

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO PARA ANALIZAR  
LA INSTITUCIÓN DE LOS BENEFICIOS Y SUBROGADOS PENALES A LA LUZ  
DE LOS FINES DE LA PENA AL MOMENTO DE SU EJECUCIÓN

CARLOS ENRIQUE MALDONADO RAMIREZ  
CARLOS JAIR BARRERA CARREÑO

UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER  
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS  
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA  
BUCARAMANGA

2020

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO PARA ANALIZAR  
LA INSTITUCIÓN DE LOS BENEFICIOS Y SUBROGADOS PENALES A LA LUZ  
DE LOS FINES DE LA PENA AL MOMENTO DE SU EJECUCIÓN

CARLOS ENRIQUE MALDONADO RAMIREZ  
CARLOS JAIR BARRERA CARREÑO

Tesis de grado para optar al título de  
ABOGADO

DIRECTOR:  
ANDRÉS EDUARDO GÓMEZ ALARCÓN  
Abogado

CODIRECTOR:  
JAIRO ALONSO AMAYA ARDILA  
Abogado

UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER  
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS  
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA  
BUCARAMANGA

2020

## **DEDICATORIA**

A nuestras madres y padres quienes sin importar las circunstancias han dado todo por nosotros.

## **AGRADECIMIENTOS**

A Dios, a nuestras familias y amigos quienes han sido el motor e inspiración para alcanzar este logro.

A nuestro director Andrés Eduardo Gómez Alarcón por sus valiosas ideas y contribuciones para el desarrollo del proceso investigativo.

A nuestro codirector Jairo Alonso Amaya Ardila por su apoyo y aportes que permitieron alcanzar los objetivos propuesto.

A todos nuestros maestros quienes han contribuido en nuestro proceso de formación con paciencia y esmero.

## TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	11
1. OBJETIVOS.....	13
1.1. OBJETIVO GENERAL.....	13
1.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	13
2. CAPÍTULO I: LA PENA.....	14
2.1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.....	14
2.2. CONCEPTO DE LA PENA.....	16
2.3. TEORÍAS ABSOLUTAS Y RELATIVAS DE LA PENA.....	17
2.3.1. Teorías absolutistas o retribucionistas.....	19
2.3.2. Teorías relativistas o prevencionistas.....	27
2.3.3. Las llamadas teorías de la unión.....	41
2.4. CARACTERÍSTICAS DE LA PENA.....	43
2.5. CLASIFICACIÓN.....	48
2.6. LAS FUNCIONES DE LA PENA EN EL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO Y SU TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL.....	53
3. CAPÍTULO II: BENEFICIOS Y SUBROGADOS PENALES.....	62
3.1. CONCEPTO.....	62
3.2. ORIGEN.....	71
3.3. LOS BENEFICIOS Y SUBROGADOS PENALES A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991.....	73
LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN NORMATIVA.....	73
EXCLUSIÓN DE BENEFICIOS Y SUBROGADOS A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991.....	75
3.4. CLASES DE BENEFICIOS Y SUBROGADOS PENALES EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL.....	88
LOS BENEFICIOS ADMINISTRATIVOS.....	89
3.5. RELACIÓN DE LOS BENEFICIOS Y SUBROGADOS PENALES CON LOS FINES DE LA PENA DE PREVENCIÓN ESPECIAL Y REINSERCIÓN SOCIAL.....	100
3.6. IMPLICACIONES DE LA EXCLUSIÓN DE BENEFICIOS Y SUBROGADOS PENALES RESPECTO DE LOS FINES DE LA PENA.....	102
4. CAPÍTULO III: PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.....	106

4.1. REGLAS Y PRINCIPIOS.....	108
4.3. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES PENALES ...	115
4.4. RELACIÓN ENTRE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y PROPORCIONALIDAD .....	121
4.5. ANÁLISIS SOBRE LA PROPORCIONALIDAD DE LA EXCLUSIÓN DE BENEFICIOS Y SUBROGADOS PENALES, CONTEMPLADA EN EL ARTÍCULO 68A DE LA LEY 599 DEL 2000, A LA LUZ DE LOS FINES DE LA PENA AL MOMENTO DE SU EJECUCIÓN.....	130
4.5.1. Subprincipio de idoneidad.....	131
4.5.2 Subprincipio de necesidad.....	141
4.5.3. Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.....	148
5. CONCLUSIONES .....	157
BIBLIOGRAFÍA .....	167

## LISTA DE TABLAS

Tabla 1 Tendencia histórica de la población penitenciaria y el hacinamiento a nivel nacional (1993 - 2012).....	137
---	-----

## LISTA DE FIGURAS

Figura 1 Evolución del hacinamiento carcelario 1993 - 2019 .....	139
--	-----

## RESUMEN

**TÍTULO:** EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO PARA ANALIZAR LA INSTITUCIÓN DE LOS BENEFICIOS Y SUBROGADOS PENALES A LA LUZ DE LOS FINES DE LA PENA AL MOMENTO DE SU EJECUCIÓN. \*<sub>1</sub>

**AUTORES:** CARLOS ENRIQUE MALDONADO RAMIREZ, CARLOS JAIR BARRERA CARREÑO\*\*

**PALABRAS CLAVE:** PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, BENEFICIOS Y SUBROGADOS PENALES, PENA, FINES DE LA PENA.

**DESCRIPCIÓN:** En esta investigación se realiza un análisis a partir del principio de proporcionalidad, como estructura argumentativa, de la disposición contenida en el inciso 2 del artículo 68A de Ley 599 del 2000, utilizando como criterio transversal los fines de la pena que operan al momento de su ejecución de conformidad con lo señalado en el inciso 2 del artículo 4 del Código Penal colombiano. Lo anterior, en aras de determinar si la norma objeto de estudio cumple con las exigencias establecidas en la Constitución Política de Colombia, toda vez que la exclusión objetiva de beneficios y subrogados penales, no permite al operador judicial realizar un análisis más amplio sobre la procedencia de la exclusión de estos mecanismos alternativos para la aplicación de la pena frente a cada caso en particular.

Con el propósito de alcanzar el objetivo indicado se plantea un análisis dogmático, jurisprudencial y normativo en torno a la justificación de la pena como expresión del ius puniendi del Estado, haciendo especial énfasis en los fines que deben ser cumplidos en el momento de su ejecución. Así mismo, se abordará la institución de los beneficios y subrogados penales, con el fin de establecer criterios para determinar si su regulación en el ordenamiento jurídico colombiano atiende a su naturaleza que responde a fines resocializadores y de humanización de derecho penal. Finalmente, con fundamento en lo anterior se aplica el principio de proporcionalidad en sentido amplio para valorar cuál de los principios en colisión, dignidad humana y, convivencia y seguridad ciudadana, debe prevalecer en el marco de un Estado social y democrático de derechos.

---

\* Trabajo de grado

\*\* Faculta de Ciencias humanas. Escuela de derecho y ciencia política. Director: Andrés Eduardo Gómez Alarcón – Especialista en derecho Administrativo y candidato a especialista en Derecho Procesal Penal. Codirector: Jairo Alonso Amaya Ardila, Especialista en responsabilidad y daño resarcible y candidato a magister en Derecho con énfasis en derecho administrativo.

## ABSTRACT

**TITLE:** THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY AS A CRITERIA TO ANALYZE THE INSTITUTION OF BENEFITS AND CRIMINAL SUBROGATES IN LIGHT OF THE PURPOSE OF THE PENALTY AT THE TIME OF EXECUTION. \* 2

**AUTHORS:** CARLOS ENRIQUE MALDONADO RAMIREZ, CARLOS JAIR BARRERA CARREÑO

**KEY WORDS:** PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY, BENEFITS AND CRIMINAL SUBROGATES, PENALTY, END OF PENALTY.

**DESCRIPTION:** In this investigation, an analysis is made based on the principle of proportionality, as an argumentative structure, of the provision contained in subsection 2 of article 68A of Law 599 of 2000, using as a transversal criterion the ends of the sentence that operate at the time of its execution in accordance with the provisions of subsection 2 of article 4 of the Colombian Penal Code. The foregoing, in order to determine whether the rule under study meets the requirements established in the Political Constitution of Colombia, since the objective exclusion of benefits and criminal subrogations does not allow the judicial operator to carry out a more extensive analysis on the origin of the exclusion of these alternative mechanisms for the application of the penalty in each individual case.

In order to achieve the indicated objective, a dogmatic, jurisprudential and normative analysis is proposed regarding the justification of the sentence as an expression of the ius puniendi of the State, with special emphasis on the purposes that must be fulfilled at the time of its execution. Likewise, the institution of criminal benefits and surrogates will be addressed, in order to establish criteria to determine if its regulation in the Colombian legal system meets its nature that responds to resocializing and humanizing purposes of criminal law. Finally, based on the above, the principle of proportionality is applied in a broad sense to assess which of the principles in collision, human dignity and, coexistence and citizen security, should prevail within the framework of a social and democratic state of rights.

---

\* Degree work

\*\* Faculty of Human science. School of law and Political science. Director: Andrés Eduardo Gómez Alarcón – Especialista en derecho Administrativo y candidato a especialista en Derecho Procesal Penal. Codirector: Jairo Alonso Amaya Ardila, Especialista en responsabilidad y daño resarcible y candidato a magister en Derecho con énfasis en derecho administrativo.

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación aborda la exclusión de beneficios y subrogados penales, establecida en el artículo 68A de la Ley 599 del 2000, a partir de la estructura argumentativa propuesta por el principio de proporcionalidad en aras de determinar si dicha medida legislativa cumple con lo dispuesto en la Constitución Nacional, teniendo como criterio transversal los fines de la pena que operan al momento de su ejecución de conformidad con lo establecido en el inciso 2 del artículo 4 del Código Penal colombiano.

La importancia del asunto objeto de estudio, surge a partir de identificar que la exclusión de beneficios y subrogados penales no permite que estos mecanismos, enfocados a la consecución de fines resocializadores y de humanización del derecho penal, sean empleados bajo presupuestos válidos y legítimos constitucionalmente. Lo anterior, debido a que el legislador al regular la materia limitó de manera desproporcionada su aplicación, pues impide que los operadores judiciales realicen un análisis tendiente a determinar en qué casos estos mecanismos podrían ser concedidos en procura de garantizar el cumplimiento de los fines de la pena que operan en el momento de su ejecución.

Este tipo de exclusión de beneficios y subrogados penales no es novedosa en el ordenamiento jurídico colombiano, de hecho desde los inicios de la década de 1990, el legislador atendiendo a la cláusula general de competencia que le permitía un amplio margen de libertad de configuración normativa y como articulador de la política criminal, ha optado por limitar estos mecanismos, por ejemplo a través del artículo 15 de la Ley 40 de 1993; siendo posible en la actualidad, advertir su voluntad legislativa en leyes que desde el año 2007 han modificado el artículo 68A del código penal con la intención de limitar la posibilidad de que los operadores judiciales implemente este tipo de mecanismos.

Si bien a primera vista el inciso segundo del artículo 68A del Código Penal se encuentra dentro de los límites establecidos por la Constitución de 1991, luego de ser sometido a un análisis más detallado utilizando como eje hermenéutico los fines de la pena, se logran avizorar inconsistencias que exceden los límites establecidos en la constitución y el bloque de constitucionalidad. Es así como se torna necesario realizar un estudio más profundo de la situación jurídica planteada, en específico la que se presenta en el momento que el juez da aplicación a disposiciones como la del artículo 68A de la ley 599 del 2000 sin haber realizado un estudio detallado sobre todas aquellas circunstancias y características del caso.

Dicho lo anterior, es necesario precisar que el problema de investigación se desarrollará a partir de los siguientes tres ejes temáticos: el primero de ellos corresponde a al estudio de las teorías que han sido expuestas en torno a la justificación de las penas, sus fines y los límites que estas tienen en el ordenamiento jurídico colombiano; en el segundo, se desarrolla un estudio acerca de la institución de los beneficios y subrogados penales determinando las figuras jurídicas que lo componen, la relación que tiene con los fines de pena y las consecuencias generadas con la exclusión de este tipo mecanismos; y finalmente, en el tercero, se realiza una exposición del principio de proporcionalidad en aras de establecer cómo debe ser aplicado este principio y sus subprincipios para valorar la constitucionalidad de las normas penales.

Por último, se busca determinar si con la aplicación del principio de proporcionalidad, la exclusión objetiva de los beneficios y subrogados penales, contemplada en el artículo 68A de la Ley 599 del 2000, cumple con lo consagrado en la Constitución Nacional en atención a los fines de la pena señalados en el inciso 2 del artículo 4 del Código Penal colombiano o si por el contrario, se trata de una norma que no corresponde con las exigencias establecidas por la constitución nacional.

## **1. OBJETIVOS**

### **1.1. OBJETIVO GENERAL**

Analizar el principio de proporcionalidad como criterio para determinar la procedencia de la exclusión de beneficios y subrogados penales, en virtud de los fines de la pena que operan al momento de su ejecución.

### **1.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- I. Explicar el concepto de pena, sus fines y los límites que deben ser integrados a partir del momento de su ejecución de conformidad con los postulados de prevención especial y reinserción social establecidos en el inciso 2 del artículo 4 de la Ley 599 del 2000.
  
- II. Establecer las implicaciones de la exclusión establecida en el artículo 68A del Código Penal; y la relación entre los beneficios y subrogados penales con los fines de la pena de prevención especial y reinserción social del inciso 2 del artículo 4 de la Ley 599 del 2000.
  
- III. Desarrollar el principio de proporcionalidad y la relevancia de su aplicación en el momento de determinar la exclusión de beneficios y subrogados penales a la luz de los fines de la pena establecidos en el inciso 2 del artículo 4 de la Ley 599 del 2000.

## 2. CAPÍTULO I: LA PENA

### 2.1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El ser humano al ser un animal social ha diseñado un órgano, que denominó Estado, en aras de asegurar unos mínimos y así lograr vivir en sociedad. Así las cosas, consideró necesario crear leyes con la finalidad de establecer con claridad los límites autoimpuestos. Lo anterior, es descrito por Beccaría en los siguientes términos: “Las leyes son las condiciones con que los hombres aislados e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra, y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla”<sup>3</sup>.

Debido a lo anterior, el ser humano se vio en la obligación de dotar al Estado de poder punitivo con el fin de asegurar la vigencia de dichas normas. El referido poder es descrito por el tratadista Reyes Echandía así: “La punibilidad es, pues, un fenómeno jurídico que emana del Estado como reacción a comportamientos humanos que han sido elevados a la categoría de delitos o contravenciones y que se manifiesta en dos momentos: el legislativo, por medio del cual se crea la sanción y el judicial, que cumple la tarea de imponerla en concreto.”<sup>4</sup>

La punibilidad debe ser entendida entonces como una potestad en cabeza del Estado, la cual es otorgada por el soberano, con la finalidad de evitar que el derecho penal sea una mera enunciación normativa y dotarlo de fuerza vinculante.

---

<sup>3</sup> BECCARIA, Cesare. Tratado de los delitos y de las penas. España: Editorial Committee, 2015. P. 19. ISBN 978-84-89315-76-1.

<sup>4</sup> REYES ECHANDÍA, Alfonso. Obras Completas. Tomo III. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1998. P. 5. ISBN 958-35-0201-4.

