la prevención general positiva predica la búsqueda de la prevención del delito, por sobre su mera retribución, pues tiene por objeto la afirmación y el seguimiento de las normas básicas y de los valores fundamentales que la misma protege; ello en contraposición a la prevención general negativa que persigue evitar la legitimación del delito a través del carácter disuasorio que conlleva el aplicar una sanción penal. (Duran, 2016).

PREVENCIÓN ESPECIAL

En lo que respecta a la prevención especial, la misma se adjudica a la resocialización, pues busca que la persona que cometió el delito evite delinquir en el futuro, por lo menos mientras se halle privado de su libertad, para así poder reincorporarse luego a la vida en sociedad. (Cuello, 2002).

Como lo ha expresado el dogmático Mir Puig, la prevención especial no opera como la general, en el momento de la conminación penal, sino que tiene aplicación en la etapa de la ejecución de la condena. (Mir Puig, 2003).

PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA

Se ha entendido que, en la actualidad la prevención especial positiva posee connotaciones terapéuticas, pedagógicas o de enmienda a partir del positivismo criminológico. Lo anterior nace

de las corrientes del cristianismo que percibían que el dolor causado con la imposición de la pena podría curar el alma del condenado.

En tal sentido, la prevención especial positiva entendida como pedagógica o de reinserción, como lo sostiene (Sáenz, 2007) implica la resocialización del delincuente, es decir, con la misma se predica una función correctora y de mejora del delincuente.

PREVENCIÓN ESPECIAL NEGATIVA

Se encuentra ligada a la idea de la neutralización o “inocuidación” que han sido entendidos por la doctrina como los mecanismos propios de la prevención especial negativa, que implica la eliminación del delincuente por hallarlo “incurable”.

Por su parte, (Zaffaroni, 2005, p 56) sostiene que la pena puede entenderse desde un ámbito negativo si se considera como: (a) una coerción, (b) que impone una privación de derechos o un dolor, (c) que no repara ni restituye y (d) ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes.

FINES Y FUNCIONES DE LA PENA EN COLOMBIA

Son los artículos 3 y 4 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal colombiano, quienes determinan los principios y funciones de la pena:

ARTÍCULO 3o. PRINCIPIOS DE LAS SANCIONES PENALES. La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan.

ARTÍCULO 4o. FUNCIONES DE LA PENA. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

Si bien el artículo 4 del código penal habla de funciones de la pena, la dogmática jurídico penal y algunas corrientes de la criminología, han sido más precisas en entender estas teorías como fines y no funciones, por cuanto se concibe que la misma realmente no cumple con una verdadera función, sino más bien sirve como fuente de legitimación del ejercicio del poder punitivo.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha definido los fines que debe cumplir la pena a partir de algunos criterios. En primer lugar, identifica la prevención general como función general, demostrando que no siempre la condena debe corresponder a la privación de la libertad del individuo. En segundo lugar, la retribución justa donde refiere que la condena impuesta a una persona que infrinja la ley penal debe ser equivalente al daño que ocasionó. En tercer lugar, la prevención especial, que hace referencia a prevenir que el condenado reincida en el mismo delito. En cuarto lugar, la reinserción social la cual determina cómo de la imposición de una pena debe existir una resocialización efectiva y el condenado debe reintegrarse a la sociedad. Por último, hace referencia a la protección del condenado donde el Estado debe velar porque él no sea víctima de amenazas o retribuciones de las víctimas con ocasión a sus actos delictivos. (Sentencia C-261 de 1996).

De forma más reciente la Corte Constitucional ha indicado que dentro de nuestro sistema u ordenamiento jurídico, la pena posee un fin preventivo, que se efectiviza al momento del establecimiento de la sanción por parte del legislador; un fin retributivo que se manifiesta con la imposición de la pena y un fin resocializador, que orienta la etapa de ejecución de la pena. (Sentencia C-806 de 2002).

Este último, es decir, el fin resocializador de la pena, se enmarca en una parte fundamental de la ejecución penal como ya se ha mencionado. Al respecto, ha señalado la Corte en diversas Sentencias como la C-144 de 1997, T-718 de 2015 y C-349 de 2021, entre otras, que la resocialización se basa en principios humanistas y en normas de derecho internacional que han sido ratificadas por Colombia. Así mismo, indica que únicamente las penas son compatibles con los DDHH cuando las mismas propenden por la resocialización de la persona condenada, es decir, por la reincorporación de estas a la vida en sociedad. (Sentencia T-815 de 2015).

RESOCIALIZACIÓN

Como se adujo al inicio de este capítulo, las penas suelen concebirse por la doctrina desde dos enfoques o perspectivas, uno relativo y otro absoluto. Ahora bien, una de las posturas que más se acoge desde el ámbito de interpretación de nuestro ordenamiento jurídico, en el contexto de la ejecución de las penas, versa en torno a la resocialización como fin de estas.

Partiendo del Bloque de Constitucionalidad, la resocialización se sustenta, principalmente, en el Pacto de San José de Costa Rica y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En primer lugar, el Pacto de San José de Costa Rica de 1969, también conocido como la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, en su artículo 5 numeral 6, establece que las

penas privativas de la libertad deberán tener como fin esencial la reforma y readaptación social de los condenados.

