

**EL ESTADO COMO GARANTE DE DERECHOS A LA COMUNIDAD
PENITENCIARIA**

DIEGO ANDRES ALVAREZ CASTRO

Código: 6009412750

Correo: daac73@gmail.com

DIRECTOR:

Dra. MARTHA YENIRA SANCHEZ

Dr. HUMBERTO LIBRADO

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

Derecho para la Justicia, la convivencia y la inclusión social

SUBLÍNEA DE INVESTIGACIÓN

Derecho Penal e Implementación del Sistema Penal Acusatorio

**UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
FACULTAD DE POSGRADOS
DIPLOMADO EN TECNICAS DE JUICIO ORAL
BOGOTÁ D.C.**

2014

EL ESTADO COMO GARANTE DE DERECHOS A LA COMUNIDAD PENITENCIARIA

PROBLEMA O PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN

La aplicación del art 68ª del código penal (modificado por el art32 de la ley anticarcelaria 1709-2014) ¿ha permitido cumplir con los motivos que tuvo el legislador al reformar la norma, de descongestionar las prisiones del país?

OBJETIVO GENERAL

Determinar si lo establecido en el art 68ª del C.P, modificado por el artículo 32 de la ley 1709 de 2014 ha permitido cumplir con la finalidad de descongestión de las cárceles y penitenciarias del país.

OBJETIVOS ESPECIFICOS

1. Hacer un estudio concatenado entre las normas que otorgan los beneficios y subrogados penales, que fueron reformadas y adicionadas por la ley 1709 de 2014; con la finalidad de encontrar el espíritu del legislador de proteger la libertad de los procesados y promover la descongestión en los centros penitenciarios y carcelarios.
2. Exponer la necesidad de un tratamiento adecuado a quienes infrinjan el ordenamiento jurídico, para ser reinsertado en sociedad.
3. Traer a colación pronunciamientos de diferentes posiciones frente al tema, para decantar las últimas decisiones que protegen la libertad de los procesados.

RESUMEN

En el presente trabajo se analizará como, se vienen vulnerando los principios constitucionales y legales, de la libertad, legalidad, y el respeto a la dignidad humana, tal como se vislumbra las actuales circunstancias de hacinamiento, al interior de los establecimientos penitenciarios y carcelarios, y el cómo; frente a estas circunstancias el legislador entre otras soluciones expide la Ley anti carcelaria 1709 de 2014, con el objeto no solo de descongestionar las cárceles, sino de proteger y garantizar, como es obligación del Estado, los derechos mencionados.

Se resaltaré además cómo, por una aislada interpretación de las reformas que la mencionada ley anti carcelaria realizó al sistema Penal, en su primigenia aplicación, se venía causando un efecto contrario a la motivación por la cual se expidió, e igualmente se analizará el progreso en la correcta aplicación de la ley anti carcelaria, gracias a la profundización en el tema por parte de los funcionarios judiciales, que consolida la protección al derecho fundamental a la libertad y por ende repercute en la esperada descongestión penitenciaria y carcelaria.

PALABRAS CLAVE: Penitenciaria, cárcel, acusado, condenado, sociedad, estado, resocialización.

ABSTRACT

In the present work will be discussed as will come in violation of the constitutional and legal principles, freedom, law, and respect for human dignity as the circumstances of overcrowding in sight, inside prisons and detention facilities, and how; address these circumstances the legislature among the solutions issuing the Prison Act 1709 anti 2014, in order not only to decongest the prisons, but to protect and secure, as it is the obligation of the State, the above rights.

He highlighted also how, for an isolated interpretation of the reforms that the said prison anti law made the Penal system in its original application was being causing an adverse effect upon the motivation for which it was issued, and also the progress will be discussed in the correct application of the anti prison law, thanks to the deepening of the subject by the judiciary, which strengthens the protection of the fundamental right to freedom and hence the expected affects penitentiary and prison decongestion.

KEYWORDS:

Prison, jail, charged, convicted, society, state, resocialization.

INTRODUCCION

La libertad es un derecho fundamental consagrado en la Constitución Política¹ tanto en su preámbulo que a la letra dice: “...y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente: CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA”, como en su artículo 13: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica...”

En nuestro sistema judicial, a raíz de doctrinas y legislaciones anteriores, desafortunadamente se conserva la tendencia de considerar la libertad del procesado o condenado, como una excepción y como regla general, la detención de los implicados; posición reforzada por presiones sobre las autoridades judiciales, ejercidas no solamente por los medios de comunicación, sino por los entes de control, no solo disciplinarios, sino penales, que al tomarse decisiones frente a la libertad, frecuentemente las cuestiona, siendo menos riesgoso para el funcionario judicial, decidir afectando la libertad de los implicados, determinaciones judiciales que entre otras consecuencias han generado la crisis en el sistema carcelario que afecta actualmente al Estado.