El soberano, mediante el poder legislativo, ha señalado unos presupuestos que deben cumplirse antes de atribuir responsabilidad penal a un individuo determinado, estos según el artículo 9 de la Ley 599 del 2000, Código Penal colombiano, son: “Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.”<sup>5</sup>. Lo anterior, es necesario ya que el poder punitivo del Estado al ser construido de manera artificial y discursiva requiere una discusión con fines justificativos.

Así mismo, es necesario justificar la imposición de la pena ya que al ser impuesta a un miembro de la sociedad, que es un igual con quienes lo pretenden castigar, requiere que exista un acuerdo social que permita la existencia del poder punitivo y sus límites. Viñals y Fleming al respecto señalan:

La punición debe ser justificada, debiéndose asegurar que el mecanismo afiance las propias libertades de los miembros, que sólo puedan razonablemente perder parte de sus bienes a condición de que el resultado final les sea beneficioso, porque nadie consentirá el ejercicio de un poder autodestructivo. Esta doble justificación de la punición, que demanda de la autoridad la actuación dentro de una esfera de legitimidad de origen y de medida, es la que origina las diversas teorías sobre la ley penal.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599. (24, julio, 2000). Por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2000. No. 44097.

<sup>6</sup> FLEMING. Abel y LÓPEZ VIÑALS, Pablo. Las Penas. Buenos Aires: Editorial RUBINZAL – CULZONI EDITORES, 2009. P. 32.

Por lo referido, a continuación se abordará en primer lugar el concepto de pena para posteriormente analizar las diferentes teorías que se han planteado a fin de justificar su existencia.

## **2.2. CONCEPTO DE LA PENA**

A lo largo de la historia, diversos académicos han intentado construir un concepto que permita definir con claridad lo que debe entenderse por pena. Así las cosas, a continuación se hará referencia a las posturas asumidas por algunos autores que se han pronunciado al respecto. El tratadista Reyes Echandía señaló: “En sentido lato bien puede entenderse como pena el sufrimiento que se irroga a una persona por violación de un mandato; también suele considerarse como la reacción del grupo social contra el individuo que con su conducta reprochable amenaza o lesiona intereses valiosos de la comunidad.”<sup>7</sup> De igual manera, el jurista italiano Francesco Carrara concibe la pena como “el mal que, de conformidad con la ley del Estado infligen los jueces a los que han sido hallados culpables de un delito, siempre que se hayan observado las debidas formalidades”<sup>8</sup>. Por su parte, Grispingni afirma que la pena debe ser entendida como la “disminución de uno o más bienes jurídicos que los órganos jurisdiccionales competentes imponen al autor de un reato y mediante la cual se combate el peligro de nuevas infracciones”<sup>9</sup>. Los autores Antolisei y Maurach califican a la pena como criminal, el primero de ellos señala que la pena “es el sufrimiento conminado por la ley e irrogado por la autoridad judicial mediante proceso a quien viola un mandato de la misma ley”<sup>10</sup>. El segundo, piensa que la pena es: “la expresión de un juicio ético de disvalor, cuya razón de ser es el castigo

---

<sup>7</sup> REYES. Op. cit., P. 9.

<sup>8</sup> CARRARA, Francesco. Programa de derecho criminal, parte general. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2000. Vol. II. P. 34. ISBN 958-35-0270-7.

<sup>9</sup> REYES. Op. cit., P. 9.

<sup>10</sup> Ibid.

del hecho culpable que se concreta en una merma jurídica con efectos perdurables, aunque le reconoce fines de carácter preventivo”<sup>11</sup>. Sebastián Soler, en cambio, la define como “un mal amenazado primero, y luego impuesto al violador de un precepto legal, como retribución, consistente en la disminución de un bien jurídico, cuyo fin es evitar los delitos”.<sup>12</sup>

A partir de lo anterior, para los fines del presente trabajo la pena será entendida como la supresión o limitación de un derecho personal que el Estado, en ejercicio del poder punitivo otorgado por el soberano, impone a un sujeto imputable como resultado de un proceso penal que permite a un juez de la República declararlo responsable de la comisión de una conducta constitutiva de una infracción penal.

Así pues, tal y como lo señalan Fleming y López Viñals<sup>13</sup> la pena conceptualmente es una reacción que está reglada en el ordenamiento jurídico frente a algo que ya sucedió. Por ello, si bien el fundamento lógico para la imposición de una pena se encuentra en el pasado, resulta necesario determinar los efectos que debe producir la misma en el futuro.

### **2.3. TEORÍAS ABSOLUTAS Y RELATIVAS DE LA PENA**

Como se señaló en líneas precedentes, en atención a que la imposición de la pena recae sobre un individuo integrante de la comunidad, a lo largo de la historia se han presentado diversas teorías que han pretendido justificar y legitimar la violencia que la sociedad pretende ejercer sobre quien ha transgredido las normas impuestas por el soberano. Dichas teorías, puede ser clasificadas en dos grandes grupos.

---

<sup>11</sup> Ibid.

<sup>12</sup> SOLER, Sebastián. Derecho penal argentino. Buenos Aires: Editorial Tipográfica Editora Argentina S.A., 1992. Tomo II. P. 400. ISBN 950-521-067-1.

<sup>13</sup> FLEMING Y LÓPEZ. Op. cit., P. 63.

Las primeras, han recibido el nombre de teorías absolutas, ello por cuanto señalan que el fin de la pena se encuentra en sí misma. Por el contrario, las segundas han sido denominadas como teorías relativas al presentar a la pena como un medio para alcanzar un determinado fin.

Frente a lo anterior, Max Weber afirmó que la pena podía ser justificada a partir de dos criterios, los cuales son expresados por Fleming y Viñal así:

Por un lado, desde consideraciones basadas en la racionalidad instrumental, la cual atiende exclusivamente a los resultados esperados por la acción. Por otro lado, la acción social podrá considerarse también a partir de la racionalidad valorativa, desde la que se plantea la exigencia de que la acción se adecue a una serie de principios, los cuales se caracterizan por su independencia respecto a la satisfacción de resultados<sup>14</sup>.

Así las cosas, desde la referida perspectiva con la racionalidad instrumental se hace referencia a las teorías prevencionistas o relativas que fueron impulsadas por el filósofo alemán Ludwig Feuerbach, toda vez que estas persiguen fines utilitarios. En cambio, a partir de la racionalidad valorativa se justifican las teorías retribucionistas o absolutistas, las cuales fueron desarrolladas ampliamente por Kant y Hegel, ya que éstos procuran el logro de fines absolutos.

---

<sup>14</sup> Ibid., P. 60.

**2.3.1. Teorías absolutistas o retribucionistas.** Respecto a las teorías absolutistas el tratadista Alfonso Reyes Echandía<sup>15</sup> precisó que estas se caracterizan porque consideran que la pena tiene un fin en sí mismo, es decir, la conciben como una reacción natural frente a la comisión de un delito. Por lo anterior, es posible afirmar que, a la luz de estas teorías, la imposición de la pena no tiene un fin práctico sino que pretende realizar la justicia ya que mediante esta se restaura el derecho transgredido.

Debido a ello, es necesario referir que para las teorías retribucionistas la pena tiene como origen un hecho ocurrido en el pasado y pretende responder a este sin la finalidad de ser un instrumento para el logro de algún efecto positivo sobre la vida social. Viñals y Fleming afirman lo siguiente: “Las teorías absolutas, en consecuencia, legitiman la pena si ésta es justa. La pena necesaria, para estas teorías, será aquella que produzca al autor un mal (una disminución de sus derechos) que compense el mal que él ha causado libremente.”<sup>16</sup>

## **LA VISIÓN ÉTICO-RETRIBUTIVA DE LA PENA SEGÚN KANT**

Esta teoría absolutista plantea esencialmente que la pena es impuesta al delincuente porque este ha infringido las normas sociales, pero señala además que esta no debe ser utilizada como un medio para procurar el bienestar de otros. Así pues, se niega la posibilidad de equiparar al ser humano con un objeto que puede ser utilizado para satisfacer las necesidades de otros, ya que el delincuente, a pesar de haber quebrantado el ordenamiento jurídico, se encuentra protegido por su condición de ser persona y al serlo está dotado de dignidad y libertad. Al respecto, Kant señaló: “... los seres racionales están todos bajo la ley de que cada cual nunca

---

<sup>15</sup> REYES. Op. cit., P. 15.

<sup>16</sup> FLEMING Y LÓPEZ. Op. cit., P. 64.

debe tratarse a sí mismo ni tampoco a cualquier otro tan sólo como medio, sino siempre y al mismo tiempo como fin en sí mismo”<sup>17</sup>.

Mir Puig señala que la pena según Kant es un castigo merecido por el delincuente de acuerdo con exigencias de la justicia, de lo que se infiere que la sanción no aparece teniendo un fin en sí misma, sino que tiene la función suprema de realización de aquel valor. Ello, en atención a que no es lícito instrumentalizar al hombre en beneficio de la sociedad, ya que se sostiene que no sería éticamente admisible justificar el castigo de un delincuente en razones de utilidad social<sup>18</sup>.

Para Kant, según Fleming y Viñals<sup>19</sup>, la pena es un resultado mediato e incondicional de las acciones que son contrarias a las normas, y la misma pretende restablecer el ordenamiento jurídico. Al entender que el mal ocasionado por el delito ya no puede ser impedido o prevenido, resulta necesario que la pena tenga por finalidad realizar la justicia eliminando la perturbación que dicha acción ocasionó a la ley.

Para ilustrar lo referido en líneas precedentes, Kant plantea como ejemplo una hipotética disolución de la sociedad civil, señala que los habitantes de una isla deciden de forma unánime separarse y dispersarse por todo el mundo; en tal escenario Kant sostiene que dicha sociedad deberá primero ejecutar al último de los asesinos que se encuentre condenado ya que de no hacerlo se harían partícipes del daño público a la justicia.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> KANT, Immanuel. Fundamentación para una metafísica de las costumbres. Alianza editorial. P. 146. [en línea]. Tomado en: <http://pdfhumanidades.com/sites/default/files/apuntes/Kant%20-%20Fundamentacion%20para%20una%20Metafisica%20de%20las%20Costumbres%20-%20Trad.%20Rodr%C3%ADguez%20Aramayo.pdf>

<sup>18</sup> MIR PUIG. Santiago. Derecho Penal Parte General. Barcelona: Editorial Reppertor, 2016. P. 85.

<sup>19</sup> FLEMING Y LÓPEZ. Op. cit., P. P. 71-72.

<sup>20</sup> KANT, Immanuel. ORTS, CORTINA, Adela y SANCHO, Jesús. Metafísica de las costumbres. Madrid: Tecnos, 2005. P.P. 168 – 169 [en línea]. Tomado de:

Lo anterior, debe ser entendido a partir de la concepción Kantiana de la exaltación de la dignidad humana y la libertad. Esto es así, ya que la justicia es un valor para la vida de los seres humanos y al ser este mancillado se atenta contra la libertad y dignidad de los hombres integrantes de la comunidad.

Este célebre filósofo criticó ampliamente la utilización de la justicia penal como medio para satisfacer los intereses de otros y afirmó que, “cuando se renuncia a la justicia, carece de valor para los hombre la vida [...] ya que la justicia cesa de serlo cuando se vende por un precio”.<sup>21</sup> Por ello, uno de sus aportes más trascendentes en esta materia fue que sentó las bases de una discusión, que continúa en estos días, entorno a la relación entre los derechos humanos y la prevención.

Finalmente, debe señalarse que para el filósofo alemán la pena no es susceptible de atenuación alguna ya que como lo afirma el tratadista Reyes Echandía para Kant “la medida de la pena es igual con el mal que el delito produce y debe entenderse no como venganza, ni como satisfacción a la divinidad, sino como negación del delito para la reintegración del orden moral.”<sup>22</sup>

## **LA VISIÓN JURÍDICO-RETRIBUTIVA DE HEGEL**

Por su parte, Friedrich Hegel planteó que debido a que el delito, en cuanto afectación de determinados bienes protegidos por el ordenamiento jurídico, se concreta con anterioridad a la imposición de la pena está siempre resultaría incapaz de conjurar el daño ocasionado en la realidad. Este filósofo sostuvo que la pena, al

---

<https://losapuntesdefilosofia.files.wordpress.com/2017/09/kant-la-metafisica-de-las-costumbres-editorial-tecnos.pdf>

<sup>21</sup> FLEMING Y LÓPEZ. Op. cit., P. 73.

<sup>22</sup> REYES. Op. cit., P. 16.

estar incapacitada para reparar el daño externo producido por el delincuente al quebrantar el ordenamiento jurídico, tiene como fin:

[La] restitución en el plano de la superación dialéctica del delito, en cuanto lesiona el Derecho como Derecho. Esa lesión, concebida como la sustitución de una norma general que es el Derecho, por otra particular, que es el delito, busca en la pena un mecanismo reparador que estabiliza la vigencia de la norma; si el delincuente mata, además de quitar la vida y ocasionar un resultado en el plano de las percepciones sensoriales y de los bienes concretos, introduce en el plano de la convivencia social, desde un aporte aparentemente racional y voluntario, porque proviene de un ser libre, una propuesta normativa particular según la cual está permitido matar, y contra esa propuesta actúa el Derecho Penal reafirmando la vigencia de la norma general que con un sentido de justicia tutela los bienes jurídicamente valiosos.<sup>23</sup>

Así las cosas, Hegel plantea que la pena es un mecanismo creado por el Estado como medio para garantizar la vigencia del ordenamiento jurídico. Lo anterior, en atención a que un individuo integrante de una determinada comunidad ha propuesto con su acción una alternativa a lo señalado por la norma y como negación a ello, la sociedad en consecuencia afirma la ley a través de la imposición de una pena.

Al respecto, Sebastián Soler señala lo que se transcribe a continuación:

La conducta del delincuente es necesariamente contradictoria, pues el sujeto con su delito, afirma su propia libertad y niega la existencia de ella en los otros, como voluntad posible. El delincuente, al intentar la

---

<sup>23</sup> FLEMING Y LÓPEZ. Op. cit., P. 77.

destrucción del derecho, mediante la violenta negación del derecho de otros, erige la violencia en ley, y a ella sucumbe; en lo que se ve cuán irracional, y con ello cuán irreal, es su conducta. La pena es una especie de retorsión de la propia negación del derecho que el delincuente intentara; una voluntad racional, al querer la violación del derecho es como si quisiera la pena. Por eso, la pena aparece como la negación de la pretendida negación del derecho; es la demostración de su irrealidad y, con ello, el restablecimiento del imperio inatacable del derecho. De ahí su necesidad absoluta<sup>24</sup>.

Lo anterior, resulta sumamente trascendente ya que evidencia que para Hegel el derecho es la realización de la libertad del espíritu, por ello, esta teoría señala que el individuo que delinque pretende imponer su propia libertad, es decir, su derecho, negando con su acción la libertad de la comunidad social que se ve representada en el ordenamiento jurídico vigente. Bajo dicha premisa, la pena se justifica en la necesidad que impera en la sociedad de negar la negación que pretende realizar el delincuente frente a la realidad imperante y así lograr reafirmar las libertades pretendidas por la sociedad.

## **CRÍTICAS AL RETRIBUCIONISMO**

Señaladas las teorías retribucionistas, es necesario resaltar algunos aspectos relevantes a la hora de aplicarlas en la realidad social.

En primer lugar, se tiene que para el pensamiento retribucionista la pena no está sujeta a límites razonables, por ejemplo, para Kant la pena justa sería aquella que equivalga al daño irrogado por el delincuente inspirado por la ley del Talión. Debido

---

<sup>24</sup> SOLER. Op. cit., P.P. 375-376.

a ello, el poder punitivo del Estado podría ser ejercido incluso en situaciones en las que el castigo no sea necesario para el caso en concreto.