En sentido semejante, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1976, consagra en su artículo 10 numeral 3 que el régimen penitenciario consistirá en el tratamiento que tiene por finalidad esencial la reforma y readaptación de los penados.

En lo que respecta a la normatividad colombiana propiamente, son los artículos 9 y 10 de la Ley 65 de 1993 o Código Penitenciario y Carcelario, quienes establecen que el fin de la pena es la resocialización.

SISTEMA PENITENCIARIO PROGRESIVO

El sistema penitenciario progresivo surgió en Europa durante la primera mitad del siglo XIX, representando un avance significativo sobre los sistemas americanos.

Con la creación e implementación de este, se pretendió restringir la forma de aislamiento tradicional, y contrario a ello, se buscó que la ejecución de la pena disminuyera su rigor llevando progresivamente al condenado a la vida en libertad luego de su resocialización. (Leganés, 2013)

Así las cosas, la esencia del sistema progresivo consiste en el apaciguamiento de la ejecución de la pena al distribuir la privación de la libertad en diversas etapas o periodos, en las cuales el condenado puede disfrutar de algunos beneficios conforme avanza el tiempo.

En nuestro ordenamiento jurídico, el sistema se implementó mediante el hoy derogado Decreto 1405 de 1934, el cual relacionaba lo concerniente al régimen carcelario y penitenciario. Años más tarde, a través del Decreto 1817 de 1964 se dispusieron los principios orientadores del mismo.

La Ley 65 de 1993 determina tajantemente en su artículo 12 que el cumplimiento de las penas se regirá por los principios de tal sistema. Asimismo, el artículo 22 *ibídem*, modificado por la Ley 1709 de 2014, al referirse al concepto de penitenciarías, expone que estos establecimientos son aquellos que se disponen para la ejecución de las penas de prisión, precisamente mediante la implementación del sistema progresivo.

De manera puntual, determina el Código Penitenciario y Carcelario o Ley 65 de 1993, en su Título I, que los principios rectores u orientadores del sistema serán la legalidad, la igualdad y el respeto a la dignidad humana.

TRATAMIENTO PENITENCIARIO

Desde la normatividad internacional, encontramos que el tratamiento penitenciario es adoptado a partir del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966¹². Este, en su artículo 10 numeral 3 expone que el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados.

El tratamiento penitenciario dentro de nuestro ordenamiento jurídico ha sido definido jurisprudencialmente de la siguiente manera:

“Se entiende por Tratamiento Penitenciario el conjunto de mecanismos de construcción grupal e individual, tendientes a influir en la condición de las personas, mediante el aprovechamiento del tiempo de condena como oportunidades, para que puedan construir y llevar a cabo su propio proyecto de vida, de manera tal que logren competencias para integrarse a la comunidad como seres creativos, productivos, autogestionarios, una vez

¹² Ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969.

recuperen su libertad. Dando cumplimiento al Objetivo del Tratamiento de preparar al condenado(a) mediante su resocialización para la vida en libertad (...)” (Sentencia T-286 de 2011, p 11).

Como se mencionó anteriormente, fue a través de la Ley 65 de 1993 que el legislador creó el nuevo Código Penitenciario. En el mismo, entre otras cosas, en su artículo 12, se adscriben al sistema penitenciario colombiano los principios del sistema progresivo. Pues bien, el artículo 9 de dicha Ley dispone las funciones y la finalidad de la pena impuesta por juez competente; así las cosas, se entiende que las mismas tienen una función protectora y preventiva, pero su fin principal o fundamental es la resocialización del condenado.

Seguidamente, en el artículo 10 *ibidem*, se enuncia la finalidad que tiene el tratamiento penitenciario. Se precisa que con el tratamiento se busca alcanzar la resocialización de quien infringe la ley penal a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación.

Otro punto se desarrolla en el artículo 142, el cual fija como tratamiento penitenciario el preparar al condenado, nuevamente mediante la resocialización, para la vida en libertad. De la misma manera, el artículo 143 dispone que este debe realizarse conforme a la dignidad humana y a las necesidades particulares de la personalidad de cada sujeto el cual se verifica a través de la educación, la instrucción, el trabajo, la actividad cultural, recreativa y deportiva, las relaciones de familia. Ello se determina mediante el estudio científico de la personalidad del interno y se da de una forma progresiva y programada e individualizada, hasta donde sea posible.

Por último, en lo que respecta a las fases del sistema o tratamiento progresivo penitenciario, es el artículo 144 de la misma ley quien dispone que el mismo estará integrado por: 1. Observación,

diagnóstico y clasificación del interno. 2. Alta seguridad que comprende el período cerrado. 3. Mediana seguridad que comprende el período semiabierto. 4. Mínima seguridad o período abierto. 5. De confianza, que coincidirá con la libertad condicional.

En lo concerniente a la fase 1. (Observación, diagnóstico y clasificación del interno) se entiende que la misma inicia en el momento en el que el condenado llega a la penitenciaría. En tales circunstancias, empieza el proceso de adaptación, sensibilización, motivación y proyección de este. En otras palabras, en esta fase, se busca preparar el plan de tratamiento penitenciario que se adecúe a la persona, teniendo en cuenta la observancia de diversos aspectos tanto subjetivos¹³ como objetivos¹⁴. (INPEC, 2005).