Es así cómo frente a la evidente vulneración al derecho fundamental de la libertad y por ende a su consecuente resultado de hacinamiento carcelario, entre otras soluciones, nace la ley 1709 de 2014, que en su primigenia aplicación no produjo los resultados pretendidos, sin embargo y a raíz de los últimos pronunciamientos judiciales se ha materializado su razón de ser, dándose entonces una mayor aplicación a los mecanismos sustitutivos de la

¹ Henao, J. (2013), *Constitución Política de Colombia Comentada*, Bogotá, Colombia : Editorial Temis S.A.

pena privativa de la libertad que consagra el capítulo tercero del título IV de la Ley 599 de 2000.

JUSTIFICACION

El 20 de Enero de 2014 se sancionó la Ley 1709 de 2014; en la exposición de motivos, estimó el legislador necesaria una reforma en el tema carcelario, debido al hacinamiento, no solo en las cárceles sino en las URIS (Es conocimiento público en el parque de Engativá personas encadenadas a los árboles en espera de la adjudicación de un cupo en un centro carcelario); se pretende que mediante el ente judicial se haga una ponderación para cada caso en particular, en cuanto al tema de los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, con el fin de que éstos sean más efectivos en su aplicación. De tal forma se ampliaron las exigencias objetivas para que dichos beneficios procedan; obsérvese: frente a los requisitos para la sustitución intramural por la domiciliaria, la ley en comento por su art. 23, adicionó el artículo 38B del C.P. ampliando la exigencia objetiva de 5 a 8 años de prisión²; Similar tratamiento dio la ley anti-carcelaria en su art 29, reformando el art. 63 del C.P. frente a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, que amplió el término de 3 a 4 años³, reformas que facilitan el acceso de los procesados y condenados a estos sustitutos penales y repercuten en la descongestión carcelaria .

La ley en comento (1709 de 2014), estableció en su artículo 32, condiciones para la exclusión de los beneficios y subrogados penales, modificando el artículo 68 A del C.P.⁴;

²Código penal- ley 599 de 2000- Art 38B *“son requisitos para conceder la prisión domiciliaria: 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.*

³Código penal- ley 599 de 2000- art 63 *“La ejecución de la pena privativa de la libertad.... Se suspenderá....siempre que concurren los siguientes requisitos: 1- Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro años. ...”*

⁴ Reformado anteriormente por el artículo 13 del estatuto anticorrupción -ley 1474 de 2011- *“medidas penales en la lucha contra la corrupción pública y privada”*

en su inciso 2°, puesto que trae una lista de delitos en donde aparentemente se excluyen los beneficios y subrogados penales.

Estas reformas se venían aplicando de manera literal, de tal forma que a quienes se encontraban investigados por alguno de los delitos contenidos en el inciso segundo del art. 68 A del C.P. sin más consideraciones se les negaba la suspensión condicional de la pena o los sustitutos intramurales por domiciliarios; , sin interpretarlo de manera hermenéutica, concatenándola con otras normas que la misma ley reformó; trayendo a colación una de las tantas decisiones que encajan en el tema en estudio ⁵ *“así las cosas, de conformidad con lo dispuesto en el art 23 de la ley 1709 de 2014, mediante el cual se adicionó el art 38 B del C. P, a pesar de que la sentencia emitida contra Guido Alberto Nule Marino, se impuso por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley es de ocho (8) años de prisión, de conformidad con el artículo 68A de la ley 599 de 2000, modificado por el art 32 la citada ley 1709 de 2014, se encuentran excluidos los beneficios para las personas condenadas por delitos dolosos contra la administración pública, como lo es el peculado por apropiación”*, decisiones que en lugar de contribuir a la descongestión de las cárceles, han ayudado a un mayor hacinamiento carcelario.

Afortunadamente el Tribunal Superior de Bogotá atendiendo una interpretación teleológica armonizó los contenidos del art. 63 y 68A del Código penal modificados por la ley 1709 de 2014 y concedió la suspensión condicional de la pena de prisión a procesados que se encontraban en esa lista del inciso 2° del art 68 A del C. P. Por satisfacción del aspecto subjetivo señalado en el inciso 3° del artículo 63 *Ibíd*em⁶. Abriendo la posibilidad a los Juzgadores de concatenar las normas y no negar los

⁵Rad #11001-60-00102-2011-00134 N I 146626 22 /11 .Condenado Guido Alberto Nule Marino y otros. Delito Peculado por apropiación,. Providencia 18-07-2014. Juzgado 38 Penal del Circuito de Conocimiento. “Resuelve **PRIMERO**: NEGAR la sustitución de la medida de Aseguramiento de detención preventiva por la detención en el lugar de residencia o en centro hospitalario del Sr Guido Alberto Nule Marino

⁶ Rad110013104037201000440 02-05-2014 Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado Ponente Dr. Max Alejandro Flórez Rodríguez. refiriéndose el H Tribunal al art 63 del cp. “ Como el ordinal segundo contempla el evento en que se concede el sustituto con solo reunirse el factor objetivo , se concluye que cuando se procede por uno de los delitos enlistados en el inciso segundo del art. 68 A del Código Penal no está prohibido su otorgamiento sino que debe estudiarse la exigencia subjetiva del ordinal segundo y de reunirse , reconocer el beneficio ...”

beneficios y subrogados penales, solamente con el argumento de encontrarse en la lista en comentario.