En segundo lugar, es importante poner de presente que estas teorías absolutas no contemplan la posibilidad de que mediante la ejecución de la pena se logre un fin político social que permita prevenir la delincuencia y evitar que otros individuos de la comunidad se inclinen a lesionar el ordenamiento jurídico, ello en atención a la máxima de que el individuo no ha de ser considerado nunca como un medio sino siempre como un fin.

Ahora bien, resulta oportuno analizar lo señalado por Fleming y Viñals al referirse a estas teorías en los siguientes términos: "...negamos categóricamente que en el retribucionismo haya una reacción ante la personalidad perversa del autor del delito, pues lo que se sienta con este tipo de doctrina es precisamente la base para la sanción de un hecho, en la más aislada consideración respecto de la personalidad del delincuente."<sup>25</sup>

De lo anterior, se extrae que efectivamente para las teorías retribucionistas lo sancionado no es el sujeto sino el hecho que tuvo lugar en la realidad social y que pretendió afectar al derecho, por ello, el fin de la pena no está orientado a la reinserción social del delincuente ni a la prevención de futuras conductas que alteren el sistema normativo de la sociedad. Esta postura, se cimenta, según los referidos autores<sup>26</sup>, en una concepción iusfilosófica que parte de aceptar al hombre como un sujeto digno y libre, razón por la cual la pretensión de considerar que la pena debe tener por finalidad someter al delincuente a un tratamiento medicinal para moldear su alma carece de fundamento, más aún cuando no hay estudios

---

<sup>25</sup> FLEMING Y LÓPEZ. Op. cit., P. 81.

<sup>26</sup> Ibid., P.P. 79-80.

científicos concluyentes que permitan señalar que determinados métodos resultan exitosos.

Sin embargo, es imperioso señalar que si bien que es cierto que en la realidad se presentan numerosas dificultades para determinar la influencia de los factores que inciden en la autodeterminación del sujeto que incurre en un delito, en un Estado Social y democrático de Derecho fundado en el respeto y garantía de la dignidad del ser humano, resulta indispensable que frente a las incertidumbres señaladas se opte por las que reconozcan al ser humano un status que reposa en la necesidad de respecto de su libertad y razón.

Lo referido anteriormente, se evidencia en los artículos 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que estos disponen lo siguiente:

3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.<sup>27</sup>

6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos. 1976. [en línea]. Tomado de:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/PACTO%20INTERNACIONAL%20DE%20DERECHOS%20CIVILES%20Y%20POLITICOS.php>

<sup>28</sup> ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana sobre Derechos Humanos. 1969. [en línea]. Tomado de:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/CONVENCION%20AMERICANA%20SOBRE%20DERECHOS%20HUMANOS.%20LEY%2016%20DE%201972.php>

No obstante, frente a esta postura también se presenta un inconveniente, ya que estas normas plantean que la dignidad humana exige aceptar al hombre como un ser libre y por tanto su conducta futura debe ser gobernada por su voluntad. Así las cosas, imponer al delincuente la obligación de someterse a un tratamiento impuesto coactivamente en el curso de la pena desconocería dicha dignidad. Por ello, Fleming y Viñals sostienen:

La libertad humana, que esos tratados se dedican a exaltar, es completamente incompatible con la pretensión de infundir, por modos y procedimientos terapéuticos compulsivos sobre el penado, determinados cambios en los modos de conducta venideros, máxime cuando [...] no se cuenta con bases científicas que permitan vaticinar tales conductas ni tampoco con los medios adecuados para intentar prevenirlas.<sup>29</sup>

## **EL NEO PROPORCIONALISMO**

Esta corriente surge en Europa y plantea una concepción moderna de la tesis retribucionista al darle un mayor contenido garantista. Ello se evidencia en que esta nueva postura relativiza la preocupación por incidir en el futuro y propone el logro de penas más justas para el destinatario, a quien se le sigue respetando su libertad de autodeterminarse<sup>30</sup>.

Así pues, el neo proporcionalismo no niega rotundamente la prevención especial, por el contrario la considera como un efecto razonable que puede surgir a partir de la imposición de la pena. Fleming y Viñals, al respecto señalan: “La imposición de

---

<sup>29</sup>FLEMING Y LÓPEZ. Op. cit., P.P. 84-85.

<sup>30</sup> Ibid., P. 90.

este mal que esencialmente es la sanción penal es una ocasión para quien lo sufre reflexione sobre lo inconveniente de su actitud transgresora.”<sup>31</sup>

Respecto a ello, Von Hirsch señaló que la represión que implica la imposición de una pena se realiza esperando del autor una reacción moral adecuada, la cual deberá instarlo a asumir el compromiso de respetar los derechos ajenos. Sin embargo, es imperioso insistir en que el reproche penal no debe convertirse en un mecanismo mediante el cual se incida inexorablemente en la personalidad del delincuente en aras de que este logre arraigar sentimientos contra el delito, lo que sí se espera es que la pena permita al autor obtener un espacio para reflexionar sobre su conducta<sup>32</sup>.

Así las cosas, para esta corriente de pensamiento las finalidades preventivas resultan ser una probabilidad pero no constituyen el fin principal de la pena.

**2.3.2. Teorías relativistas o prevencionistas.** Estas teorías, sostienen que la pena no puede ser concebida como un fin en sí mismo sino un medio para alcanzar otras metas encaminadas a prevenir la criminalidad, la rehabilitación del delincuente o la defensa de la sociedad<sup>33</sup>.

Aunado a ello, sostienen que si bien la pena es esencialmente un mal, de la imposición de esta deben producirse efectos útiles, por ello estas teorías han sido llamadas utilitaristas, ya que de no ser así su aplicación resultaría absurda e inhumana<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> Ibid.

<sup>32</sup> VON HIRSCH. Andrew. Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena, en Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo. España: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003. P. 125

<sup>33</sup> REYES. Op. cit., P. 17.

<sup>34</sup> FLEMING. Op. cit., P. 101.

Así las cosas, estas teorías plantean que el fin de la pena es la prevención de futuros actos que lesionen el ordenamiento jurídico. Dicha finalidad, puede ser perseguida de dos maneras. La primera de ellas, denominada prevención especial que consiste en la incidencia directa en el individuo que incurrió en una conducta jurídico penalmente relevante para que no vuelva a delinquir. Y, la segunda, denominada prevención general mediante la cual se conmina a la sociedad para que no lesione al Derecho.

La prevención especial, como se indicó, le asigna a la pena una influencia sobre el sujeto que delinque en aras de evitar su reincidencia. Fleming y Viñals<sup>35</sup>, informan que estas teorías procuran la consecución de este fin a través de la intimidación o recuperación social generada por los efectos de la pena que en el delincuente se ejecuta.

Por su parte, la prevención general tiene por objetivo actuar sobre el colectivo social, esto es logrado mediante la intimidación que genera la norma que contiene la pena, prevención general negativa, o por la imposición del castigo contemplado en un caso en concreto, prevención general positiva<sup>36</sup>.

## **LA TEORÍA DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL**

---

<sup>35</sup> Ibid., P. 102.

<sup>36</sup> Ibid.

Esta teoría fue propuesta por Stübel, y posteriormente fue desarrollada por Karl Von Grolman, quien basó sus planteamientos en la crítica de la doctrina desarrollada por Kant. Esta corriente de pensamiento centra su interés en el sujeto que cometió una conducta punible, por ello se desarrolla sobre las bases del Derecho Penal de autor, y sostiene que dicho individuo debe ser sometido a un tratamiento en el que la pena tiene por finalidad ser una medicina para su enfermedad, ya que es esta quien lo determina a delinquir<sup>37</sup>.

A partir de lo anterior, se tiene que para Von Grolman la pena expresa el derecho natural de defensa que ostenta la sociedad y por ello la pena pretende prevenir que ocurran futuras ofensas. Así las cosas, lo que justifica la pena es el alto grado de probabilidad de reincidencia del delincuente quien decidió satisfacer sus necesidades por sobre el respeto del derecho establecido<sup>38</sup>.

Pese a sus numerosos aportes, Von Grolman no llegó a introducirse en el análisis del concepto de resocialización. Este asunto fue desarrollado por Karl C. F. Krause, quien planteó que el delincuente era un ser que no lograba adecuar su personalidad en respeto de los otros y por ello lo consideró como un incapaz. En ese sentido, Krause sostuvo:

...en un ser racional, el origen del mal reside en una carencia o en una formación errónea, o en una corrupción en las actividades que regulan los procesos ligados, respectivamente, al conocimiento, a la sensibilidad y a la voluntad, funciones que interactúan de manera cambiante. Entonces se debe lograr estimular, aún forzándola, la voluntad hacia una determinación diferente, conforme a las exigencias ético-jurídicas.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> Ibid., P. 103.

<sup>38</sup> Ibid.

<sup>39</sup> Ibid., P. 104.

Dicho autor, sentó las bases de la resocialización y propuso un programa de cuatro fases para lograr dicho fin. La primera, era una etapa educativa que pretendía inculcar en el delincuente valores; la segunda, consistía en el aislamiento del sujeto de la sociedad y de los otros condenados; la tercera, propendía por la recuperación moral del delincuente siendo suficiente lograr en el respeto a la simple legalidad; y la cuarta, se encontraba orientada a conminar, incluso mediante el uso de la fuerza, al delincuente para que emplee sus energías en la realización de un bien<sup>40</sup>.

Frente a lo anterior, es oportuno indicar que en dicho escenario el juez, al momento de imponer la pena, tendría la facultad de privar de la libertad al delincuente por tiempo indeterminado; ya que, sólo cuando éste se encuentre recuperado estaría preparado para reincorporarse a la sociedad. Tal situación, en un Estado Social de Derecho no tendría cabida.

Pese a ello, debe indicarse que para Krause la pena debe ser concebida como algo bueno, a pesar de poder ser percibida por el delincuente como un mal, ya que su finalidad es hacer el bien.

Otro de los principales defensores de esta teoría fue Franz Von Liszt, quien se encargó de hacer hincapié en el carácter coactivo de la pena. Este jurista, consideraba que “la sanción, como mecanismo de influencia en la tendencia criminal del autor del delito, actuaba mediante la corrección, incentivando las potencialidades altruistas del sujeto, y por intimidación, haciéndolo sufrir para que no insistiera en su comportamiento antisocial que lo llevara a la reedición del sufrimiento.”<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> Ibid., P.P. 104-105.

<sup>41</sup> Ibid., P. 106.

Así pues, frente a los postulados planteados por estos autores, Roxín, quien en la actualidad es uno de los defensores de la doctrina de la prevención especial, sostiene que:

...el defecto más importante que puede achacarse al prevencionismo especial frente al retribucionismo es que, a diferencia de este último, no proporciona un baremo para la pena. Tamaña deficiencia tiene consecuencias de vasto alcance, que en lo esencial se pueden traducir en retener al sujeto afectado por la punición durante todo el tiempo que demande su resocialización, aún con prescindencia de la consideración de la naturaleza e importancia del delito cometido.<sup>42</sup>

Ello, implica que el ideal resocializador que se plantea como fin de la ejecución de la pena debe ser entendida como una obligación en cabeza del Estado encaminada a proporcionar al delincuente todas las condiciones necesarias para que este logre un desarrollo personal que permita su reinserción a la sociedad. Este asunto posteriormente se abordará ampliamente en el apartado que desarrolla los fines de la pena en el ordenamiento jurídico colombiano.

Finalmente, es oportuno indicar que aceptar la prevención especial no implica per se desconocer por completo los postulados del retribucionismo; ya que, estos son necesarios para legitimar la preservación de los valores que tutela el ordenamiento jurídico bajo el objetivo de alcanzar la justicia<sup>43</sup>.

## **LA TEORÍA DE LA PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA**

---

<sup>42</sup> ROXIN. Claus. Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Madrid: Editorial Civitas, 1997. P. 88. ISBN 84-470-0960-2.

<sup>43</sup> FLEMING. Op. cit., P. 110.

Esta teoría fue fundada por Ludwig Feuerbach y su premisa principal es que la pena no busca efectos positivos sino disuasivos<sup>44</sup>. Lo anterior implica, que la pena debe ser utilizada como un medio para contrarrestar la criminalidad latente en la sociedad; Mir Puig al respecto señala: “Antes de Feuerbach ello se confiaba sobre todo a la ejemplaridad de la ejecución -a menudo brutal- de la pena. El iniciador de la moderna ciencia penal alemana se fijó, en cambio, en otro momento: en el de la conminación penal en la ley.”<sup>45</sup>

Así pues, esta teoría propone lograr disuadir de la comisión de delitos, a los individuos que integran una sociedad, mediante la amenaza penal, finalidad lograda inicialmente por la ley; ya que, esta genera una coacción psicológica anterior al delito. Y, posteriormente, ratificada por la imposición de la pena contemplada. Esto, sin lugar a dudas, constituye un retroceso desde el punto de vista de Kant; toda vez, que instrumentaliza al hombre y desconoce su racionalidad al limitarlo a un ser que actúa con base a sus instintos primarios<sup>46</sup>.

Para entender adecuadamente los planteamientos desarrollados por Feuerbach es necesario precisar que tienen un punto de partida hobbesiano, lo que implica que concibe al Estado como una entidad que tiene por finalidad salvar al hombre de su prójimo, con quien convive en constante guerra; por lo cual, es imperativo que el Estado brinde seguridad a la sociedad mediante la garantía de los derechos y evitando la comisión de injurias<sup>47</sup>.

Por lo anterior, es oportuno poner de presente lo indicado por Fleming y Viñals, quienes al respecto señalan que: “La sanción penal es entonces, el medio que, para la preservación de la seguridad en la vida social, se encuentra como adecuado para

---

<sup>44</sup> Ibid., P. 112.

<sup>45</sup> MIR. Op. cit., P. 53.

<sup>46</sup> NAUCKE. Wolfgang; HASSEMER, Winfried y LÜDERSEN, Klaus. Principales problemas de la prevención general. Argentina: Editorial B de F Ltda, 2004. P. 25.

<sup>47</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Retribución y Prevención General. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007. P. 128

interferir en ese estado de cosas natural que presenta al hombre como predispuesto al delito por razones de orden natural...”<sup>48</sup>.

Sin embargo, esta teoría presenta algunos inconvenientes que a continuación se expondrán de manera breve. En primer lugar, se tiene que el criterio preventivo general es un riesgo al momento de determinar judicialmente la pena; ello, por cuanto supone el desplazamiento del delincuente hacia el plano de los objetos; ya que, es utilizado como un ejemplo para demostrarle a los demás individuos cuál es el fin que les espera si lo tratan de imitar.<sup>49</sup>

En segundo lugar, es notorio que en la sociedad actual los medios de comunicación son los únicos con la capacidad de llevar un mensaje a la conciencia general, por ello, lograr que una condena penal alcance la finalidad planteada por la prevención general dependerá de la corriente sensacionalista que promuevan dichos medios. Así las cosas, las sentencias penales usuales no tendrán la repercusión necesaria y las encuestas han señalado que el ciudadano común no cuenta con conocimientos mínimos sobre el modo en que funciona la jurisdicción penal<sup>50</sup>.

Por otra parte, la teoría de la prevención general negativa propone una técnica legislativa que promueve el terror penal y la venganza; ya que, al pretender lograr la intimidación se terminará optando por incrementar las penas a medida y en relación proporcional al aumento del delito<sup>51</sup>.