Con relación a la fase 2. (Alta seguridad que comprende el período cerrado) se tiene que desde este momento inicia el proceso resocializador pues se pone en marcha el tratamiento penitenciario.

Por su parte, la fase 3. (Mediana seguridad que comprende el período semiabierto) exige que se hayan desarrollado actividades tendientes a alcanzar la resocialización del condenado. Es precisamente en esta etapa en donde se pueden obtener beneficios como la libertad condicional.

Lo atinente a la fase 4. (Mínima seguridad o período abierto) gira en torno a haber superado las 4/5 partes de la pena impuesta en sede de conocimiento, además del cumplimiento de otros requisitos de carácter objetivo y subjetivo.

¹³ Se entiende como Factor Subjetivo, las características de personalidad del interno(a), perfil delictivo; los avances en su proceso de tratamiento integral, el comportamiento individual, social y la proyección para la vida en libertad y perfil de seguridad que requiere frente a las medidas restrictivas. (Resolución 7302 de 2005).

¹⁴ Se entiende como factor objetivo, los elementos a nivel jurídico que permiten determinar la situación del interno(a) frente a la autoridad competente, delito, condena impuesta, tiempo efectivo, tiempo para libertad condicional, tiempo, legal entre fases de tratamiento y tiempo para libertad por pena cumplida, antecedentes penales, disciplinarios y requerimientos. (Resolución 7302 de 2005).

Finalmente, en relación con la fase 5. (De confianza, que coincidirá con la libertad condicional) se tiene que con la misma se posibilita el evidenciar, mediante el desarrollo de algunas actividades, que la persona condenada tuvo un impacto positivo frente al tratamiento ejecutado en las demás fases. Es justo en esta etapa en donde generalmente se accede al subrogado de la libertad condicional cuando el mismo fue negado en otras circunstancias.

CAPÍTULO III.

LIBERTAD CONDICIONAL

Para introducir el tema de la libertad condicional, es importante, en principio, acercarse un tanto al concepto de la Libertad en sí misma y su lugar dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

La libertad como concepto, deriva del latín *libertatis*, el cual indica o refiere el adjetivo de ser libre. (RAE, 2021).

Clara ha sido la Corte Constitucional, al indicar en su sentencia T-276 de 2016, que la Libertad personal debe concebirse como un valor, un principio y a su vez, como un derecho fundamental, el cual se plasma expresamente no sólo en el preámbulo de la norma superior, sino también en su artículo 28. (Sentencia T-276 de 2016)

En suma, se evidencia que la Libertad constituye uno de los fines esenciales del Estado.

Resulta importante el mencionar que, si bien la libertad se concibe como derecho fundamental, existen circunstancias que permiten que la misma sea restringida con el objetivo de preservar otros fines.

En atención a ello, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 12 estatuye que toda persona que se halle de manera legal en el territorio de determinado Estado tendrá el derecho de circular de manera libre sobre él, no obstante, precisa también que ello podrá ser objeto de restricciones cuando la ley así lo determine con el fin de proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros (...)

Como bien se tiene, la libertad condicional por su naturaleza hace parte de los denominados subrogados penales. Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, los subrogados se conciben como aquellos mecanismos que permiten sustituir la pena privativa de la libertad impuesta a una persona como consecuencia de una sentencia condenatoria, los mismos proceden cuando se da el cumplimiento de los requisitos establecidos por el legislador. (Sentencia C-679 de 1998).

En lo que respecta a la libertad condicional propiamente, desde el sistema anglosajón (*parole*), se entiende como la liberación de la persona privada de la libertad, bajo el cumplimiento de determinados requisitos objetivos y subjetivos. (Ariza, Iturralde, Tamayo; 2021).

Normativamente, este subrogado se encuentra consagrado en el artículo 64 del Código Penal, modificado por la Ley 1709 del 2014.¹⁵

ELEMENTOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS DE LA LIBERTAD CONDICIONAL

Lo primero en mencionar es que, en concordancia con el artículo 38 numeral 3, de la Ley 906 de 2004, el otorgamiento de la libertad condicional está en manos del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

¹⁵ Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones.

Como ya se enunció, los criterios establecidos por el legislador para la concesión del subrogado penal de la libertad condicional son los siguientes:

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 se demuestre arraigo familiar y social.

Así las cosas, tenemos que el numeral primero obedece a ser un requisito de carácter objetivo, pues su valoración no depende de interpretaciones sino de un proceso cuantificable que permite determinar si en efecto, la pena se ha ejecutado mínimamente en sus tres quintas partes. Sin embargo, vale la pena precisar que el cumplimiento de este requisito incorpora no sólo el paso del tiempo que la persona ha estado privada de la libertad (redención física), sino además el tiempo que haya sido redimido por el JEPMS mediante auto, por estudio, trabajo, enseñanza y/o actividades literarias, deportivas, artísticas y comités internos (artículos 82, 97, 98 y 99 de la Ley 65 de 1993).