DESARROLLO DEL PROBLEMA

La razón de ser de un Estado, es la protección de las personas que lo conforman; quienes dejan de lado su individualidad, renunciando a ciertas libertades para integrarse a la vida colectiva en sociedad, delegando el control al Estado, que garantiza una vida digna y pacífica a sus integrantes a través de sus instituciones. En Colombia, el Estado es la forma en la que se organiza la sociedad para poder funcionar mejor⁷. Lo reglamenta la Constitución Política, que establece dentro de los “fines esenciales del Estado”, el garantizar los derechos y deberes de los ciudadanos, asegurando así, la convivencia pacífica junto con un orden justo; Para que este Estado pueda alcanzar los fines propuestos y logre cumplir sus funciones se organiza por medio de tres ramas del poder público: legislativa, ejecutiva y judicial. Estas ramas están integradas por diversos órganos con funciones diferentes, pero que siempre deben coordinar y colaborar entre ellas para lograr sus fines; es así como nace el control de legalidad y se le pone límites a los alcances del Estado, evitando el abuso de poder, facultades ilimitadas y se garantice auto control a sí mismo y a quienes lo componen.

Para el cumplimiento de estos fines, el Estado, mediante mecanismos e instituciones, debe aplicar castigos y penas, con el fin de mantener el orden y la tranquilidad de sus integrantes; el origen de éstas reside, según expone Cesare Beccaria en su libro “de los delitos y las penas”, en que una vez la humanidad aceptó entregar parte de su libertad, por la incertidumbre de perderla totalmente, admitió la imposición de un castigo a quien trasgrediere lo pactado; porque “aún cuando hubiese quien se resistiere a las normas, no había forma de retroceder... se necesitaban motivos sensibles que bastasen para desviar el ánimo despótico de cada uno de los hombres de volver a sumergir en el antiguo caos, las

⁷ <http://www.senado.gov.co/participacion-ciudadana/congreso-para-ninos/item/11158-que-es-el-estado-y-como-se-conforma>

leyes de la sociedad. Las penas que sobrepasan la necesidad de conservar el depósito de la salud pública, son por su naturaleza injustas; y tanto más justas son las penas, cuanto más sagrada e inviolable sea la seguridad y mayor la libertad que el soberano conserve a sus súbditos”⁸ obsérvese que desde un principio se ha entendido que el castigo atiende razones meramente subjetivas, puesto que no se puede cuantificar la transgresión y relacionarla directamente con un castigo, para que se pueda decir con certeza, que la pena es justa y digna de acuerdo con la infracción.

Es así que surge la idea de crear al interior de las instituciones del Estado, establecimientos de reclusión, como castigo a lo que ya se le denominaba crimen, para condenar todo lo reprochable por la sociedad; claro está que para ser penado debían concurrir, tal y como lo expone Francesco Carrara en su esquema del delito, tres elementos: el objetivo, el subjetivo y la imputación civil; el primero corresponde al comportamiento externo, el segundo a la conciencia y voluntad o lo denominado imputabilidad, y el tercero a la unión de los dos primeros (nexo causal); claro está, que previo al tercero se debe hacer una imputación civil en cabeza del legislador⁹.

Una vez es condenado y socialmente reprochado un hecho, El implicado, de ninguna manera se debe considerar como un “desecho social”, puesto que es obligación del Estado garantizar su resocialización.

No se puede afirmar que siempre que un implicado infrinja la ley penal, requiera tratamiento penitenciario, esto en razón de que cada caso es particular y debe atenderse el aspecto subjetivo del investigado, como su personalidad, arraigo social, antecedentes judiciales, el tipo de delito cometido, y previa valoración subjetiva se concluirá si se hace necesaria su reclusión intramural. Ciertamente cuando es necesaria la privación de la libertad, cumple con sus efectos positivos, tal como precisó el Tribunal Superior de Bogotá, “no cabe duda que la pena tiene efectos negativos, pero también es innegable que genera efectos positivos, fortalece valores, como el respeto para con sus semejantes y la propiedad ajena, enseña la prisión la necesidad de obtener recursos por medios lícitos, respetar las reglas de convivencia, y por sobre todo conlleva valorar y comprender el

⁸Beccaria, Cesare, (1994). De los delitos y las penas (3ª ed) Bogotá: Temis pg.3

⁹Agudelo,B, Nodier (2010) Curso de derecho penal (esquemas del delito) (4ª ed.) nuevo foro pg29

significado de la libertad y su costo social y personal”¹⁰. En consecuencia, en los casos en que legalmente procede el tratamiento intramural, se protegen los bienes jurídicamente tutelados y no por esto se vulnera el derecho a la libertad.