Como ejemplo de la situación planteada, Mir Puig señala:

---

<sup>48</sup> FLEMING. Op. cit., P. 115.

<sup>49</sup> Ibid., P. 117.

<sup>50</sup> Ibid., P. 118.

<sup>51</sup> Ibid., P. 8.

Piénsese en las consecuencias que una prevención general sin límites podría tener ante la actual realidad de la levísima sanción social contra el aborto y la enorme cifra oscura de este delito: la pena de este discutido delito sería, lógicamente, elevada en exceso para contrarrestar la falta de arraigo de la prohibición del aborto en la colectividad. Ello sería inadmisibles para un Derecho Penal democrático.

Por otra parte, los hechos reputados de máxima gravedad por la sociedad deberían ser objeto de penas de mínima cuantía, precisamente porque su gravedad, socialmente sancionada, constituye un eficaz freno que hace mucho menos necesario el recurso a la pena estatal.<sup>52</sup>

Finalmente, debe señalarse que la intimidación parte del conocimiento que los destinatarios tengan de la norma, y como es notorio esto es algo que rara vez ocurre en la práctica. Aunado a ello, el poco conocimiento que el ciudadano tiene de las normas en la mayoría de los casos es impartido por los medios de comunicación, quienes no en pocas oportunidades presentan conceptos erróneos; ello implica, que la norma finalmente no actúa de manera directa sobre sus destinatarios. Otro supuesto fundamental es que los destinatarios de la norma penal sean sujetos intimidables, lo cual, como se ha planteado en líneas precedentes, desconoce al hombre con un ser racional. Y, debe mencionarse que si la mayoría de los ciudadanos no delinquen no se debe a la intimidación producida por la pena, sino, por lo menos en los delitos que afectan los bienes jurídicos de mayor protección, en la existencia de convicciones morales arraigadas en los ciudadanos.<sup>53</sup>

## **TEORÍA DE LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA**

---

<sup>52</sup> MIR. Op. cit., P. 54.

<sup>53</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Los fines del derecho penal: Una aproximación desde la filosofía política. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2004. P.P. 38-39.

Por su parte, la teoría de la prevención general positiva propone que la sociedad, como cualquier otro organismo al que se ataca, tiene derecho a defenderse. Así pues, en atención a que el delito lesiona a la colectividad la pena es el mecanismo mediante el cual esta se defiende<sup>54</sup>. Sin embargo, a diferencia de la teoría de la prevención general negativa esta corriente de pensamiento le atribuye a la pena funciones pedagógicas.

Señalado lo anterior, debe indicarse que la función pedagógica de la pena gira en torno no al delincuente, sino, a la sociedad al ser considerada como un macrosujeto que padece la ofensa producida por el delito<sup>55</sup>.

Émile Durkheim fue quien sentó las bases de la prevención general positiva. Mediante sus estudios, desde el campo de la sociología, logró identificar que en la historia de la humanidad siempre han existido los delitos y los castigos, por ello, planteó que la criminalidad no constituía un fenómeno anormal y se propuso desentrañar los aportes que el delito agregaba al funcionamiento de la sociedad. Por lo anterior, sostuvo que el delito tenía la función de proponer un cambio, mientras que la pena era el mecanismo para restablecer la conciencia colectiva.<sup>56</sup>

Ahora bien, en el ámbito jurídico, la teoría de la prevención general positiva adoptó tres formulaciones diferentes, el fin ético-social; la integración social y la protección de la vigencia de la norma. A continuación se abordarán estas tres variantes.

## **FIN ÉTICO-SOCIAL**

---

<sup>54</sup> REYES. Op. cit., P. 22.

<sup>55</sup> FLEMING y LÓPEZ. Op. cit., P. 122.

<sup>56</sup> Ibid., P.P. 122-123.

Esta es la primera visión de la prevención general positiva y su principal exponente fue Hans Welzel. Esta versión sostiene que lo que debe ser protegido por la pena son los valores que se encuentran implícitos en las normas; ya que, estos establecen el orden social y contribuyen a la cohesión<sup>57</sup>.

Así pues, la pena tiene un contenido pedagógico orientado a la totalidad de la sociedad; toda vez que, a través de ello se fortalece el juicio moral de la comunidad al fomentar valor de actuar conforme al derecho<sup>58</sup>.

## **FIN DE INTEGRACIÓN**

Esta vertiente está ligada al pensamiento de Durkheim y sus exponentes más conocidos, aunque con profundas diferencias, fueron Streng, Müller-Dietz y Roxin.

Desde el fin de integración lo que se pretende proteger es la cohesión del organismo social; ya que, esta es considerada un bien en sí mismo<sup>59</sup>.

En aras de precisar adecuadamente esta visión es necesario iniciar señalando que en el funcionalismo, la sociedad no debe ser entendida como la unión de un conjunto de individuos, sino, como una estructura orgánica que se rige por sus propias normas y procura su propia supervivencia. Así, los procesos que tienen lugar en la sociedad son caracterizados bajo el binomio de lo funcional y disfuncional con relación a la estabilidad del sistema. A partir de aquello, el Derecho se erige como un instrumento de integración colectiva en torno al mantenimiento de valores en la conciencia de los individuos<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> ALCÁCER. Op. cit., P. 23.

<sup>58</sup> GONZALEZ RIGGIOLA. Ramiro A. La pena y los intentos de justificación. Las teorías de la pena y su problemática. P. 14.

<sup>59</sup> ALCÁCER. Op. cit., P. 23.

<sup>60</sup> Ibid., P.P. 76-77.

En dicho marco, se tiene que la función atribuida a la pena responde la necesidad de venganza que surge en la sociedad, ello con el fin de mantener la cohesión de la colectividad. Así las cosas, la medida de la pena será determinada, no por la gravedad de la lesión del bien protegido, sino por la intensidad de indignación de la comunidad en aras de lograr la pacificación colectiva. Al respecto resulta oportuno resaltar lo siguiente:

...afirma GEPHART que en DURKHEIM la pena es retribución. Pero no por la lesión de un bien jurídico, sino por la alteración de sentimientos profundamente enraizados en la vida de la comunidad, cuya estabilidad es la condición de la existencia de la solidaridad social. Por ello, el principio de proporcionalidad es establecido a partir de la equivalencia entre la intensidad de la alteración del orden emocional y su reacción retributiva<sup>61</sup>.

Por su parte, Roxin sostiene que si el fin de la pena es preventivo para su imposición no basta únicamente con la culpabilidad del autor; ya que, la pena también debe ser necesaria desde un punto de vista preventivo. Así las cosas, Roxin propone que la pena tiene tres finalidades. La primera, de orden didáctico en atención a que procura encaminar al delincuente a la observancia del Derecho; la segunda, de confianza por cuando pretende lograr la tranquilidad social en torno a la prevalencia del Derecho; y la tercera, es de satisfacción, ya que permite apaciguar la conciencia jurídica colectiva y logra dar por terminado el conflicto con el delincuente. Este autor no rechaza el fin de prevención especial, sino, por el contrario le asigna una importancia determinante al momento de individualización y ejecución de la pena, escenario en el que la limitación de los derechos del delincuente debe estar

---

<sup>61</sup> ALCÁCER. Op. cit., P. 81.

orientada a lograr su resocialización, y esto, darle un papel individual a la pena, ha llevado a que su teoría sea denominada prevención por vía de integración<sup>62</sup>.

## **FIN DE PROTECCIÓN A LA VIGENCIA DE LA NORMA**

Este fin de la pena es introducido por Jakobs a partir de la concepción sociológica de Luhmann, quien, a diferencia de las posturas referidas anteriormente, plantea una separación estricta entre el Derecho y la moral.

Así las cosas, el derecho no tiene por finalidad moral propender por la justicia y se sostiene que esto es una condición de la libertad. Lo anterior, lo lleva a rechazar toda función pedagógica del derecho. Para Luhmann, la norma no tiene por finalidad dirigir la actuación del ser humano y por tanto, la pena no sirve para prevenir conductas futuras, sino únicamente como expresión institucionalizada, establecida en la norma, y la estabilización y reafirmación de la vigencia de la expectativa de la norma, a través de la imposición de la sanción<sup>63</sup>.

En esta corriente de pensamiento, la pena lleva implícito un mensaje simbólico contrario al delito; ya que, mediante esta se niega la negación planteada por el delito y de esta manera se garantiza socialmente la vigencia de la norma que ha sido vulnerada<sup>64</sup>. Alcácer Guirao al respecto señala que la “misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una contradicción, que tiene lugar a costa del infractor, frente a la puesta en duda de la norma.”<sup>65</sup>

---

<sup>62</sup> FLEMING y LÓPEZ. Op. cit., P.P. 126-127.

<sup>63</sup> ALCÁCER. Op. cit., P.P. 90-91.

<sup>64</sup> FLEMING y LÓPEZ. Op. cit., P. 129.

<sup>65</sup> ALCÁCER. Op. cit., P. 93.

Si bien, como se señaló en líneas precedentes, esta teoría formalmente renuncia a la prevención de lesiones de bienes jurídicos, sigue siendo preventiva en atención a que está orientada funcionalmente al futuro. Al respecto, Jakobs señala: “...prevención general, porque pretende dirigirse un efecto en todos los ciudadanos; positiva, porque este efecto no se pretende que consista en miedo ante la pena, sino en una tranquilización en el sentido de que la norma está vigente, de que la vigencia de la norma, que se ha visto afectada por el hecho, ha vuelto a ser fortalecida por la pena.”<sup>66</sup>.

Así pues, es oportuno señalar que cómo lo afirmó Beccaria la leyes fueron creadas por los hombres como condiciones para vivir en sociedad; ya que, se encontraban fatigados de vivir en un estado constante de guerra y una libertad que a postre terminaba siendo inútil ante la incertidumbre de conservarla. Por ello, este autor sostuvo que estos hombres independientes decidieron sacrificar parte de su libertad en aras de gozar de la restante con seguridad y tranquilidad<sup>67</sup>.

En suma, para esta teoría la pena tiene por misión restablecer el estado de seguridad y tranquilidad en la sociedad; ya que, mediante esta se reafirma la vigencia de la norma. Jakobs afirma que el contenido y la función de la pena no pueden ser configurados con independencia del orden en que se pune. Así, se debe indicar que en un Estado social y democrático de Derecho, las normas deben ser el fruto de un procedimiento consensuado y deliberativo de decisión, y en ese sentido, la sanción penal no pretende generar consenso sobre la validez de las normas, sino, recordar la existencia de un previo consenso<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> JAKOBS, Günther. El principio de culpabilidad. España: Universidad Complutense de Madrid. 1992. P. 1074.

<sup>67</sup> BECCARIA. Op. cit., P. 19.

<sup>68</sup> ALCÁCER. Op. cit., P. 113.

Ahora bien, desde la perspectiva sistémico-funcionalista de Jakobs, el delito no constituye una lesión de un interés particular, sino, desde una perspectiva social: la acción delictiva merece la imposición de una pena porque ha quebrantado una norma poniendo en duda su vigencia en la sociedad. Así pues, en esta visión lo protegido no son los bienes jurídicos, sino, la vigencia de determinadas expectativas de conductas contempladas en normas jurídicas<sup>69</sup>. En este marco, cuando la sociedad pena, manifiesta que rehúsa el cambio propuesto por el delito y se mantiene en lo establecido por el legislador.

### **CRÍTICA A LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA**

En primer lugar, debe indicarse que esta teoría instrumentaliza al delincuente que sufre la pena, ya sea para integrar a la sociedad, para estabilizar la conciencia ético-jurídica o para satisfacer los instintos de venganza colectivos<sup>70</sup>.

En segundo lugar, estas teorías distorsionan el principio de culpabilidad como criterio para determinar la pena que debe ser impuesta al infractor de la norma penal. Esto se evidencia en que los parámetros de graduación pasan a ser determinados por los impulsos que conducen al delito, es decir, cuando se capture a una persona que ha cometido un hurto no se impondrá una pena en función de su culpabilidad, sino a partir de la necesidad de imponer un límite a una tendencia delictiva que amenaza con volverse general<sup>71</sup>.

Finalmente, ha de señalarse la siguiente crítica expuesta por Fleming y Viñals: “Hay aquí -por qué no decirlo- toda una manifestación del sentimiento de frustración de un Estado inepto en el plano preventivo, que intenta acudir a la ilusión de que el

---

<sup>69</sup> FLEMING y LÓPEZ. Op. cit., P. 129.

<sup>70</sup> Ibid., P. 132.

<sup>71</sup> Ibid.

castigo de unos pocos puede enmendar su negligente accionar tendiente a evitar el delito por medios valederos y efectivos<sup>72</sup>”.

**2.3.3. Las llamadas teorías de la unión.** Estas teorías pretenden unir las tres finalidades que fueron expuestas anteriormente, sostienen que la pena debe cumplir simultáneamente con las necesidades retributivas, de prevención general y especial; se trata de una propuesta que no busca una suma de ideas contradictorias sino que se orienta a que en la práctica la pena desarrolle estas funciones frente al delincuente y la sociedad en general<sup>73</sup>.

Por ello, para estas teorías el rol del juez es de vital importancia; toda vez que, al ser el encargado de individualizar la pena en la sentencia condenatoria, deberá hacer un esfuerzo para conciliar los fines de la pena y así avanzar hacia un mismo objetivo, circunstancia que da lugar a la arbitrariedad judicial. Sin embargo, es necesario indicar que el defecto más relevante de estas teorías de unión radica en que no plantean una regla funcional que permita conceder preferencia a una teoría o a otro cuando existe un conflicto<sup>74</sup>.

Por último, en este punto resulta oportuno poner de presente lo señalado por Fleming y Viñals:

Resta, por lo demás, un simple ejercicio de realismo para advertir que en los actuales contextos carcelarios no existe una relación positiva entre la pena -principalmente la privativa de libertad- y alguna clase de efecto preventivo especial; la única prevención especial que podemos constatar es la que deriva del propio encierro, mientras éste se mantiene, pero parece que estamos cada vez más proclives a aceptar que, como lo

---

<sup>72</sup> Ibid., P. 133.

<sup>73</sup> Ibid., P. 143.

<sup>74</sup> Ibid., P.P. 144-145.

intuye la conciencia popular, las instituciones penitenciarias son verdaderas escuelas del delito.<sup>75</sup>

## **LA TEORÍA UNIFICADORA PREVENTIVA**

Esta postura es desarrollada por Roxin quien sostiene que toda teoría defendible en la actualidad debe otorgarle un fin preventivo a la pena. Ello, por cuanto la pena solo se justifica cuando con ella se procura la protección de la libertad individual y un orden social establecido<sup>76</sup>.

Con relación al eventual conflicto entre la prevención general y especial, en el escenario en que ambos fines exijan una cuantía diferente de pena, Roxin afirma que estos fines deberán ser sopesados y ponerlos en un orden de prelación, y en ello tendrá preferencia la prevención especial<sup>77</sup>.

Es importante señalar que Claus Roxin descarta en una teoría de unificación la visión retribucionista de la pena; al respecto indica que: "...toda pena es una intervención coercitiva del Estado y una carga para el condenado en cuanto es inherente a ella un elemento represivo, pero ello no radica en un carácter retributivo de la pena conforme a su esencia, sino en que sus irrenunciables componentes de finalidad preventivo general se frustrarían si motivaran a la comisión de hechos delictivos en vez de su omisión."<sup>78</sup>

Por otra parte, respecto al principio de culpabilidad Roxin sostiene que este resulta ser el medio más liberal y socialmente propicio para restringir la coerción penal. Lo anterior, en atención a que la culpabilidad presupone en el sujeto la libertad de

---

<sup>75</sup> Ibid., P. 145-146.