Por su parte, el numeral segundo se identifica como un requisito subjetivo, pues el juez debe realizar un proceso valorativo respecto del desempeño y comportamiento del PPL dentro del centro penitenciario, en el marco de un test de necesidad; El comportamiento de las personas privadas de la libertad es valorado conforme a la calificación de conducta que realiza en Consejo de

Disciplina¹⁶ de cada establecimiento de reclusión, conforme a lo regulado en el código penitenciario (art. 118) y la Resolución 4130 de 2016 del INPEC.

Por último, el tercer requisito contenido en la norma no sólo pone la carga al condenado de demostrar su arraigo social y familiar para acceder a este beneficio, sino también al juez de establecer, a partir de los elementos de prueba, que en efecto tal arraigo existe.

ELEMENTOS NORMATIVOS FRENTE A LA NEGATIVA DE LA LIBERTAD CONDICIONAL POR VALORACIÓN DE LA CONDUCTA

Como ya se ha dicho, inicialmente la libertad condicional como subrogado penal se consagró en el artículo 64 de la Ley 599 de 2000, en este código se dispuso que el juez concedería el beneficio a las personas con penas mayores de tres años, cuando los mismos hayan cumplido tres quintas partes de la condena y siempre que se deduzca buena conducta.

Es de anotar, que el mencionado articulado no exponía la facultad de realizar juicios más allá de los previstos por la norma para determinar si existía o no la necesidad de continuar con la ejecución penal.

En el año 2004 mediante la Ley 890, se hace más estricta la concesión del subrogado, pues el legislador determinó que, para su concesión, el juez previo al análisis de los demás requisitos objetivos y subjetivos debería adelantar la valoración de la gravedad de la conducta punible. Ello implicaba, desde un orden semántico, que el JEPMS contaba con mayores facultades para decidir

¹⁶ La conducta de las personas privadas de la libertad será calificada como ejemplar, buena, regular o mala cada (3) tres meses, de acuerdo con lo regulado en la Resolución 4130 de 2016 del INPEC.

desde su discrecionalidad si concedía o no el beneficio ya que por primera vez se establecía este requisito de carácter subjetivo.

Con posterioridad, mediante la Ley 1709 de 2014 se introdujo una nueva modificación al Código penal en donde ya no se exigía como requisito para el JEPMS el valorar la gravedad de la conducta que sí debía hacerse hasta la Ley 1453 de 2011. Contrario a ello, se determinó que el beneficio se concedería por parte de este operador, previa valoración únicamente de la conducta punible claro está, con el cumplimiento de los demás requisitos expuestos en la norma.

Con la evolución que ha sufrido el subrogado penal de libertad condicional, es importante destacar que el cambio, en principio semántico, ha implicado diversos impactos normativos. Si se observa la comparación de los textos de la Ley 890 de 2004¹⁷ y de la Ley 1709 de 2014¹⁸, es preciso advertir que, como se enuncia en Sentencia C-757 de 2014, con la utilización del verbo rector “podrá” y con la expresión “de la gravedad” aducidos en la ley 890, el juez bajo su arbitrio decidía si concedía o negaba este beneficio. No obstante, con la eliminación de este verbo y la expresión “de la gravedad”, se redujo la facultad del operador judicial y se le impuso al mismo el deber de otorgar la libertad condicional a aquellas personas que cumplan con los requisitos de ley, valorando además todos los demás elementos, aspectos y dimensiones que comporta dicha conducta.

¹⁷ Artículo 30. Modifícase el artículo 64 de la Ley 599 de 2000 el cual quedará así: Artículo 64. Libertad condicional. 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: (...)

¹⁸ Artículo 5°. El artículo 64 del Código Penal quedará así: Artículo 64. Libertad condicional. El juez **podrá** conceder la libertad condicional al condenado a pena privativa de la libertad **previa valoración de la gravedad de la conducta punible**, cuando haya cumplido las dos terceras partes de la pena y su buena conducta durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución de la pena. (...)

De conformidad con lo consagrado en el artículo 64 del código penal se han dado diversas discusiones en torno a un aspecto que resulta problemático y es precisamente lo relativo a esa valoración de la conducta punible.

Puntualmente, se tiene que la valoración que debe realizar el JEPMS sobre la conducta por la cual fue condenada la persona, ha permitido que estos operadores decidan en disfavor del interesado. Hay quienes afirman que al realizar tal acto se violenta el principio *Non bis in ídem*, expresión latina que significa “no dos veces sobre lo mismo”.

Esta discusión ha sido zanjada parcialmente por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-757 de 2014. En la misma, se declara la exequibilidad condicionada de la expresión “previa valoración de la conducta punible”.