En virtud de la vigencia y aplicación de la Ley 1709 de 2014, denominada anticarcelaria, se centra el presente análisis, frente a si la mencionada ley, que tiene como fundamento y razón de ser, la descongestión del sistema penitenciario y carcelario, ha logrado su objetivo, o si por el contrario, no se le ha dado la interpretación que quiso el legislador al expedirla, puesto que los resultados reales no son los que prometía la mencionada ley de descongestión carcelaria.

Principalmente, el tratamiento penitenciario en Colombia, más que presentarse como una medida intimidatoria o de protección a la sociedad, tiene como objetivo, resocializar a los individuos que el Estado a través de su órgano judicial decide tratar, obsérvese lo que consagra el artículo 10 de la ley 65 del 93 (código penitenciario y carcelario): “FINALIDAD DEL TRATAMIENTO PENITENCIARIO. El tratamiento penitenciario tiene la finalidad de 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.”

Y lo expuesto por la Corte Constitucional en su sentencia t-286 de 2011, donde define el tratamiento penitenciario: “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 recuperen su libertad. Dando cumplimiento al Objetivo del Tratamiento de preparar al condenado(a) mediante su resocialización para la vida en libertad”.

Puesto en conocimiento lo anterior; se observa que se ha reconocido la relación que hay entre individuo y sociedad, ya que en cierta forma es la sociedad, el ambiente y/o las

¹⁰Colombia, tribunal superior de Bogotá, sentencia R:2013-06157, 20 folios, sala penal 2013.

circunstancias que rodean a cada persona, las que forjan el carácter; esto se traduce en el comportamiento del individuo.

En el artículo primero de nuestra constitución política se afirma que Colombia es un estado social de derecho, lo que según la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional mediante sentencia t-426 de 1992 “hace relación a la forma de organización política que tiene como uno de sus objetivos combatir las penurias económicas o sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población, prestándole asistencia y protección”.

En ese orden de ideas es menester reconocer en el presente análisis, la importancia e impacto psicológico que con o sin intención, el tratamiento penitenciario genera de manera directa o indirecta a la sociedad; Por lo tanto es necesario el análisis del impacto que genera en un individuo el purgar condena en prisión, ya que una de las razones por las cuales un individuo se abstiene de cometer alguna conducta legalmente reprochable, es por el miedo que genera la sola idea permanecer en un lugar pleno de personas que también están siendo tratadas, y que, para añadir como problema moderno representa la carencia de vida digna por la situación de hacinamiento; o por otro lado, cómo lo anterior puede influir en el carácter de una persona en contra de los fines del tratamiento penitenciario; es decir, si como resultado del método no se obtuviese una reacción positiva, o al menos aceptable para la sociedad, y el ordenamiento jurídico.

Es innegable la necesidad de la psicología como ciencia de apoyo al derecho y más aún en asuntos de política criminal, puesto que el centro de estudio de los dos, es el ser humano; por cuanto, no es un tema ajeno el hablar sobre las pasiones y sentimientos propios del ser humano.

Relativamente la psicología como ciencia de colaboración del derecho lleva muy poco, no por no tener manera de ahondar en el tema legal, sino porque fue recientemente aceptada, y se convergen de tres maneras.

La psicología del derecho: “Son los componentes psicológicos que forman parte de la esencia jurídica que está destinada a los hombres; por tanto, no es posible ningún derecho si

no se conoce a profundidad la naturaleza de sus destinatarios”¹¹refiriéndose de esta manera a lo que se pretende con la creación de un mandamiento legal, y para quien va dirigido.

La psicología en el derecho: Varias adecuaciones conceptuales ha tenido que hacer esta ciencia, puesto que para la legislación colombiana y la psicología como ciencia aplicada hay varios términos o que si bien no existen, algunos otros se excluyen entre sí, un ejemplo de esto está plasmado en el artículo 33 del Código Penal Colombiano donde se habla de la inimputabilidad refiriéndose a la razón y libertad como algo igual.

La psicología para el derecho: “Es la parte de la psicología que se desarrolla dentro del ámbito jurídico específico y/o en sus órganos dependientes, caracterizándose por poseer técnicas propias que la convierten en una ciencia auxiliar de ese campo”¹²Es decir, aquí es donde se reconoce que tanto derecho y psicología como ciencias sociales, y el apoyo que esta última representa por su objeto de análisis para la justicia Colombiana.

Por el análisis anteriormente hecho se puede concluir en primer lugar, la obligación de bienestar que tiene el Estado colombiano para con la comunidad carcelaria, y la importancia que tiene el correcto y adecuado manejo del tratamiento penitenciario, ya que como se ilustró anteriormente, el fin último de la privación de la libertad o aplicación de la pena, es la modificación del comportamiento del sujeto sometido a tal método.