<sup>76</sup> Ibid., P. 148.

<sup>77</sup> Ibid., P. 149.

<sup>78</sup> Ibid., P. 150.

determinar su comportamiento. Por ello, señala que en atención a que el grado de culpabilidad se encuentra determinado por factores internos al delincuente y al tener en cuenta los daños ocasionados, resulta posible contraponer las exigencias preventivas establecidas por la sociedad. Así las cosas, si bien la sensación de justicia contribuye a la estabilización de la justicia jurídico-penal esta exige que nadie sea castigado más duramente de lo que merece, y la pena merecida será aquella que esté acorde con la culpabilidad. Esto resulta relevante porque abre la posibilidad a que la cuantía de la pena sea inferior a la medida de la culpabilidad si con ella se logra el fin preventivo, lo cual constituye una diferencia sustancial con respecto a la teoría de la retribución <sup>79</sup>.

## **2.4. CARACTERÍSTICAS DE LA PENA**

La doctrina señala seis características fundamentales de la institución jurídica de la pena. Estas son: legalidad, proporcionalidad, individualidad, irrevocabilidad, aflictividad y publicidad.

### **LEGALIDAD**

Esta característica comprende cuatro aspectos fundamentales. El primero de ellos, radica en que la imposición de una pena debe estar precedida por su existencia en una norma válida, anterior a la fecha de la comisión del delito, que la determine cuantitativa y cualitativamente. El segundo, indica que la pena debe ser impuesta por el funcionario competente señalado por la ley. El tercero, señala que la imposición de una pena debe respetar el debido proceso, cumpliendo a cabalidad con las garantías contempladas para el procesado por el ordenamiento jurídico. Y, finalmente, el cuarto aspecto hace referencia al principio de favorabilidad, el cual

---

<sup>79</sup> Ibid., P. 151.

señala que el condenado tiene derecho a recibir la pena más favorable, contemplada en la ley, así haya sido expedida y entrado en vigencia con posterioridad a la comisión del delito<sup>80</sup>.

Al respecto es oportuno indicar que esta característica está consagrada plenamente en el ordenamiento jurídico nacional; ya que, el artículo 29 de la Constitución política señala lo siguiente:

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso<sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> REYES. Op. cit., P.P. 30-31.

<sup>81</sup> Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política. (20, julio, 1991). Gaceta Constitucional No. 116.

## **PROPORCIONALIDAD**

Respecto a esta característica se ahondará en el capítulo tercero, sin embargo, en este punto resulta oportuno hacer algunas precisiones preliminares. Así las cosas, debe indicarse que el tratadista Reyes Echandía<sup>82</sup> al respecto señala que la pena debe ser proporcional al delito o contravención que se haya cometido y a la personalidad del responsable. Así pues, en cuanto al delito la pena será proporcional si en su imposición se tienen en cuenta la gravedad o levedad de la infracción, el grado de importancia del bien jurídico tutelado y la magnitud de la lesión irrogada al sujeto pasivo de la conducta delictiva. Dicha proporcionalidad puede ser cuantitativa o cualitativa.

Y, con relación a la personalidad del responsable, la pena es proporcional cuando se ajusta a las características personales de su destinatario, ello, en atención a que uno de sus fines es evitar la reincidencia del sujeto que incurrió en un delito a través del empleo de mecanismos preventivos y represivos que tenga en cuenta la personalidad de cada ser humano.

## **INDIVIDUALIDAD**

Esta característica señala que la pena sólo debe afectar al autor del delito; ya que, no debe ser impuesta a un sujeto diferente a este. Sin embargo, en la realidad esta característica es relativa por cuanto, si bien la pena se impone a quien fue condenado como resultado de un proceso penal, sus efectos nocivos irradian a las

---

<sup>82</sup> REYES. Op. cit., P. 32.

personas inocentes que rodean al reo ya sea por relaciones familiares, políticas o afectivas<sup>83</sup>.

Ahora bien, resulta pertinente señalar que frente a esta característica se ha discutido su oposición frente al principio de igualdad ante la ley penal; ya que, al plantearse la individualidad de la pena está no podrá ser igual para todos los delincuentes. Al respecto, se debe indicar que esta oposición es aparente, ello, por cuanto el principio de igualdad implica que la pena prevista para una infracción legalmente prevista no debe experimentar variaciones en razón a la edad, el sexo, la profesión, las condiciones sociales, económicas, políticas o religiosas del delincuente, a menos que la ley lo haya previsto; en cambio, la individualidad de la pena hace referencia a que al momento de imponer la pena el operador judicial debe adecuar la cantidad y calidad de la misma de acuerdo a los factores legalmente previstos, como las circunstancias de agravación o atenuación punitivas, según las condiciones personales de quien es condenado tales como sus antecedentes penales, su posición social, económica o cultural, entre otras. En otras palabras, el principio de igualdad se manifiesta en la instancia legislativa y la individualidad, como la proporcionalidad, en las instancias judiciales y penitenciaria<sup>84</sup>

## **IRREVOCABILIDAD O CERTEZA**

Esta característica se fundamenta en la seguridad jurídica, lo que implica que cuando el legislador establece que ante la infracción de una disposición normativa el infractor recibirá una pena, esta debe ser impuesta y ejecutada ineludiblemente<sup>85</sup>.

Al respecto Carrara afirmó: "...la certeza que aquí se habla no es la de hecho, que resulta del aumento de probabilidades para descubrir el delito, porque esto atañe a

---

<sup>83</sup> Ibid., P. 33.

<sup>84</sup> Ibid.

<sup>85</sup> Ibid., P. 34.

los ordenamientos procesales y de policía judicial, sino que es, en cambio, la certeza legal, o sea, que la ley no admite medios para evadirse de la pena cuando se ha incurrido en ella y se ha reconocido la delincuencia”<sup>86</sup>.

Por ello, esta característica de la pena es la que mayor efecto intimidatorio tiene sobre los destinatarios de la norma penal; ya que, al asegurarse el cumplimiento de la disposición los potenciales delincuentes se abstendrán en mayor medida de incurrir en una conducta punible. Ello, por cuanto la experiencia ha demostrado que el aumento de la drasticidad punitiva y la disminución de garantías procesales no ha arrojado los resultados esperados; de hecho, ha motivado a los delincuentes a especializarse aún más en la ejecución del ilícito penal y en la evasión de la justicia<sup>87</sup>.

## **AFLICTIVIDAD**

Respecto a esta característica es imperioso precisar en primer lugar que si bien el sufrimiento al reo no es uno de los fines de la pena, no puede desconocerse que mediante la imposición de la misma sí se le irroga un mal.

Sin embargo, dicho mal o aflictividad no debe ser excesivo ya que de serlo propiciaría nueva delincuencia, esto ocurre en los Estados, como Colombia, que vulneran los derechos fundamentales de los condenados al no contar con un sistema penitenciario que permita la consecución efectiva de los fines de la pena al momento de su ejecución<sup>88</sup>.

## **PUBLICIDAD**

---

<sup>86</sup> CARRARA. Op. cit., P. 34.

<sup>87</sup> REYES. Op. cit., P. 34.

<sup>88</sup> Ibid., P. 35.

Finalmente, esta característica impone que la pena establecida en la ley pueda ser conocida por sus destinatarios, y que aquellos puedan constatar que frente a una eventual conducta punible el aparato estatal desarrollará su actividad de conformidad a los señalamientos legales. Lo anterior, en aras de permitir a la sociedad tener la seguridad de que el Estado salvaguarda los intereses jurídicos tutelados como lo indica la ley y por tanto los delincuentes son sancionados en debida forma<sup>89</sup>.

## **2.5. CLASIFICACIÓN**

La doctrina ha clasificado las penas en cuatro categorías, a saber: de acuerdo a su importancia, con la forma de aplicación, el derecho afectado y su duración. No obstante, para los fines requeridos, se abordarán únicamente las categorías: según su importancia, la forma de aplicación y respecto al derecho afectado se realizarán algunas consideraciones relacionadas con las penas privativas de la libertad.

### **DE ACUERDO CON SU IMPORTANCIA**

#### **PRINCIPALES Y ACCESORIAS**

Respecto a esta categoría, debe indicarse que se encuentra consagrada en los artículos 34 y 35 de la Ley 599 del 2000. La Corte Constitucional en la sentencia C-328 del 2016 definió las penas principales y accesorias de la siguiente manera:

Principales: son aquellas determinadas en cada tipo penal como consecuencia punitiva específica de la conducta definida como punible,

---

<sup>89</sup> Ibid.

es decir, el tipo penal las define como tal y se aplican de forma autónoma e independiente, sin sujetarse a otras. En esta categoría se encuentran la pena privativa de la libertad, penas pecuniarias y las privativas de otros derechos. La pena de prisión es una restricción al ejercicio de la libertad personal por parte de quien la padece [...] Por su parte, las penas pecuniarias están representadas por la pena de multa, definida como la obligación de pagar determinada cantidad de dinero, no con finalidad de resarcimiento o indemnización, sino como una consecuencia jurídica de la realización de una conducta punible que presenta las características y funciones de la sanción penal. Las penas accesorias privativas de otros derechos son aquellas específicamente determinadas en la Parte General del Código y entre las cuales se encuentran: a) inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas; b) la pérdida del empleo o cargo público; c) la privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas; d) la expulsión del territorio nacional para los extranjeros, entre otros<sup>90</sup>.

Así pues, resta por señalar sobre esta categoría que las penas accesorias son complementarias a las penas principales, y su aplicación puede ser simultánea o sucesiva respecto a estas<sup>91</sup>.

## **DE ACUERDO CON SU FORMA DE APLICACIÓN**

---

<sup>90</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-328. [en línea]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-328-16.htm>

<sup>91</sup> REYES. Op. cit., P. 36.

## SIMPLES O COMPUESTAS

En esta categoría se agrupan las penas según la cantidad que de estas contemple la norma. Así las cosas, serán simples aquellas que frente a una infracción penal tienen prevista una única pena y compuestas las que señalen varias.

Ahora bien, con relación a las compuestas según su aplicación reciben en nombre de copulativas, alternativas o facultativas. Las primeras, son aquellas que deben aplicarse de manera conjunta, es decir, el juez debe imponerlas todas. Las segundas, se presentan cuando el juez tiene la facultad de escoger entre las que la norma señala; así pues, este deberá imponer la que considere conveniente; esta alternatividad puede implicar penas homogéneas, cuando son de una misma especie, o heterogéneas, si son de distinta especie. Las terceras, por su parte, corresponden a aquellas penas entre las que el juez puede elegir, una vez ha impuesto una con carácter obligatorio, en general se tratan de penas accesorias<sup>92</sup>.

## DE ACUERDO CON EL DERECHO AFECTADO

Desde este punto de vista, las penas pueden ser extintivas, corporales, infames, privativas de la libertad, restrictivas, interdictivas y pecuniarias. Sin embargo, para los fines requeridos de la presente investigación se abordarán únicamente las privativas de la libertad.

## PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD

---

<sup>92</sup> Ibid., P. 37.

Como su nombre lo indica, estas penas son aquellas que suprimen temporal o indefinidamente la libertad personal de quien es condenado, mediante su reclusión en establecimientos especiales, lo cual implica limitar el ejercicio de sus derechos individuales, políticos y civiles<sup>93</sup>.

Así las cosas, en la doctrina hay quienes afirman que esta pena es el mejor medio de protección social; esto, por cuanto permite segregar al delincuente de la sociedad logrando con ello impedir que el condenado genere más daños. Así mismo, sus partidarios sostienen que mediante esta pena se logra rehabilitar al delincuente mediante el trabajo y el estudio; y sostienen que al menos por el temor de volver a recibir la imposición de esta se consigue evitar la reincidencia. Por otra parte, sus detractores la critican por:

...su regresivo sabor a castigo en razón del encerramiento físico que envuelve; por la esterilizante rutina de la vida carcelaria; por el pasivo sometimiento a una disciplina que automatiza en vez de preparar para la vida de relación; por las perturbaciones biopsicológicas que genera (psicosis carcelaria, aberraciones sexuales, angustia); porque en una atmósfera artificial de pérdida de la libertad se debilita la capacidad de autorregulación; porque en vez de evitar delincuencia futura prepara al reo para nuevas formas de reincidencia; porque pretende resocializar mediante el mecanismo ilógico de separar de la sociedad al condenado<sup>94</sup>.

De igual manera, es imperioso poner de presente lo señalado por el tratadista Reyes Echandía; ya que, este autor plantea lo siguiente:

---

<sup>93</sup> Ibid., P. 47.

<sup>94</sup> Ibid., P. 48.

...la falla fundamental de las penas privativas de la libertad radica en que se imponen por razones jurídicas y no personales. Nos explicamos; lo que decide legal y judicialmente su aplicación es la naturaleza del delito cometido, su mayor o menor gravedad, a tiempo que todo el sistema penitenciario está montado sobre relaciones interpersonales (autoridades carcelarias-condenados y la de cada uno de estos entre sí) que parten del supuesto de que el mecanismo de la pérdida de la libertad personal es necesario para lograr los fines de la pena en relación con todos los sujetos que allí entran, cuando la realidad experimental de varios siglos ha demostrado inequívocamente que hay delincuentes (su cantidad no interesa, aunque parece ser muy considerable) respecto de los cuales la privación de su libertad es mecanismo contraproducente para alcanzar los objetivos generalmente aceptados por la pena.<sup>95</sup>

Así las cosas, si bien la privación de la libertad del delincuente ha sido utilizada como el medio más “eficaz” para la alcanzar los fines de la pena, en la actualidad se discute precisamente esto por cuanto los resultados que se evidencian en la sociedad indican la necesidad de encontrar mecanismos alternativos que permitan alcanzar los fines de prevención especial y reinserción social. Esta realidad ha sido constatada por la Corte Constitucional quien a través de la sentencia T-762 de 2015 reiteró el estado de cosas inconstitucional, en el sistema penitenciario y carcelario del país, el cual ya había sido declarado mediante providencia T-388 del 2013; y en el numeral tercero de dicha decisión esta Corporación declaró lo siguiente: “la política criminal colombiana ha sido reactiva, populista, poco reflexiva, volátil, incoherente y subordinada a la política de seguridad. Así mismo, que el manejo histórico de la política criminal en el país, ha contribuido a perpetuar la violación

---

<sup>95</sup> Ibid. P. P. 48-49.

masiva de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, e impide, en la actualidad, lograr el fin resocializador de la pena<sup>96</sup>”.

Lo anterior, permite identificar que el sistema penitenciario y carcelario colombiano es un escenario en el cual los detenidos se encuentran en condiciones inhumanas las cuales diariamente cobran vidas y que vulneran el principio de la dignidad humana. Así las cosas, se hace imperioso realizar un replanteamiento de la política criminal que rige nuestro país, asunto que sin lugar a dudas implica una discusión entorno a los fines de la pena<sup>97</sup>.

## **2.6. LAS FUNCIONES DE LA PENA EN EL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO Y SU TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL**

El legislador colombiano, en el artículo 4 de la Ley 599 del 2000 señaló cuáles son las funciones de la pena, esta disposición señala lo que se transcribe a continuación: “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<sup>98</sup>.”