Es de gran importancia el resaltar en este punto, que, si bien la Corte declaró esa constitucionalidad condicionada de la expresión “previa valoración de la conducta punible”, de cara al principio *non bis in ídem*, por los argumentos que ya se esbozarán, es tajante al argüir en sus conclusiones que tal expresión sí violenta el principio de legalidad como elemento fundamental del debido proceso en materia penal, pues la norma que contiene esta disposición no determina parámetros para que el juez de ejecución de penas pueda precisamente valorar la conducta a la hora de decidir sobre la libertad condicional de una persona condenada:

Sin embargo, sí se vulnera el principio de legalidad como elemento del debido proceso en materia penal, cuando el legislador establece que los jueces de ejecución de penas deben valorar la conducta punible para decidir sobre la libertad condicional sin darles los parámetros para ello. Por lo tanto, una norma que exige que los jueces de ejecución de penas valoren la conducta punible de las personas condenadas a penas privativas de su

libertad para decidir acerca de su libertad condicional es exequible, siempre y cuando la valoración tenga en cuenta todas las circunstancias, elementos y consideraciones hechas por el juez penal en la sentencia condenatoria, sean éstas favorables o desfavorables al otorgamiento de la libertad condicional.

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. (Sentencia C-757 de 2014, p. 36).

Estas conclusiones que exhibe la Corte conducen a considerar aspectos fundamentales en cuanto a lo consagrado en la norma, pues indican que hay, en cierta medida, un yerro del legislador por cuanto no existe precisión con relación a las formas que se deben abordar por parte de este operador jurídico (JEPMS) al momento de valorar la conducta punible, y en ese sentido el alcance de la norma es condicionado por el principio de favorabilidad, a efectos de su constitucionalidad.

Ahora bien, retomando el debate sobre la facultad otorgada al operador jurídico de ejecución penal en cuanto a la “valoración de la conducta punible”, en principio, podría deducirse que la expresión que contiene este artículo simplemente obedece a aspectos específicos como los que determinan las siguientes normas:

- a. **Ley 733 de 2002**¹⁹ indica la exclusión de beneficios y subrogados, como la libertad condicional, cuando la condena se profiere por la comisión de delitos de terrorismo, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, y conexos.
- b. **Ley 1098 de 2006**²⁰, contiene en su artículo 199 la prohibición del beneficio de la libertad condicional cuando se trate de los delitos de: homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes.
- c. **Ley 1121 de 2006**²¹ detalla los tipos penales que cuentan con exclusión de beneficios y subrogados. Algunos de los previstos en el artículo 26 son: de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos.
- d. **Ley 1142 de 2007**²², que adiciona el artículo 68A al Código Penal, prohíbe conceder subrogados o mecanismos sustitutos de la pena privativa de la libertad cuando la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores.
- e. **Ley 1474 de 2011**²³, en sentido semejante a la anterior, reforma el Código Penal y adiciona la prohibición de los delitos contra la Administración Pública, estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado, utilización indebida de información privilegiada, lavado de activos y soborno transnacional.

¹⁹ Por medio de la cual se dictan medidas tendientes a erradicar los delitos de secuestro, terrorismo y extorsión, y se expiden otras disposiciones.

²⁰ Por medio de la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.

²¹ Por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones.

²² Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana.

²³ Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

En síntesis, es preciso advertir con claridad cuáles son los tipos penales que se encuentran excluidos por el legislador para aplicar algún beneficio que modifique la ejecución de la pena privativa de la libertad. No obstante, la práctica da cuenta que en ciertas circunstancias puede percibirse que el JEPMS realiza una nueva valoración de la gravedad de la conducta o de la responsabilidad penal de la persona para conceder o denegar el subrogado de la libertad condicional.

Acudiendo nuevamente a la Sentencia C-757 de 2014, la Corte en la misma expuso una serie de argumentos que validan la expresión “previa valoración de la conducta punible”. Originariamente, indica que si bien el principio *non bis in ídem* hace parte del contenido protegido por la carta constitucional, pues salvaguarda a su vez la seguridad jurídica, el mismo no tiene un carácter absoluto, ya que cuando se trata de causas o procesos disímiles nace la posibilidad de valorar nuevamente la conducta para imponer la sanción. Un ejemplo típico de ello resulta siendo cuando con la comisión de una infracción se quebranta simultáneamente normas penales y normas disciplinarias.

Se cuestiona ostensiblemente este argumento al interior del artículo 64 del CP, pues es claro que el JEPMS es un operador de naturaleza penal y con ello, cuando valora la conducta punible después de que la misma ha sido objeto de enjuiciamiento por parte del juez de conocimiento, se presenta una convergencia de identidad de causa y consecuentemente una transgresión al *non bis in ídem*. La Corte, se pronunció también al respecto en la misma sentencia C-757 de 2014 y dispuso:

El proceso penal tiene por objeto determinar la responsabilidad penal del sindicado por la conducta que le está siendo imputada en el proceso, e imponerle una pena de conformidad con

una serie de circunstancias predicables de la conducta punible. Entre tanto, al juez de ejecución de penas le corresponde determinar si la ejecución de dicha pena es necesaria o no, una vez que la conducta ha sido valorada y la pena ha sido impuesta. Ello implica que no sólo se trata de causas diferentes, sino que el ejercicio de la competencia del juez penal limita los alcances de la competencia del juez de ejecución de penas. En primer lugar, porque el juez de ejecución de penas no puede valorar de manera diferente la conducta punible, ni puede tampoco salirse del quantum punitivo determinado por el juez penal. (Sentencia C-757 de 2014).