Adentrándose aún más en el tema de psicología forense, se pretende exponer lo que dicha ciencia ha denominado la personalidad del criminal, se le da importancia a este tema puesto que complementa lo que posteriormente se presentó, y explica mejor el porqué para cada caso en particular se debe hacer una ponderación de tiempo modo y lugar, ya que como aclara el Dr. Pedro López Calvo en su libro investigación criminal y criminalista en el sistema penal acusatorio “ se parte del principio de que las creencias y las percepciones de un individuo influyen directamente en su conducta”¹³e igualmente asegura que hay gran dificultad al entender la conducta de una persona, si no se percibe la visión que dicho sujeto tiene del mundo; por esto se hace una diferenciación de entre lo que es el

¹¹ Enciclopedia criminalística, criminología e investigación, tomo II Criminología, ed. Sigma.pg.549

¹² Varela, O, Álvarez, H y Sarmiento, A (2002) psicología forense, Buenos Aires, LexisNexis, pgs. 17-24

¹³López, Pedro, (2008). Investigación criminal y criminalística aplicadas al sistema penal acusatorio (3ª ed) Bogotá: Temis

temperamento, entendiéndose este como, el carácter o manera de ser de cada persona o individuo, esto también incluye la manera de afrontar las diferentes situaciones que conllevan vivir; y la personalidad que son el “conjunto de características o cualidades originales que se destacan en cada persona, presenta unos aspectos dinámicos que son: relaciones interpersonales, manejo de conflictos, proyección de metas, procesos cognitivos, compromiso ético y sensibilidad sexual”¹⁴

CLASIFICACION DEL SISTEMA PENITENCIARIO Y CARCELARIO

Algo a tener en cuenta, y en lo cual la ley si ha sido clara, es la clasificación del sistema penitenciario y carcelario, donde se reconoce al tenor del artículo 21 y 22 de la ley 65 del 93 los diferentes tipos de de establecimientos:

ARTICULO 21. CARCELES. Son cárceles los establecimientos de detención preventiva, previstos exclusivamente para retención y vigilancia de sindicados.

Las autoridades judiciales señalarán dentro de su jurisdicción, la cárcel donde se cumplirá la detención preventiva.

Cuando se trate de un delito cometido en accidente de tránsito y haya lugar a la privación de la libertad, el sindicado sólo podrá ser recluso en una casa-cárcel. Donde no la hubiere, se trasladará a un pabellón especial. En caso de condena por delito doloso el infractor pasará a una penitenciaria.

ARTICULO 22. PENITENCIARIAS. Las penitenciarías son establecimientos destinados a la reclusión de condenados y en las cuales se ejecuta la pena de prisión, mediante un sistema gradual y progresivo para el tratamiento de los internos.

Los centros de reclusión serán de alta, media y mínima seguridad (establecimientos abiertos). Las especificaciones de construcción y el régimen interno establecerán la diferencia de estas categorías.

¹⁴ibid

Sabido lo anterior, se reconoce la diferencia que hay entre una y otra, primordialmente porque en las cárceles solo se debe mantener a quien está en indagación, e inmediatamente sea condenado, si es el caso, deberá ser trasladado a una penitenciaría para iniciar el procedimiento; es de conocimiento público que dicha diferencia no se aplica al pie de la letra en el territorio nacional, puede que haya sido una visión del legislador que en su época entendía la necesidad, pero por diferentes circunstancias no se haya podido llevar a cabo; dicha concepción es ajena a la realidad y a pesar de la situación no parece importarle mucho ni a la sociedad ni al Estado.

IMPORTANCIA DE UN SISTEMA DE RESOCIALIZACION

El contrato social hoy por hoy es algo tan innato de la humanidad, tanto que algunos vivimos en él sin saber lo que significa, y a veces aun cuando se conoce, ya lo hemos asimilado y simplemente aceptamos lo que la autoridad nos imponga; inclusive quienes en la actualidad están a cargo de legislar lo olvidan, pareciese que pensarán que la subsistencia del sistema no estuviese sostenida por el pueblo; esto se evidencia en la cantidad de leyes que en un principio parecen ser la solución a determinado problema, pero con el tiempo ya sea por carencia de fuerza, ninguna contravención en contra de quien la infrinja o simplemente omisión se dejan de lado, convirtiéndose en una carga, puesto que una vez se reconoce el problema, diversos sectores del poder público sacan a relucir sus argumentos ricos en prosa; esto, sin llegar en muchas ocasiones a un consenso que sea realmente aplicable a la situación que se pretende resolver por ser presto a diferentes interpretaciones o ajeno totalmente a la realidad.

Para el caso en concreto, es evidente que dichos principios altruistas sobre los cuales está constituida nuestra república se hayan difuminado, pues no hace falta indagar mucho para conocer la situación en los establecimientos penitenciarios y carcelarios, no solo de hacinamiento, sino de problemas de orden público al interior; es tanta la percepción errónea de dichos establecimientos, que hoy popularmente se considera la pena como una venganza por haber cometido algún acto reprochable.

Se puede concluir por lo anterior que no solo el gobierno y las diferentes ramas del poder público son quienes deben tener en cuenta que la pena en sentido resocializador tiene como objeto cambiar la percepción del mundo para reintegrarse en una vida en sociedad al tratado; sino también la población, puesto que el único interés que se debe tener de que alguien sea sometido es que en cuanto recupere su libertad su comportamiento debe ser acorde con lo legalmente aceptado.