Sin embargo, resulta oportuno precisar si lo establecido por el legislador encuentra asideros en la Constitución Política de Colombia. Al respecto, es necesario partir de que en el articulado del texto constitucional nacional no se establecen de forma

---

<sup>96</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-762. [en línea]. Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>

<sup>97</sup> POSADA PUERTA, María Fernanda. Fines de la pena y derecho a la reinserción social en el sistema constitucional. Medellín: Universidad EAFIT, 2016. P. 20

<sup>98</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 del 2000. De las normas rectoras de la ley penal colombiana.

expresa los fines de la pena, como sí lo consagra por ejemplo la Constitución Española en su artículo 25.2; no obstante, debe indicarse que sí contiene elementos que permiten establecer unos límites a la libertad de configuración legislativa con relación a este asunto.

Así las cosas, en primer término ha de ponerse de presente que la Corte Constitucional se ha pronunciado en numerosas oportunidades respecto a los fines de la pena; sin embargo, se analizará si mediante estos pronunciamientos es posible identificar los límites a la libertad de configuración legislativa sobre esta materia. Por ello, a continuación se expondrán algunas decisiones que han abordado los fines de la pena en el ordenamiento jurídico nacional.

En la sentencia C-565 de 1993, la Corte estudió una demanda contra los artículos 1, 28, 29, 30 y 31 -todos parcialmente- de la Ley 40 de 1993 "por la cual se adopta el Estatuto Nacional contra el Secuestro y se dictan otras disposiciones"; ya que, mediante estas disposiciones se estableció como pena máxima, para los delitos de secuestro y homicidio, 60 años de prisión; y fundamentó su constitucionalidad en el fin preventivo de la pena. Al respecto, el Alto Tribunal Constitucional indicó:

En el modelo de Estado social y democrático de derecho del cual parte nuestro sistema político, según el artículo 1o. de la Constitución Nacional y, por tanto, jurídico, la pena ha de cumplir una misión política de regulación activa de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de los bienes jurídicos de los ciudadanos. Ello supone la necesidad de conferir a la pena la función de prevención de los hechos y delitos que atenten contra estos bienes<sup>99</sup>.

---

<sup>99</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-565 de 1993. [en línea]. Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-565-93.htm>

Aunado a ello, en esta decisión la Corte adopta la idea de justificación dinámica del castigo, expuesta por el jurista Claus Roxin, la cual fue acogida en numerosas sentencias<sup>100</sup>, y la describe en los siguientes términos:

La función de la pena debe examinarse en el momento estático de su descripción legislativa y en el dinámico de su efectiva aplicación. En el primero, la pena cumple una función preventiva (para que los asociados se abstengan de realizar el comportamiento delictivo so pena de incurrir en la imposición de sanciones), mientras en la segunda, la potestad punitiva del Estado se hace presente mediante la imposición de la pena en concreto, con la represión que implica castigar efectivamente, con el rigor requerido, aquellos delitos abominables<sup>101</sup>.

Sin embargo, de esta decisión es importante resaltar que en el salvamento de voto realizado por los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero se hace hincapié en que la sala plena incurrió en un yerro en su enfoque conceptual; ya que, afirman que en la Constitución no puede encontrarse un visión sustancialista del derecho penal, al afirmar lo anterior se estaría señalando que la drasticidad de la norma acusada corresponde a una preconfiguración de las penas deducible de la Carta Política. Por su parte, los magistrados afirmaron que si bien tanto en materia sustantiva como procedimental, la Constitución incorpora preceptos y enuncia valores y postulados, los cuales inciden en el derecho penal, no debe desconocerse que el legislador cuenta con un espacio relativamente autónomo a pesar de la constitucionalización del derecho. Aunado a ello señalaron:

---

<sup>100</sup> Tales como la C-261 de 1996, C-430 de 1996, C-1112 del 2000 y C-806 de 2002, entre otras.

<sup>101</sup> Ibid.

En materia de la pena, de la Constitución puede derivarse la necesidad de que ésta obedezca a un criterio de proporcionalidad y subsidiariedad y que, en ningún caso, se configure un exceso punitivo proscrito (CP arts. 12 y 34). Por lo demás, a través del procedimiento democrático de adopción de las leyes, el Estado tipifica las conductas prohibidas y fija las condignas sanciones (principio de legalidad de la pena) y en este quehacer histórico acoge y abandona distintas y sucesivas filosofías punitivas, que pueden ser más o menos drásticas e incluso llegar hasta la "despenalización". El control constitucional, en este caso, es más un control de límites de la competencia del legislador que un examen puntual sobre la entidad intrínseca de una determinada pena, para lo cual sólo se dispondría de referentes constitucionales muy genéricos - básicamente los relacionados con el exceso punitivo<sup>102</sup>.

La anterior postura, fue acogida por la Corte Constitucional en numerosas decisiones<sup>103</sup>, entre las cuales se encuentra la C-609 de 1996, que al respecto indicó:

...ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados - particularmente en el campo de los

---

<sup>102</sup> Ibid.

<sup>103</sup> Dentro de las que se destacan las siguientes: Sentencia C-013 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Sentencia C-083 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo. Sentencia. Sentencia C- 148 de 2005 M.P. Álvaro Tafur Galvis. Sentencia C-475 de 2005 M.P. Álvaro Tafur Galvis. Y sentencia C-425 de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

derechos fundamentales - que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Pero lo anterior no implica que la Constitución haya definido de una vez por todas, el derecho penal, puesto que el Legislador, obviamente dentro de los marcos fijados por la propia Carta, tiene ante sí un espacio relativamente autónomo, caracterizado, a su turno, por unos valores, presupuestos y finalidades propios, pese a su acentuado grado de constitucionalización. Así, a través del procedimiento democrático de adopción de las leyes, el Estado tipifica las conductas prohibidas y fija las condignas sanciones (principio de legalidad de la pena) e igualmente modifica el procedimiento, y en este quehacer histórico acoge y abandona distintas y sucesivas filosofías punitivas, que pueden ser más o menos drásticas, según el propio Legislador lo considere políticamente necesario y conveniente, por lo cual, dentro de ciertos límites son posibles entonces diferentes desarrollos de la política criminal y del proceso penal<sup>104</sup>.

Así las cosas, se tiene que la Honorable Corte Constitucional ha precisado que no existen fines de la pena señalados en la Constitución nacional, por lo cual, aparentemente el legislador nacional tiene plena libertad de configuración normativa en dicho tema. Sin embargo, como también lo señalan las decisiones expuestas, el derecho penal se encuentra ampliamente constitucionalizado, razón por la cual el

---

<sup>104</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. C-609 de 1996. [en línea]. Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-609-96.htm>

legislador nacional deberá incorporar los preceptos constitucionales en la construcción de la política criminal<sup>105</sup>.

Ahora bien, con relación a lo señalado anteriormente, debe realizarse una anotación especial; si bien del texto constitucional en primera medida no posible derivar los fines que ha de tener la pena dentro del ordenamiento jurídico Nacional, la Corte Constitucional mediante providencia C-430 de 1996 indicó:

La pena tiene en nuestro sistema jurídico un fin preventivo, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones; un fin retributivo, que se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena, y un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma, de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas<sup>106</sup>.

Así las cosas, se tiene que en virtud del artículo 93 de la Constitución Nacional, se han incorporado al texto superior el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, mediante la Ley 74 de 1968, y La Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada por la Ley 16 de 1972. La primera de ellas, en su artículo 10 numeral 3 establece lo siguiente: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados...”<sup>107</sup>. La segunda, en su artículo 5 numeral 6 consagra: “Las penas

---

<sup>105</sup> POSADA. Op. cit., P. 20.

<sup>106</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-565. Op. cit.

<sup>107</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 74 de 1968. [en línea]. Disponible en: [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley\\_0074\\_1968.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0074_1968.htm)

privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.”<sup>108</sup>

Al respecto, es imperioso hacer hincapié en que estas normas se vinculan al ordenamiento jurídico y cumplen una función integradora, así pues, constituyen “...verdaderos límites al legislador en su libertad de configuración y habrán de ser tenidos en cuenta al momento de realizar el control de constitucionalidad sobre las normas penales y de manera específica aquellas que se refieren al quantum de las penas, a los subrogados penales, y en general, a aquellas instituciones del derecho penal encaminadas a lograr la reinserción social del condenado.”<sup>109</sup>

Pese a ello, se sostiene que estas normas internacionales, a pesar de integrar el bloque de constitucionalidad, por sí solas no consagran un fin del castigo para el ordenamiento jurídico colombiano, pues como lo señaló la Corte Constitucional “en ningún caso la disposición internacional constituye un referente autónomo para el control constitucional, por cuanto la integración normativa debe partir de una interpretación armónica, teleológica y sistemática de la Carta Política en su conjunto.”<sup>110</sup>

Ahora bien, la Carta Política Nacional consagra numerosos principios que orientan y limitan el poder legislativo en torno al diseño de la política criminal del Estado, tales como la prohibición de la pena de muerte, artículo 11 CN; la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes, artículo 12 CN; la esclavitud, artículo 17 CN y el destierro, la prisión perpetua o la confiscación, artículo 34 CN. Así mismo, existen

---

<sup>108</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 16 de 1972. [en línea]. Disponible en: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=37204&dt=S>

<sup>109</sup> POSADA. Op. cit., P.P. 24 y 25.

<sup>110</sup> COLOMBIA. CORTE CONSITUCIONAL. Sentencia C – 488 de 1996. [en línea]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-488-09.htm>

otros límites que se derivan del consenso social sobre lo que representa el Estado Social y Democrático de Derecho.

Así pues, en la sentencia C-070 de 1996 la Corte Constitucional estableció:

El Estado Social de derecho, donde la dignidad humana ocupa un lugar de primer orden, sustrae del amplio margen de libertad legislativa para la configuración del ordenamiento penal, la facultad de fijar cualquier pena con independencia de la gravedad del hecho punible y su incidencia sobre los bienes jurídicos tutelados. El Constituyente erigió los derechos fundamentales en límites sustantivos del poder punitivo del Estado, racionalizando su ejercicio. Sólo la utilización medida, justa y ponderada de la coerción estatal, destinada a proteger los derechos y libertades, es compatible con los valores y fines del ordenamiento<sup>111</sup>.

La dignidad humana, como principio constitucional y derecho fundamental ha sido utilizado por los operadores jurídicos como herramienta para fundamentar sus decisiones. Este concepto ha sido adoptado en el ordenamiento Nacional a partir de la teoría de Immanuel Kant quien sostuvo que el ser humano es un fin en sí mismo, por cuanto está dotado de dignidad. En ese sentido, la Corte ha señalado que la dignidad humana debe comprenderse en las siguientes tres dimensiones:

i) la autonomía individual (materializada en la posibilidad de elegir un proyecto de vida y de determinarse según esa elección), ii) unas condiciones de vida cualificadas (referidas a las circunstancias materiales necesarias para desarrollar el proyecto de vida) y iii) la

---

<sup>111</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-070 de 1996. [en línea]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-070-96.htm>

intangibilidad del cuerpo y del espíritu (entendida como la prohibición de interferencias en las esferas física y moral del individuo).<sup>112</sup>

Y respecto a esta última dimensión esta Corporación señaló que es:

...la posibilidad de que toda persona pueda mantenerse socialmente activa. De tal forma que conductas dirigidas a la exclusión social mediadas por un atentado o un desconocimiento a la dimensión física y espiritual de las personas se encuentran constitucionalmente prohibidas al estar cobijadas por los predicados normativos de la dignidad humana; igualmente tanto las autoridades del Estado como los particulares están en la obligación de adelantar lo necesario para conservar la intangibilidad de estos bienes y sobre todo en la de promover políticas de inclusión social a partir de la obligación de corregir los efectos de situaciones ya consolidadas en las cuales esté comprometida la afectación a los mismos.<sup>113</sup>

Por lo referido hasta este punto, se afirma que si bien la Constitución Nacional no cuenta con un artículo que establezca cuales son los fines de la pena para el Estado colombiano, si es posible encontrar normas de rango Constitucional que establecen unos límites al ejercicio del poder legislativo con respecto a la construcción de la política criminal. Y, uno de ellos, es el principio de proporcionalidad, el cual será abordado ampliamente en el tercer capítulo de la presente investigación.

---

<sup>112</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 881 de 2002. [en línea]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-881-02.htm>

<sup>113</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 881 de 2002. Op. cit.

### 3. CAPÍTULO II: BENEFICIOS Y SUBROGADOS PENALES

#### 3.1. CONCEPTO

Los beneficios y subrogados penales han sido integrados en la legislación penal colombiana como instituciones de derecho sustantivo que se encargan principalmente, como lo indica Peña Murcia<sup>114</sup>, de evaluar la necesidad y utilidad de la ejecución de la pena de prisión respecto a sus fines y a través del análisis de requisitos o condiciones que pueden ser de naturaleza objetiva o subjetiva, permitiendo así que los fines de la pena puedan ser conseguidos por figuras que generen una menor afectación o tratamientos más adecuados para las personas.

Estas instituciones de los beneficios y subrogados penales principalmente se dividen entre beneficios administrativos, beneficios penales y subrogados penales, los cuales, adoptando la posición argumentativa expuesta por Peña Murcia<sup>115</sup> se integran en el concepto de Beneficios Penales en cuanto que del análisis del inciso primero del artículo 68A de la Ley 599 del 2000 modificado por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014<sup>116</sup>, a pesar de distinguirse entre beneficios y subrogados, se observa la forma en que el legislador los agrupa dentro de la categoría de Beneficios. Sin embargo, se debe tener presente que la legislación nacional no tiene un desarrollo lo suficientemente detallado respecto de estas figuras, causando por ejemplo, dificultades en el momento de clasificar los diferentes tipos de beneficios y subrogados.

Dicho lo anterior, es necesario definir el concepto general de Beneficios en lo que corresponde al área del Derecho penal, al respecto se pronunció la Corte Suprema

---

<sup>114</sup> PEÑA. Op. cit., P. 24.

<sup>115</sup> Ibid., P. 83.

<sup>116</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código Penal. Ley 599 de 2000. Artículo 68<sup>a</sup>. Op. cit.

de Justicia indicando que “Los subrogados (...), al igual que los beneficios judiciales o administrativos, son consecuencias que derivan en modalidades alternativas para lograr que el condenado esté por fuera del establecimiento carcelario y obtenga la libertad (...)”<sup>117</sup>. Objetivo que a grandes rasgos se enmarca como lo menciona Bello Estrada<sup>118</sup>, en preservar la libertad de las personas condenadas como derecho fundamental en procura de que con la aplicación de estos se alcancen más fácilmente los fines de propios de la pena, que de acuerdo al inciso segundo del artículo cuarto de la ley 599 del 2000<sup>119</sup>, corresponden para la etapa de la ejecución a la prevención especial y la reinserción social.

En sentido similar la academia ha realizado sus aportes a la definición de beneficios penales, dentro de los que se encuentran los de naturaleza judicial y los de naturaleza administrativa, al respecto han manifestado que “Los beneficios son mecanismos de política criminal del Estado, inherentes a la ejecución individual de la condena, que se relacionan con las fases del tratamiento penitenciario. En algunos casos pueden implicar la reducción del tiempo de privación efectiva de la libertad dispuesto en la sentencia, o una modificación en las condiciones de ejecución de la condena.”<sup>120</sup> definición que además de guardar relación con lo conceptualizado por la Corte Suprema de Justicia respecto al mismo tema, la complementa en el entendido que permite evidenciar otras características propias

---

<sup>117</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 31531 del 8 de julio de 2009 [en línea]. Disponible en: [http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol\\_7599204263f0f034e0430a010151f034](http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_7599204263f0f034e0430a010151f034)

<sup>118</sup> BELLO ESTRADA, Gustavo Adolfo. Eficacia de los subrogados penales en el contexto del sistema penitenciario y carcelario de Colombia a la luz de los parámetros regionales y constitucionales en materia de privación de la libertad por atributo de la ley. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2017. P. 12.