Con lo anterior, quedan aún más situaciones por cuestionar en torno a esta facultad que posee el JEPMS. Queda más que claro que su función no versa únicamente en realizar verificaciones matemáticas para otorgar el beneficio de la libertad condicional, pues debe determinar si la ejecución de la pena ha cumplido con su fin resocializador para otorgar el beneficio de la libertad condicional, ello precisamente lo hace valorando los requisitos objetivos y subjetivos.

Resulta cuando menos lógico que los JEPMS valoren las conductas punibles para decretar que, en efecto, la persona que solicita el subrogado, no está condenada por la comisión de delitos que tengan prohibición expresa consagrada en la norma.

Con el paso del tiempo, ha sido posible el percatarse de una serie de acontecimientos que desencadenan en la decadencia de las penitenciarias. Ejemplo claro de ello resulta siendo el hacinamiento de estos establecimientos.

Hay quienes argumentan que este tipo de problemáticas obedecen a una serie de circunstancias, verbigracia, el no otorgar beneficios como la libertad condicional a las personas que, cumpliendo los requisitos y habiendo logrado la resocialización perseguida con la pena impuesta, el juez de

ejecución valora la conducta y percatándose de que la misma no se encuentra dentro de las prohibiciones, decide realizar juicios en torno a la gravedad y negar la misma.

El negar este beneficio por valoraciones a la gravedad de la conducta, como ya se dijo, implica a su vez negar que la pena cumple con su fin. Si bien es cierto que el Estado posee la potestad para restringir o suspender el derecho a la libertad como forma de castigo, es cierto que no podrá abolirla definitivamente en ninguna circunstancia.

Como se ha reiterado, el fin de la pena en un Estado Social de Derecho, que funda sus bases en la dignidad humana, es la resocialización. Entonces, atando esta afirmación con lo ya dicho en acápites anteriores, en el evento de observar el cumplimiento de los requisitos de ley, el JEMPS debería garantizar el beneficio de la libertad condicional cuando el mismo sea solicitado y no debería excluirse bajo la premisa de la valoración de la gravedad de la conducta. Al respecto, ha dicho la Corte que:

(...) A pesar de la gravedad de la conducta, las diversas actividades de trabajo y educación, los subrogados penales y demás beneficios de redención de la pena privativa de la libertad, tienen por objeto desestimular las conductas delictivas hacia futuro y sirven de garantías de no repetición. Si una persona condenada muestra buena conducta en la prisión y una concientización de su actuar dañoso, podrá aplicar a beneficios que le permitan retomar su vida en sociedad. (Sentencia C-294 de 2021, p 144).

Ahora bien, si la naturaleza misma de los JEPMS en vigencia de la actual carta política, radica en la vigilancia de la ejecución de la pena y la garantía de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, resulta necesario reivindicar la libertad condicional como un derecho del condenado y no sólo como un beneficio o subrogado, sólo así sería compatible con el

principio de dignidad en un Estado Social de Derecho, y en este sentido, cualquier posibilidad de condicionar su aplicación a valoraciones o percepciones del juez, nos sumerge en criterios de peligrosidad propios de un positivismo criminológico que no se compadecen las normas rectoras de un derecho penal liberal, ni con la naturaleza de los jueces de ejecución de penas. En suma, en términos de Iñaki Rivera, orientar esos llamados “beneficios penitenciarios” hacia su transformación en derechos subjetivos ha de constituir un principio rector en esta materia. (Rivera, 2017).

CONCLUSIONES

Como pudo evidenciarse, en la actualidad el derecho penal se concibe a partir de la división de sus tres grandes ramas, la sustancial, la procesal y la de ejecución de las penas. A pesar de que en principio se concebían las dos primeras como parte fundamental y esencial de esta área, la historia ha dado cuenta de la necesidad de prestarle o sumarle importancia a la etapa de la ejecución, pues es en donde justamente se puede vislumbrar todo el accionar del sistema penal.

Si bien la libertad es un derecho fundamental y principio constitucional, puede verse limitada por decisión judicial, no obstante, la misma puede recobrase en ciertos momentos sin haber purgado por completo la condena, verbigracia, con la aplicación de subrogados penales como la libertad condicional.

La evolución normativa que ha sufrido el beneficio de la libertad condicional, se ha guiado por una tendencia político criminal expansionista del derecho penal, a tal punto de restringir la concesión del subrogado, más allá de criterios objetivos a valoraciones subjetivas de los JEPMS; los cuales a su vez, hace uso de este margen normativo para tomar decisiones con base en criterios

peligrosistas y no en clave de derechos fundamentales, lo que desnaturaliza la esencia del sistema progresivo y la pretensión resocializadora de la pena.

Lo anterior, ha contribuido a acentuar la crisis del sistema penitenciario, en el sentido de que se limita la posibilidad de egresos de personas privadas de la libertad a través de la concesión de este subrogado. Uno de los problemas más grandes que ha enfrentado en los últimos años la prisión, es el hacinamiento de personas reclusas.