Con la reciente publicación y entrada en vigencia de la ley 1709 de 2014, que como objeto principal tuvo solucionar directamente el problema de hacinamiento en los establecimientos penitenciarios y carcelarios, se destacan dos modificaciones al código penal, por un lado se tiene el artículo 38 del mismo código, modificado por la ya mencionada ley en su artículo 22, el cual dispuso como mecanismo sustitutivo de prisión, la prisión domiciliaria; y mediante el art. 38b (adicionado por la ley 1709 de 2014) se consagran los requisitos para conceder la prisión domiciliaria, entre los cuales se destaca la exigencia objetiva que favorece al procesado aumentando la exigencia de la pena mínima para que proceda el sustituto, “que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho años o menos” ampliando de esta forma las posibilidades para el acceso a la sustitución penitenciaria; ya que en la norma que le antecede se disponía que la pena mínima prevista fuese de 5 años. Haciendo un análisis de lo anterior, y simplemente acudiendo al uso de la lógica y la razón, se puede inferir que el espíritu del legislador para la norma en particular es la de descongestionar el sistema carcelario y penitenciario en el país, igual conclusión se deduce del art. 63 num. 1, de la Ley 500 de 2000, Código Penal, que al ser modificado por el artículo 29 de la Ley anticarcelaria, para la procedencia de la suspensión de la ejecución de la pena, aumentó en un año la posibilidad de acceder a dicho subrogado, y del art. 64 íbidem, que se refiere a la libertad condicional, frente al aspecto objetivo, para su procedencia solamente exige haber cumplido por el recluso, las 3/5 de la pena impuesta.

Sin embargo frente al art. 32 de la ley 1709 de 2014, que reformó el art. 68 A del C.P., que se refiere a la exclusión de los beneficios y subrogados penales, y por ausencia de una interpretación concatenada de todas las normas modificadas por la ley anticarcelaria, se causó un efecto adverso al espíritu que tuvo el legislador en su expedición, por los

siguientes motivos: el contenido de esta norma penal se refiere a la exclusión de los beneficios y subrogados penales, cuando la persona haya sido condenada por delitos dolosos dentro de los 5 años anteriores, y en su inciso segundo trae un considerable listado de conductas punibles en las cuales precisa que frente a éstos también se excluyen los mencionados beneficios y subrogados penales para quienes hayan sido condenados por éstos, norma que no se aplica frente a la sustitución de la detención preventiva ni de la sustitución de la ejecución de la pena, en los eventos del numeral 2, 3, 4, y 5 del art. 314 de la Ley 906 de 2004, (mayores de 65 años, mujer con menos de 2 meses restantes para dar a luz, estado grave de enfermedad, madre cabeza de familia con hijo menor de doce años con alguna discapacidad mental, siempre y cuando haya estado bajo el cuidado de ella), e igual no procederá dicha exclusión frente a la libertad condicional contemplada en el art. 64 del C.P., ni frente al inciso primero del art. 68 A, siempre que el aspecto subjetivo se satisfaga; éste en resumen es el contenido del art. 32 de la Ley 1709 de 2014 que modificó el art. 68 A del C.P., existiendo un vacío que se prestó para realizar una errada interpretación, negando el subrogado penal de la suspensión de la ejecución de la pena para todas las personas que fueran condenadas por delitos incluidos en el listado del enunciado inciso 2º, ya que la excepción que consagró el legislador en el parágrafo 2º del art. 68 A del C.P. guardó silencio frente al listado en mención.

Véase como el Legislador quiso darle el mismo tratamiento de beneficio frente a la suspensión de la ejecución de la pena, tanto a los procesados que se ubicaban en el inciso 1º del art. 68 A del C.P. (obsérvese PAR. 2º - ART. 68A C.P.) Como a aquellos que fueren condenados por alguno de los delitos incluidos en el listado del inciso 2º del mismo artículo, atendiendo el contenido del art. 63 del C.P. modificado por el art. 29 de la Ley 1709 de 2014, precisa el Legislador que se suspenderá la pena impuesta siempre que concurren los siguientes requisitos: “1... 2 si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos en el inciso 2º del art. 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 primero de este artículo...”, del contenido de dicho numeral 2º se deducen dos conclusiones: la primera que atendiendo el espíritu del Legislador al expedir la Ley anticarcelaria, se le quita la facultad al juzgador de negar éste subrogado con fundamento en el aspecto subjetivo o estudio de la personalidad del