<sup>119</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 del 2000. Artículo 4. Op. cit.

<sup>120</sup> ZÚÑIGA CÓRDOBA, Oscar Huber. Efectividad de los Beneficios Administrativos y Judiciales en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Mediana Seguridad de Neiva entre los años 2012 a 2014. Vol. 14 no.1. En: Revista Jurídica Piélagus, 2015. P. 150.

de la naturaleza de los beneficios en materia penal, como por ejemplo, que dependen de la política criminal del Estado, tema que se desarrollará más adelante.

Si bien las definiciones anteriores permiten ubicar el concepto general de beneficios, queda por definir los diferentes tipos que se encuentran en la legislación penal colombiana. Se inicia con los denominados beneficios administrativos, estos se encuentran regulados y desarrollados a partir del artículo 146 de la Ley 65 de 1993 o Código Penitenciario y Carcelario<sup>121</sup>, respecto a estos ha dicho la Corte Constitucional que “(...) suponen una disminución de las cargas que deben soportar las personas que están cumpliendo una condena y que, en algunos casos, pueden implicar la reducción del tiempo de privación efectiva de la libertad dispuesto en la sentencia condenatoria o una modificación en las condiciones de ejecución de la condena”<sup>122</sup>.

Por su parte, los beneficios judiciales, aunque comparten características con los anteriores, como por ejemplo, ser mecanismos de política criminal del Estado o manifestarse durante la etapa de ejecución de la sentencia, se desarrollan no de las normas penitenciarias, sino propiamente en la legislación penal sustantiva, en específico a través de la Ley 599 del 2000 o código penal, siendo así como desde la academia han sido catalogados indicando que “se trata (de) beneficios penales (...), que son además parte del tratamiento penitenciario e individualizadores de la pena de prisión, que evalúan su necesidad de ejecución y por ello pueden modificarla y en dado caso, extinguirla.”<sup>123</sup>, también es importante mencionar que en la legislación nacional se ha dado un desarrollo representativo al concepto de subrogado penal, el cual como se dijo al inicio de este capítulo, no debe entenderse

---

<sup>121</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 65 de 1993. Código penitenciario y carcelario. [en línea]. Disponible: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0065\\_1993.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0065_1993.html)

<sup>122</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 312 DE 2002. [en línea]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-312-02.htm>

<sup>123</sup> PEÑA. Op. Cit., P. 85.

como una figura independiente de los beneficios penales, sino que debe ser entendido como parte de ellos; sin embargo, han sido definidos de forma independiente desde la jurisprudencia o la doctrina como “medidas sustitutivas de la pena de prisión y arresto, que se conceden a los individuos que han sido condenados a estas penas, siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos por el legislador.”<sup>124</sup> o como “prerrogativa que tienen los condenados y se fundamentan en la “humanización del derecho penal y la motivación para la resocialización del delincuente”<sup>125</sup>, definiciones que al ser analizadas corroboran la posición que considera que los subrogados penales o mecanismos<sup>126</sup> sustitutivos de la pena hacen parte de la figura de los beneficios penales al perseguir los mismos fines y resultados.

Otro aspecto que se considera necesario exponer es el relacionado con los conceptos de penas alternativas y penas sustitutivas, ya que sin bien presentan diferencias con el concepto de subrogados penales, en la medida que como lo indica Peña Murcia<sup>127</sup> estos últimos se encargan de analizar la necesidad de ejecutar la pena, mientras que las penas sustitutivas o alternativas procuran por penas especiales de acuerdo a las características particulares de cada individuo, son figuras que en virtud de las condiciones para su acceso, sus condiciones resolutorias y características particular pueden ser enmarcadas dentro del concepto de los beneficios judiciales al igual que los subrogados. Posición a la cual se puede llegar a través del desarrollo que se ha presentado respecto a cada uno de estos dos conceptos.

---

<sup>124</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-679 de 1998. [en línea]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-679-98.htm>

<sup>125</sup> ARCHILA VILLALOBOS. Op. Cit. P. 200.

<sup>126</sup> La Corte Constitucional en sentencia C-806/02. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, definió también los subrogados cómo: “Mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad que se conceden a los individuos que han sido condenados, siempre y cuando cumplan los requisitos objetivos y subjetivos establecidos por el legislador.”

<sup>127</sup> PEÑA. Op. Cit. P. 93.

Respecto a las penas alternativas indica Mendieta Pineda<sup>128</sup> que estas se caracterizan principalmente por ser instrumentos que procuran por alcanzar el objetivo resocializador, y además han sido catalogadas por la Corte Constitucional como beneficios, al respecto se precisó que son “penas que reemplazan a la que ordinariamente le correspondería cumplir al condenado que se definen en la ponencia para Primer Debate en el Senado de la República como un beneficio condicionado en el marco de procesos penales”<sup>129</sup> Destaca igualmente Mendieta Pineda<sup>130</sup> que las penas alternativas son una opción que permite el desarrollo del principio de humanización, además de que contribuyen en la reducción del encarcelamiento; e indica<sup>131</sup> que por ejemplo una de estas penas alternativas es la suspensión de condena bajo determinadas condiciones.

Por su parte, respecto de las penas sustitutivas, se ha precisado que estas son “(...) penas de naturaleza distinta que, bajo determinadas condiciones, pueden reemplazar (sustituir) el cumplimiento de la pena originaria que en todo caso debe imponerse por el juez que corresponda en la respectiva sentencia condenatoria.”<sup>132</sup> Un ejemplo de pena sustitutiva en Colombia de acuerdo a lo que nos indica Mendieta Pineda<sup>133</sup> se presenta a través de la figura de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, lo que permitiría concluir que, al igual, las penas sustitutivas también se encuentran dentro de la categoría de beneficios. Dejando como resultado que penas alternativas, penas sustitutivas y subrogados penales hacen parte de los beneficios penales.

---

<sup>128</sup> MENDIETA. Op. Cit. P. 197.

<sup>129</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 579 de 2013. [en línea]. Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-579-13.htm>

<sup>130</sup> MENDIETA. Op. Cit. P. 201

<sup>131</sup> Ibid., P. 225.

<sup>132</sup> Ibid., P.P. 227 - 228.

<sup>133</sup> Ibid., P. 230.

Un esquema similar presenta Ugarte Reyes<sup>134</sup> al indicar que las penas alternativas, dependiendo del ordenamiento jurídico en el cual sean desarrolladas pueden llegar a tener diferentes conceptos, como por ejemplo los de medidas alternativas, sustitutivos penales o subrogados penales, conceptos que a grandes rasgos hacen referencia a uno general de beneficios penales, que como ya se indicó, procuran por materializar de forma efectiva los fines de la pena, en especificó la resocialización.

Precisamente, al realizar una breve aproximación a este tipo de mecanismos al interior de otros ordenamientos jurídicos, se constata que se han desarrollado a partir del concepto de penas alternativas, el cual como se trajo a colación en precedencia fue delimitado por la Corte Constitucional como un beneficio en el marco de los procesos penales. Por ejemplo, al interior del ordenamiento jurídico español las penas alternativas surgieron como lo indica Salinero, Morales y Castro<sup>135</sup> a partir de la figura de la suspensión de la pena con la Ley de Condena Condicional de 1908 que integraba desarrollos de la escuela de Marburgo, lo que permitió el fortalecimiento de los ideales humanistas que demandaban fines más racionales, humanos y de prevención especial con la imposición de las penas, justificándose en los efectos adversos de las penas de corta duración; respecto a este mecanismo indicaron que:

Se trata, en efecto, de un beneficio asentado sobre la idea de que, en el caso de delincuentes primarios condenados a penas cortas privativas de libertad, las finalidades preventivas especiales (...) pueden ser alcanzadas con mayores garantías de éxito si los órganos del Estado que

---

<sup>134</sup> UGARTE REYES, Wagner. PENAS ALTERNATIVAS EN COSTA RICA Y LE REFORMA DEL ARTÍCULO 56 BIS DEL CÓDIGO PENAL. En: IUS Doctrina. Vol. 12, No<sup>o</sup>1 jun-nov, 2019. P. 6.

<sup>135</sup> SALINERO, Sebastián; MORALES, Ana María; CASTRO, Álvaro. Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana. Polít. crim. Vol. 12, No 24 (Diciembre 2017), Art. 5, P.P. 789 -790. [en línea]. Tomado de: [[http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_12/n\\_24/Vol12N24A5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_24/Vol12N24A5.pdf)]

ostentan la titularidad del ius puniendi renuncian momentáneamente a ejecutar la pena a condición de que el penado no vuelva a delinquir durante un plazo de tiempo preestablecido, sin que ello vaya en detrimento de los fines preventivos generales que también han de cumplir las penas<sup>136</sup>.

Sin embargo, aclaran que no fue hasta el Código Penal de 1995 cuando se dio un verdadero desarrollo a este tipo penas alternativas, momento a partir del cual la legitimidad de estos mecanismos se apoyó no solo en sus virtudes, sino también en las consecuencias asociadas con las penas privativas de libertad.

Otro ejemplo que se puede traer a colación es el del ordenamiento jurídico Inglés. Salinero, Morales y Castro<sup>137</sup> mencionan que las penas alternativas en Inglaterra datan de inicios del siglo XX con la figura de la libertad a prueba o “probation” que se implementó con la Ley de Prueba del Infractor (Probation of offenders Act) de 1907 que integró la (Probation order) u orden de prueba a través de la suspensión de la sentencia; precisan que en la actualidad los desarrollos de las penas alternativas se pueden ver reflejados en la Ley de Justicia Penal (Criminal Justice Act) de 2003, por medio de la cual se propuso unificar y aclarar las disposiciones anteriores, siendo su principal objetivo la efectividad del sistema de justicia y el proceso de juzgamiento, estableciéndose entre otros que la pena de cárcel sólo procederá cuando los demás mecanismos no sean suficientes en atención a la seriedad del delito, caso en el cual la pena impuesta deberá ser la menor posible en atención al mismo.

---

<sup>136</sup> STC 251/2005, de 10 de octubre, fundamento 5o. Citado por SALINERO, Sebastián; MORALES, Ana María; CASTRO, Álvaro “Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana”. Polít. crim. Vol. 12, No 24 (Diciembre 2017), Art. 5, pp. 805. [en línea]. Tomado de: [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_12/n\\_24/Vol12N24A5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_24/Vol12N24A5.pdf)

<sup>137</sup> Ibid., P.P. 812 - 813, 826.

Finalmente, trayendo a colación el caso del ordenamiento jurídico Alemán, comenta Salinero, Morales y Castro<sup>138</sup> que las penas alternativas se remontan al código penal Imperial del 18 de mayo de 1871, que se estructuraba bajo la influencia de la teoría de la retribución, modelo que se mantuvo hasta la reforma de 1953 liderada por Franz Von Liszt quien introdujo nuevas orientaciones sociológicas preventivo especiales que giraron alrededor de los perjudiciales efectos de la pena privativa de libertad en la persona del condenado. Indican los autores que lo atractivo de este nuevo modelo era la forma en la que se agotaban los intereses preventivo especiales y generales, los primeros con la suspensión de la ejecución de las penas de prisión de corta y larga duración que evitaban las consecuencias desocializadoras de la cárcel y los segundos con la declaración de culpabilidad, la pena y los mecanismos adicionales de control que se imponían a la persona, como por ejemplo la exigencia de buena conducta.

De la breve aproximación realizada, se observa que un elemento concurrente en cada uno de los sistemas jurídicos respecto a las penas alternativas es que su desarrollo se fundamenta a partir de concepciones negativas y positivas; Salinero, Morales y Castro<sup>139</sup> las explican indicando que las negativas se estructuran en consideración de las características inapropiadas, perniciosas y consecuencias disociativas que traían consigo las penas privativas sobre la persona del condenado, y especialmente las de corta duración, que no permiten alcanzar la resocialización, ni disminuir la reincidencia; y por parte de las positivas, en la medida que atienden en un primer momento a sus virtudes en términos de una respuesta penal más humana y más adecuada para la reinserción social del condenado, así mismo, advierten que en la actualidad además de mantenerse estos argumentos, se han agregado otros que contribuyen con la expansión de estas figuras en diferentes

---

<sup>138</sup> Ibid., P.P. 837 - 838.

<sup>139</sup> Ibid., P.P. 851 - 852.

ordenamientos jurídicos, ya que las penas alternativas representan mayores beneficios que las penas privativas de libertad.

Complementando esta última idea, se pueden destacar dentro las características positivas de las alternativas a la prisión, las siguientes:

“i) Las alternativas son estrategias más humanas desde un enfoque utilitarista de la reinserción social. ii) Tienen mayores beneficios que la prisión, o teniendo los mismos, son menos costosas. iii) El sentenciado permanece con su grupo familiar, laboral y social. iv) Reconfiguran la imagen del ofensor, como persona capaz de re-encausarse socialmente. Además, redefinen el conflicto penal, en procura de la paz social. v) Evitan la estigmatización social de la cárcel. vi) Contribuyen a disminuir la sobrepoblación penitenciaria. vii) Es más fácil para el tribunal imponer una pena adecuada a las condiciones objetivas y subjetivas del autor, con diversas alternativas, que con sólo la cárcel. viii) Mediante condiciones asociadas a la alternativa: prohibición al victimario de acercarse a la víctima, tratamiento de adicciones, procesos psicológicos completos, asumir obligaciones académicas y laborales, etc., se protege a la víctima ante nuevas situaciones de riesgo, y se garantiza atención para el infractor, con el propósito de que aborde factores personales de predisposición, similares a un plan técnico ambulatorio.” <sup>140</sup>

En conclusión, los conceptos de beneficios y subrogados penales en la legislación colombiana tienen la amplitud suficiente para agrupar un nutrido número de figuras que van desde los beneficios administrativos, pasando por los subrogados penales y llegando incluso a las penas alternativas o sustitutivas, en las cuales converge la

---

<sup>140</sup> UGARTE. Op. Cit., P. 9.

finalidad de procurar por la de resocialización y servir como mecanismos humanizadores del derecho penal.

### **3.2. ORIGEN**

El origen o surgimiento de las penas alternativas como lo menciona Salinero, Morales y Castro<sup>141</sup>, puede ser rastreado a través de la literatura criminológica al programa de Marburgo de 1882 desarrollado por Von Liszt que se encargó de fomentar ideas tendientes a la eliminación de las penas privativas de libertad de corta duración y fortalecer la implementación de alternativas, surgimiento que es corroborado por otros autores al indicar que:

(...) la institución de los subrogados se empieza a formular en un contexto europeo a finales del siglo XIX que pugna por el reformismo en materia político criminal, en el que autores como Franz Von Liszt desde 1882 cuestionaban la pena privativa de libertad pese a la fuerte imposición de esta pena en el sistema penal de la época y formulaban proyectos de reforma que incluían la renuncia a las penas privativas cortas, así como proponían instituciones como la libertad condicional, trabajo forzado sin encierro y posteriormente la suspensión condicional de la ejecución de la pena e incluso, la remisión total de la pena o “perdón judicial” como en el caso del Progetto Preliminare di Ferri en 1921 que ingresó a la legislación vigente con el Código Penal Italiano para 1930. <sup>142</sup>

Sin embargo, también se reconoce como fuente de origen a Beccaría ya que este autor argumentaba en procura del carácter humanitario y utilitario de las consecuencias penales, exaltando la idea de que las penas impuestas debían ser

---

<sup>141</sup> SALINERO, MORALES y CASTRO. Op. Cit., P.789.