La decisión del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad para la concesión de la libertad condicional debe estar exclusivamente sustentada en el cumplimiento de los requisitos de carácter objetivo y subjetivo que concibe la ley, basar la decisión de negar la libertad condicional en la gravedad de la conducta viola el *non bis in ídem*; pues dicha gravedad ya fue analizada y tuvo su valoración por parte del juez de conocimiento para la tasación de la pena, conforme a los criterios definidos por el legislador en los artículos 55, 58, 60 y 61 del código penal; y entender que este procedimiento de valoración también le está dado al JEPMS a la hora de definir la concesión de subrogados, sería cuando menos violatorio de principios como la proporcionalidad, el principio del acto, la estricta legalidad y la prohibición de analogía, esta última en tanto no hay un procedimiento para limitar tal facultad discrecional por parte de los jueces y no podrían entonces aplicarse las mismas reglas para la dosificación de la pena, mientras que si serían exigibles los principios de proporcionalidad, necesidad y razonabilidad del art. 3 del código penal.

En consonancia con lo anterior, se resalta la flagrante violación al principio de legalidad que se configura por la ausencia de lineamientos normativos que permitan a los JEPMS valorar la conducta punible para la concesión de la libertad condicional. Tan cierto resulta ser ello que fue la misma Corte Constitucional en sentencia C-757 de 2014 quien precisó tal eventualidad al declarar

la constitucionalidad condicionada del precepto “previa valoración de la conducta punible”, contenido en el artículo 64 del Código Penal. Consecuentemente.

Bajo este panorama, no resulta extraño colegir que en muchos casos la negativa a la concesión de la libertad condicional, ha sido la consecuencia de esta falta de precisión normativa, que se resuelve por los jueces con una interpretación *in malam partem*, por lo que es importante precisar el alcance que la Corte Constitucional le ha dado a esta norma, condicionando su constitucionalidad a una interpretación favorable a los condenados.

Cuando los jueces de EPMS niegan la libertad condicional analizando de nuevo la gravedad de la conducta, desconocen de manera flagrante los fines de la pena, concretamente lo que tiene que ver con la “reinserción social”; ya que debe analizarse cuál ha sido su comportamiento durante el tiempo que ha descontado la pena, si se ha dedicado a estudiar a trabajar y en términos generales a ejercer labores que le permitan la reflexión propia de la privación de su libertad. Estos aspectos deben ser de gran relevancia para la decisión del juez. Sobre todo, si se tiene en cuenta que, de no hacerse, se equipararía jurídicamente dos situaciones disímiles. Por ejemplo, si dos personas condenadas por un mismo delito, una de ellas con buen comportamiento penitenciario y adecuado proceso de tratamiento y la otra con mal comportamiento y sin un buen desempeño en el tratamiento penitenciario; podrían ser tratadas de manera similar al serle negada la libertad condicional, sólo teniendo en cuenta la conducta y no los demás factores dentro de su proceso de tratamiento.

Las decisiones que continúan teniendo como único obstáculo la valoración de la gravedad de la conducta, violan los mandatos constitucionales y por eso se considera que frente a este tipo de

negativas es posible acudir a la acción constitucional de la tutela para tratar de garantizar los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad.

Finalmente, se ha reiterado jurisprudencialmente que dentro de nuestra política criminal se encuentran enmarcados los subrogados penales. A partir de ello, la Corte Constitucional ha hecho un llamado a resaltar el valor de estos beneficios al interior de la ejecución de las penas en nuestro país.

Como consecuencia de lo anterior, se cita la sentencia T 762 de 2015, en donde la Corte destaca la necesidad e importancia de no obstaculizar desde la interpretación judicial o desde la evolución normativa la aplicación de subrogados penales, pues con ello, no sólo se materializaría el tan importante fin resocializador de la pena en el marco del sistema penitenciario progresivo que poseemos, sino que también, se podrían reducir los índices o niveles de hacinamiento de la población privada de la libertad en el país. “El reclamo por la descongestión en las solicitudes de libertad condicional o de subrogados penales, merece especial atención en tanto permitiría, en principio la liberación de cupos carcelarios” (Sentencia T -762 de 2015, p 194).

Finalmente, es trascendental el resaltar la imposibilidad material, conforme a la carga laboral de los JEPMS, para darle cumplimiento a la función inspectora u obligación legal de hacer un seguimiento a las personas privadas de la libertad en cuanto a su proceso de tratamiento y garantía de derechos fundamentales; pues como lo resalta (Mendieta y otros, 2020), desde sus inicios en 1994, los juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad empezaron con un gran cúmulo de trabajo frente a la población condenada y privada de la libertad. Pese a que año tras año se han creado más juzgados permanentes como también de descongestión, aún no se ha podido lograr un equilibrio que pueda garantizar a la población reclusa sus derechos fundamentales.

Con el anterior contexto, queda claro que la pretensión legal de que el JEPMS “vigile” las condiciones de la ejecución de la pena, se traduce en la práctica en una función operativa de revisión de informes y documentos expedidos generalmente por la administración de los centros de reclusión, lo que convierte cualquier habilitación legal para que los jueces valoren la conducta, o hagan seguimiento al proceso de tratamiento penitenciario o el comportamiento de la persona condenada, entre otros, inane, pues los mismos no pueden cumplir a cabalidad con tales mandatos y en cambio, con tal ausencia, se abrirán puertas para seguir negando derechos como la libertad condicional.