procesado en aquellos eventos en los cuales carezca de antecedentes penales y no se encuentre en la lista del inciso 2° del art. 68 A del C.P. valga decir que solamente podrá en estos eventos el señor juez, para declarar su procedencia, analizar que el aspecto objetivo se satisfaga y cumplida con solo esta exigencia conceder el subrogado, posición del Legislador que permite obviamente la concesión con mayor facilidad de la suspensión de la ejecución de la pena, y así se atiende la finalidad de la Ley anticarcelaria; Contrario sensum, se debe acudir al espíritu del legislador frente a la insatisfacción de los requisitos exigidos en el num. 2 del art. 63 del C.P. valga decir, si la persona condenada tiene antecedentes o se trata de alguno de los delitos contemplados en el num. 2 del art. 68 A del C.P. ya podrá el juzgador no solo ver la procedencia del requisito objetivo que señala el numeral 1 del art. 63 del C.P. sino también el aspecto subjetivo que conlleva el estudio de la personalidad del encartado, es decir su arraigo social, antecedentes personales y sociales que llevarán al juzgador a concluir si es necesaria la ejecución de la pena. Ésta interpretación de la norma es la que en los últimos días ha realizado el Tribunal Superior de Bogotá, dando una nueva orientación para que en adelante los jueces sopesen la procedencia de la suspensión de la ejecución de la pena en los delitos contemplados en el listado al que se ha hecho mención en forma particular, valorando por autorización del inciso segundo del art. 63 del C.P. el aspecto subjetivo del condenado y logrando efectuar una correcta interpretación de la Ley anticarcelaria.

Como soporte a lo anterior se toma como ejemplo de la primigenia aplicación de la mencionada ley anticarcelaria, una sentencia proferida por el juzgado 38 penal del circuito de conocimiento, con radicado 2013-10580, donde se resolvió mediante sentencia condenatoria, respecto el delito de porte, tráfico y fabricación de estupefacientes, negando la suspensión condicional de la pena, en razón a que la condena impuesta superaba el limite señalado en el art 63 del código penal numeral 1°, y tampoco se concede la prisión domiciliaria porque tal como menciona “es cierto que para su procedencia se exige que la pena se imponga por un delito cuya sanción mínima establecida por el legislador, no sea superior a 8 años de prisión y para el caso presente, la misma no excede tal limite por establecerse en 64 meses, por prohibición expresa del numeral 2° del art 68ª de la ley 599 de 2000, no procede la concesión del beneficio cuando se trata de delitos relacionados con

el tráfico de estupefacientes”¹⁵; lo anterior significa que aun reuniendo los requisitos, tan solo por el tipo penal cometido, pero sin hacer un análisis de fondo de la última excepción, donde el legislador facultó al juez a hacer juicios de valor, analizando cuando los antecedentes, sociales y familiares sean indicativos de que no existe la posibilidad de la ejecución de la pena se concedió el beneficio.

Sin embargo y como evidencia de ése nuevo análisis interpretativo y concatenado de la norma que ha empezado a modificar la forma en que se conceden los beneficios y subrogados penales, el tribunal se pronuncia respecto de sentencia en segunda instancia con radicado 2013-06157, por el delito de hurto calificado y agravado; en contra de dos apelantes que solicitan el beneficio de suspensión de la pena, por cuanto cumplen con el requisito objetivo, que es que la pena no exceda los cuatro años, realizando un análisis del elemento subjetivo (antecedentes personales, sociales y familiares) por cada uno de ellos, en el primer individuo se encontró que ya había sido condenado por el mismo delito y estaba bajo la suspensión condicional de la pena de esa primer sentencia; es decir, que vulneró de nuevo el mismo bien jurídico tutelado; por supuesto no salió favorecido con la providencia.

En el segundo individuo si se concede lo solicitado, puesto que allegó varias certificaciones laborales, no tenía antecedentes, demostró arraigo y además reparó a la víctima del hurto, lo que llevó al tribunal inferir más allá de toda duda razonable que se encontraban ante un individuo que debía ser favorecido con la ley 1709 de 2014.

Y recientemente, mediante sentencia condenatoria 2014-4568 en contra de Miguel Ángel Gómez Valencia , el juzgado 44 con función de conocimiento del circuito de Bogotá en donde se condenaba el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes; acogió la anterior interpretación, al decir “En este sentido, señala que dada la entrada en vigencia de la ley 1709 de 2014 se ha incurrido en un equívoco frente a la interpretación del artículo 32, pues erróneamente se ha dispuesto que para los delitos enlistados en la mencionada norma se encuentran prohibidos rotundamente los subrogados penales, posición que resulta de una interpretación gramatical, contraria a los motivos de la expedición de la ley 1709 de 2014”

¹⁵Colombia, juzgado 38 penal del circuito de conocimiento de Bogotá, sentencia R:2013-10580, 8 folios 2013.

Dentro de sentencia 2010-440 del 2 de mayo de 2014 del tribunal Superior de Bogotá M.P Max Alejandro Flores Rodríguez, también se determinó “que el artículo 68 A del código penal, modificado por el art 32 de la ley 1709 de 2014, debe ser analizado en conjugación con el contenido del artículo 63 de la misma codificación, indicándose que los subrogados penales no están prohibidos para los delitos señalados en el artículo 68 A, puesto que cuando la persona carece de antecedentes penales, se debe estudiar la exigencia subjetiva, referida a los antecedentes personales, familiares y sociales del sentenciado”

Por lo cual se destaca entre lo dicho por las anteriores citas que para cada caso en concreto se debe aplicar una ponderación por parte de quien juzga en cuanto a la necesidad de una condena intramural, y que está en cabeza del juez hacer dicho trabajo.

Para concluir, y en resolución del problema planteado por el presente trabajo investigativo, se evidencia la intención por parte del legislador de darle solución a un problema que potencialmente es de orden público, dejó el texto legal abierto a diferentes interpretaciones, y que por una u otra circunstancia ha sido el legislativo, encabezándolo esta vez el tribunal quien ha emitido sentencias, sentando así jurisprudencia para los casos venideros.

CONCLUSIONES:

Es difícil el cambio inmediato de mentalidad en nuestros funcionarios judiciales frente a considerar el derecho fundamental de la libertad como la regla general de nuestro derecho penal y su excepción la detención de los implicados; que es puntualmente el espíritu de la ley 1709 de 2014 ; sin embargo como se demostró a través de este trabajo, amén, de que inicialmente se dio una interpretación aislada, al inciso 2° art 68A del C.P. y solo por ser condenados por alguno de los punibles enlistados en ese inciso, se les negaba el subrogado de la suspensión de la pena de prisión (Art. 63 del C.P.) causando el efecto contrario, de la motivación de la ley en comento, por la considerable lista que implicaba la reiterada negación del subrogado de la condena de ejecución condicional; afortunadamente, como se demostró, con fundamento en pronunciamientos recientes del Tribunal Superior de Bogotá, esta posición se ha ido decantando, dando una aplicación correcta a la interpretación del inciso 2° del Art. 63 del C.P, en el sentido de que no basta solamente con

estar en la lista aludida, para negarse la suspensión de la pena de prisión, sino se requiere que el aspecto subjetivo del condenado, sea motivo de estudio por el juzgador, para concluir si en verdad amén de estar en esta lista en comento el delito por el cual se condena, si existe la posibilidad de la ejecución de la pena. Ciertamente que lleva poco tiempo de vigencia la ley 1709 de 2014 y por el camino de su aplicación, se ha llegado a tener una concatenación entre el espíritu de la ley o los motivos de su expedición que no fueron otros que la descongestión de las cárceles, y su real aplicación, para recoger los resultados esperados de descongestión carcelaria que obviamente repercute en la protección al derecho fundamental a la libertad.

Afortunadamente dos juristas, con una trayectoria importante dentro de la rama judicial y dentro del derecho penal; El Señor Fiscal Dr. Eduardo Montealegre y el ministro de Justicia Dr. Yesid Reyes Alvarado, deciden trabajar mancomunadamente en proyectos de interés común, entre éstos, presentaron un proyecto de ley para frenar la detención preventiva; entre los planteamientos a considerar se estimó la disminución al máximo de la privación de la libertad para los procesados, dejando la reclusión carcelaria para los condenados; circunstancia que al lado de la ley anti carcelaria que nos ocupa, tendría un importante resultado en la descongestión de las cárceles.

LISTA DE REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- M.P Martinez Caballero, A. (1995). Monopolio de la fuerza en cabeza del Estado Bogotá.
- N. Agudelo Betancour, (2010). Curso de derecho penal (esquemas del delito) cuarta edición. Medellín.
- Cesare Beccaria, (1994) De los delitos y las penas. Tercera edición. Bogotá.
- (2013) Enciclopedia criminalística, criminología e investigación. Bogotá.
- Varela, O, Álvarez, H y Sarmiento, A (2009) psicología forense, Buenos Aires.
- López, Pedro, (2008). Investigación criminal y criminalística aplicadas al sistema penal acusatorio Bogotá.

LEGALES

- Ley 599 de 2000. Código penal. República De Colombia.
- Ley 906 de 2004. Código de procedimiento penal. República de Colombia.
- Ley 1709 de 2014. Ley anticarcelaria. República de Colombia.
- Ley 65 de 1993. Código penitenciario y carcelario.
- Sentencia 2013-10580 del juzgado 38 penal del circuito de Bogotá (procesado: Jeison Aranda Rodríguez, Delito: tráfico, fabricación o porte de estupefacientes)
- Sentencia 2013-06157 del tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, sala penal, M.P Cristian Gabriel Torres Sáenz (Procesados: Víctor David Vargas Charry y Deiby Joel Bermúdez Muñoz, Delito: hurto calificado y agravado)
- Sentencia T-286 de 2011 de la corte constitucional, Colombia, M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Sentencia 2010-440 del tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, M.P Max Alejandro Florez Rodriguez (procesado José Ignacio Casallas Cañizares y otros, Delito: falsedad en documento publico)
- Sentencia 2014-4568 del juzgado 44 penal del circuito con función de conocimiento de Bogotá, (procesado: Miguel Angel Gomez Valencia, Delito: trafico, fabricación o porte de estupefacientes)