REFERENCIAS

Ariza, L., Iturralde, M., Tamayo, F. (2021). “Cárcel, Derecho y Sociedad. Aproximaciones al mundo Penitenciario en Colombia”. Editorial Uniandes. 193-194.

Acosta, C. (2021). La radiografía de los delitos más comunes que terminan con sentencia de prisión. Asuntos Legales. <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/la-radiografia-de-los-delitos-mas-comunes-que-terminan-con-sentencia-de-prision-3213631>

Código Penal Colombiano [CP]. Ley 599 de 2000. 24 de julio de 2000 (Colombia).

Código de Procedimiento Penal [CPP]. Ley 906 de 2004. 31 de agosto de 2004 (Colombia).

Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", Organización de los Estados Americanos (OEA); 22 noviembre 1969.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-261. 1996, M. P. Alejandro Martínez

Caballero; 13 de junio 1996.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-679. 1998, M. P. Carlos Gaviria Díaz.; 19 de noviembre 1998.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-806. 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; 03 de octubre 2002.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1093 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; 26 de octubre 2005.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-286. 2011, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; 14 de abril 2011.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-757. 2014, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado; 15 de octubre 2014.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-815. 2015, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio; 24 de noviembre 2015.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T -762 de 2015, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado; 16 de diciembre 2015.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-276. 2016, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; 25 de mayo 2016.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T 649 del 2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado; 23 de noviembre 2016.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-294. 2021, M. P. Cristina Pardo Schlesinger; 02 de septiembre 2021.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Proceso 23471, M.P. José María Esguerra; 21 de marzo de 1977.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 20157, M.P. Édgar Lombana Trujillo; 26 de noviembre de 2002.

Cuello, C. (2002). El derecho penal español. Parte general: Nociones introductorias. Teoría del delito, Dykinson : Universidad de Extremadura.

Decreto 2700 de 1991. Por medio del cual se expide el Código de Procedimiento Penal. 30 de noviembre de 1991.

Duran, M. (2016). La prevención general positiva como límite constitucional de la pena: Concepto, ámbitos de aplicación y discusión sobre su función. Revista de derecho (Valdivia), 29(1), 275-295. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502016000100013>

Galeano, M. E. (2004). Diseño de proyectos en la investigación cualitativa. Medellín. Universidad EAFIT.

Ferrajoli, L. (1995). Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, Editorial Trotta.

Florián, E. (1934). Elementos de Derecho procesal penal. Bosch.

Herrera, Ll. (2005) Régimen de la Rama Judicial Colombiana (Segunda Parte). Revista Derecho (23), 341-391.

El País, (31 marzo 2022). Por crisis de hacinamiento, Defensoría insiste en reforma al sistema carcelario y penitenciario. El País. <https://www.elpais.com.co/colombia/por-tesis-de-hacinamiento-defensoria-insiste-en-reforma-al-sistema-carcelario-y-penitenciario.html>

Jakobs, G. Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1a edición, Berlin-New York, Walter de Gruyter, (1983); 2a edición, (1991) y (1993). Hay traducción española: Derecho penal, parte general, a cargo de Joaquín Cuello Contreras y colaboradores, Madrid, Editorial Marcial Pons, (1995).

Leganés, G. S. (2013). Clasificación penitenciaria y medio abierto. Tomo II. (Tesis doctoral). Ministerio del Interior. Bogotá D. C., Colombia.

Ley 1709 de 2014. Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones. 20 de enero 2014.

Ley 65 de 1993. Por medio de la cual desarrolló todo lo correspondiente al Código Penitenciario y Carcelario. 19 de agosto 1993.

Márquez, R. (1993). Comentarios a la Ley de Normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados, modernización del derecho mexicano, reformas constitucionales y legales 1992. México: Unam, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Mendieta L. M. y otros (2020). El juez de ejecución de penas y las medidas de seguridad en Colombia: un análisis crítico sobre sus orígenes, consagración normativa y funciones. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, vol. 15, núm. 1, pp. 91-118. DOI: <https://doi.org/10.15332/19090528/5743>

Mir. S. (2003). Introducción a las Bases del Derecho Penal, Segunda Edición, Editorial B de F. Maestros del Derecho Penal.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Posada, J.D. (2003) Ejecución de la pena privativa de la libertad como parte inseparable del proceso penal. Revista Nuevo foro Penal, (64), 112-153.

Real Academia de la Lengua Española (RAE), (2021). Definición palabra Libertad. Obtenido de rae.es: <https://dle.rae.es/libertad>

Rivera, I. (2017). Descarcelación, principios para una política pública de reducción de la cárcel (desde un garantismo radical). Tirant lo Blach, Valencia.

Rueda, M. (2010) Función de ejecución de penas y medidas de seguridad. Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa y Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla. <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m10-2.pdf>

Sáenz, M. (2007) El discurso resocializador: hacia una nueva propuesta para el sistema penitenciario. Revista de Ciencias Sociales (Cr), vol. I, núm. 115, 2007, pp. 125-136. Universidad de Costa Rica San José, Costa Rica.

Velásquez, F. (1995). Manual de Derecho Penal, Editorial TEMIS, Segunda Edición.

Zaffaroni, E. (2005). Manual de Derecho Penal – Parte General. Editorial. Buenos Aires.