<sup>142</sup> PEÑA. Op. Cit., P. 103.

las menos gravosas, igualmente, destacan el nacimiento de la práctica de la “probation” en Boston, Massachusetts en el año de 1878.

Comenta Ugarte Reyes<sup>143</sup> que a mediados del siglo XX justo después de finalizada la Segunda Guerra Mundial, surgieron cuestionamientos respecto a la efectividad de la pena y surgió el propósito de buscar modelos alternativos a la prisión, al respecto indica que los primeros debates formales se llevaron a cabo en el Congreso Penal y Penitenciario de la Haya en el año 1950, materializándose la idea en Europa a partir de 1968 con España como primer exponente. Explica que estos avances propulsaron la implementación de las penas alternativas en Latinoamérica desde la década del 80 y finalizaron con una política global a través de la Organización de Naciones Unidas que con la resolución 45-110 de 1990, aprobaron las Reglas Mínimas sobre Medidas no Privativas de Libertad o Reglas de Tokio.

Sin embargo, se considera que no se debe desconocer la contribución que al tema realizó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>144</sup> a través del numeral tercero de su artículo décimo, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>145</sup> en el numeral sexto de su artículo quinto, las cuales en idéntico sentido establecieron que las penas tendrían como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los penados.

En Colombia, este tipo de mecanismos de acuerdo a lo indicado por Peña Murcia pueden ser rastreados al Código Penal de 1936 respecto al cual nos indica que “en sus artículos 80 y siguientes, traen como figuras aplicables al condenado el perdón judicial, la libertad condicional y la suspensión de la ejecución de la pena, si bien estas figuras no están determinadas bajo el título de subrogados penales, se

---

<sup>143</sup> UGARTE. Op. Cit., P.P. 4. - 5.

<sup>144</sup> NACIONES UNIDAS. Op. Cit.

<sup>145</sup> DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL, OEA. Op. Cit.

encuentran depositadas en el título III del referido código que abarca las disposiciones del legislador de la época sobre ciertos beneficios que se le podrían brindar al reo, entendiéndose como reo la persona penalmente responsable o condenado.”<sup>146</sup> momento a partir del cual este tipo de figuras iniciaron su desarrollo en la legislación nacional hasta llegar a lo que hoy conocemos como beneficios y subrogados penales que se encuentran regulados a través del artículo 68A de la Ley 599 del 2000.

### **3.3. LOS BENEFICIOS Y SUBROGADOS PENALES A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991**

#### **LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN NORMATIVA**

La libertad de configuración normativa es una atribución Constitucional que emana de los artículos 114 y 150 de la Constitución Política de Colombia, en los cuales se establece la cláusula general de competencia que le corresponde al Congreso de la República, respecto a la cual, este “dispone de la potestad genérica de desarrollar los mandatos superiores a través de la expedición de disposiciones legales, lo que incluye la facultad de desarrollar las políticas públicas, entre ellas el diseño de la política criminal del Estado, lo que comporta la determinación de los bienes jurídicos que merecen tutela penal, la naturaleza y el monto de las sanciones y el procedimiento a través del cual se imponen y ejecutan.”<sup>147</sup>, de este modo, como lo ha dicho la Corte Constitucional<sup>148</sup>, los requisitos y presupuestos para conceder o excluir los beneficios y subrogados penales hacen parte de la libertad de configuración normativa del legislador pues constituyen elementos fundamentales del debido proceso y surgen de la política criminal del Estado.

---

<sup>146</sup> PEÑA. Op. Cit., P. 104.

<sup>147</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-108- de 2017. [en línea]. Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-108-17.htm>

<sup>148</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-425 de 2008. [en línea]. Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-425-08.htm>

Esta potestad del legislador “deriva no sólo del respeto de la separación de poderes, y de los controles que ésta supone para la protección de la libertad individual, sino que también debe permitir un proceso público de debate y aprendizaje en la concepción y ejecución de las políticas criminales, es decir una elaboración más democrática de la ley penal.”<sup>149</sup>, que se debe reflejar en una respuesta penal proporcionada, idónea, que opere cuando no haya otra alternativa y que no genera mayores problemas de los que resuelve.

Sin embargo, ha precisado la Corte Constitucional<sup>150</sup> que esta potestad de configuración no es ilimitada, en el entendido que en un Estado Constitucional no pueden desarrollarse poderes absolutos en virtud de los valores superiores, los principios constitucionales y los derechos fundamentales. Por lo anterior, la libertad de configuración del legislador debe observar unos límites explícitos, como la prohibición de la pena de muerte o la prisión perpetua, y unos límites implícitos respecto a los cuales el legislador debe procurar por la realización de los fines esenciales del Estado; siendo estos asegurar el cabal cumplimiento de los principios, derechos y deberes constitucionales y la convivencia pacífica, además de la vigencia de un orden justo.

Es a partir de esta potestad que el legislador con fundamento en la Constitución de 1991 ha desarrollado una política criminal que “[...] ha ido cediendo rápidamente en las garantías liberales y en la pretensión del modelo penal acusatorio como un proceso más humano; y fácilmente, ha accedido a las pretensiones de un derecho penal autoritario, caracterizado por constantes reformas [...]”<sup>151</sup> dentro de las que se encuentra la constante exclusión de beneficios y subrogados penales que cada vez integra un número mayor de circunstancias y delitos.

---

<sup>149</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-108- de 2017. Op. Cit.

<sup>150</sup> *Ibíd.*

<sup>151</sup> POSADA. Op. Cit. P. 5.

## **EXCLUSIÓN DE BENEFICIOS Y SUBROGADOS A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991**

La primera norma que se encarga de regular temas relacionados con la Exclusión de Beneficios y Subrogados penales, con posterioridad a la Constitución de 1991, es la Ley 40 de 1993 a través de la cual se adoptó el Estatuto Nacional contra el secuestro; en ella, su artículo 15 estableció que:

ARTÍCULO 15. EXCLUSIÓN DE BENEFICIOS Y SUBROGADOS. Salvo lo dispuesto en el artículo 17 de este Estatuto, en el artículo 37 y la rebaja por confesión previstos en el Código de Procedimiento Penal, los sindicados o condenados por los delitos de que trata esta ley no tendrán derecho a la condena de ejecución condicional, libertad condicional ni a subrogados administrativos. En los casos del delito de secuestro, no podrán otorgarse la suspensión de la detención preventiva ni de la condena<sup>152</sup>

Observándose, como lo mencionó la Corte Constitucional<sup>153</sup>, la forma en que esta Ley negó toda clase beneficios para quienes cometieron delitos de importante gravedad (secuestro simple y agravado, enriquecimiento ilícito derivado del secuestro, entre otros), y frente a los cual se manifestó en la sentencia C- 213 de 1994 precisando que la decisión del legislador se encontraba acorde con la Constitución Nacional.

Casi una década después, se profirió la Ley 733 de 2002 a través de la cual se dictaron medidas tendientes a erradicar los delitos de secuestro, terrorismo y

---

<sup>152</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 40 de 1993 Artículo 15. [en línea] Tomado de: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0040\\_1993.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0040_1993.html)

<sup>153</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 073 de 2010. [en línea] Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-073-10.htm>

extorsión; en esta el artículo 11 se encargó de establecer lo relativo a la exclusión de beneficios y subrogados penales, indicando:

**ARTÍCULO 11. EXCLUSIÓN DE BENEFICIOS Y SUBROGADOS.**

Cuando se trate de delitos de terrorismo, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, y conexos, no procederán las rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión; ni se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de la pena, o libertad condicional. Tampoco a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que ésta sea efectiva.<sup>154</sup>

Esta disposición fue estudiada por la Corte Constitucional a través de la sentencia C- 763 de 2002, concluyendo que en cuanto no vulnera los principios de dignidad humana, igualdad y debido proceso, debía ser declarada exequible.

Otra Ley que se ocupó de la exclusión de beneficios y subrogados penales, pero en esta ocasión no respecto de delitos de terrorismo, extorsión y secuestro, sino de delitos cometidos contra niños, niñas y adolescentes, fue la Ley 1098 de 2006 a través de la cual se expidió el Código de Infancia y Adolescencia, en esta, el artículo 199 indica que:

---

<sup>154</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 733 de 2002. Artículo 11. [en línea] Tomado de: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0733\\_2002.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0733_2002.html)

#### ARTÍCULO 199. BENEFICIOS Y MECANISMOS SUSTITUTIVOS.

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

1. Si hubiere mérito para proferir medida de aseguramiento en los casos del artículo 306 de la Ley 906 de 2004, esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión. No serán aplicables en estos delitos las medidas no privativas de la libertad prevista en los artículos 307, literal b), y 315 de la Ley 906 de 2004.

2. No se otorgará el beneficio de sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención en el lugar de residencia, previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004.

3. No procederá la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad previsto en el artículo 324, numeral 8, de la Ley 906 de 2004 para los casos de reparación integral de los perjuicios.

4. No procederá el subrogado penal de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, contemplado en el artículo 63 del Código Penal.

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

6. En ningún caso el juez de ejecución de penas concederá el beneficio de sustitución de la ejecución de la pena, previsto en el artículo 461 de la Ley 906 de 2004.

7. No procederán las rebajas de pena con base en los “preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado”, previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004.

8. Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva.<sup>155</sup>

Frente a este artículo cabe resaltar que si bien ya se demandó su constitucionalidad, la Corte Constitucional a través de la sentencia C- 738 de 2008 se declaró inhibida para fallar debido a la ineptitud de la demanda.

Durante el mismo año, se profirió la Ley 1121 de 2006, esta se encargó de normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo, y fue a través de su artículo 26 que estableció lo referente a la exclusión de beneficios y subrogados penales, precisando que:

ARTÍCULO 26. EXCLUSIÓN DE BENEFICIOS Y SUBROGADOS. Cuando se trate de delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, no procederán las rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión, ni se concederán subrogados penales o mecanismos sustitutos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de la pena, o libertad condicional. Tampoco a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea eficaz.<sup>156</sup>

---

<sup>155</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1098 de 2006. Artículo 199. [en línea]. Tomado de: [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley\\_1098\\_2006.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1098_2006.htm)

<sup>156</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1121 de 2006. Artículo 26. [en línea]. Tomado de: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1121\\_2006.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1121_2006.html)

Al respecto de esta disposición la Corte Constitucional en sentencia C- 073 de 2010, determinó que no se alejaba de los presupuestos constitucionales, resaltando, como en los casos anteriores, el amplio margen de configuración normativa con que cuenta el legislador al momento de diseñar lo que corresponde al proceso penal y con esto decidir sobre la denegación u otorgamiento de beneficios y subrogados penales.

Continuando con el desarrollo de la exclusión de los beneficios y subrogados penales en la legislación nacional, debemos resaltar la importancia que para el tema tiene la Ley 1142 de 2007<sup>157</sup> a través de la cual se realizó, entre otros, la reforma de la Ley 599 del 2000 o Código Penal Colombiano, adicionando el artículo 68A; el cual, desde ese momento, hasta la actualidad, se ha encargado de establecer los lineamientos para la exclusión de los beneficios y subrogados en la legislación nacional, su estructura inicial era la siguiente:

ARTÍCULO 32. La Ley 599 de 2000, Código Penal, tendrá un artículo 68A el cual quedará así:

Exclusión de beneficios y subrogados. No se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional; tampoco la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores.<sup>158</sup>

---

<sup>157</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1142 de 2007. [en línea]. Tomado de: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1142\\_2007.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1142_2007.html)

<sup>158</sup> *Ibíd.*

De esta, es posible resaltar que únicamente se estableció la exclusión de beneficios y subrogados para personas que dentro de los cinco (5) años anteriores habían sido condenadas por delitos dolosos o preterintencionales, disposición que la Corte Constitucional<sup>159</sup> encontró conforme a la Constitución a través de la sentencia C-425 de 2008 en la medida que desarrolla el principio de libertad de configuración normativa del legislador y a que contiene una medida razonables y adecuada que se ubica en el deber de cumplir en su totalidad la pena impuesta, además que de acuerdo al artículo 248 de la Constitución, los antecedentes penales o contravencionales están destinados a producir efectos jurídicos que pueden influir como criterio de exclusión o limitación de determinados privilegios.

Posteriormente, el artículo 68A de la Ley 599 del 2000 fue modificado en reiteradas ocasiones a través de leyes que incluyeron la exclusión objetiva de los beneficios y subrogados penales, estableciendo que para determinadas conductas no procedían este tipo de mecanismos. Las leyes que realizaron estas modificaciones hasta la actualidad, son las siguientes.

En el año 2011 la Ley 1453 a través de la cual se reforma el código penal, entre otros. En esta ocasión se realiza la modificación del artículo 68A en la medida que excluyó de beneficios y subrogados penales, principalmente, a delitos que se encuentran relacionados con la administración pública. El texto de la disposición modificada es la siguiente:

ARTÍCULO 28. El artículo 32 de la Ley 1142 que adicionó el artículo 68A, la Ley 599 quedará así:

---

<sup>159</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 425 de 2008. Op. Cit.

Artículo 68A. Exclusión de los beneficios y subrogados penales. El artículo 68A del Código Penal quedará así:

Artículo 68A. No se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional; tampoco la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores o cuando haya sido condenado por uno de los siguientes delitos: cohecho propio, enriquecimiento ilícito de servidor público, estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado, concusión, prevaricato por acción y por omisión, celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, lavado de activos, utilización indebida de información privilegiada, interés indebido en la celebración de contratos, violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, tráfico de influencias, peculado por apropiación y soborno transnacional.

PARÁGRAFO. El inciso anterior no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004 ni en aquellos eventos en los cuales se aplique el principio de oportunidad, los preacuerdos y negociaciones y el allanamiento a cargos.<sup>160</sup>

---

<sup>160</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Artículo 28. Ley 1453 de 2011. [en línea]. Tomado de: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1453\\_2011.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1453_2011.html)

Durante el mismo año, la Ley 1474 a través de la cual se promulgaron normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, realizó una nueva modificación del artículo 68A, que principalmente consistía en excluir de beneficios y subrogados penales la totalidad de delitos contra la administración pública que se encontraran relacionados con actos de corrupción, de ese modo su artículo 13 estableció que:

ARTÍCULO 13. EXCLUSIÓN DE BENEFICIOS EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA RELACIONADOS CON CORRUPCIÓN. El artículo 68A del Código Penal quedará así:

No se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional; tampoco la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores.

Tampoco tendrán derecho a beneficios o subrogados quienes hayan sido condenados por 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.

Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, ni en aquellos eventos en los cuales

se aplique el principio de oportunidad, los preacuerdos y negociaciones y el allanamiento a cargos.<sup>161</sup>

En el 2014, se realizó una modificación más a través de la Ley 1709 que reformaba la ley 599 del 2000, entre otras. En esta oportunidad el legislador incluyó dentro del inciso segundo una lista mucho más extensa de conductas que de forma objetiva, sin ningún tipo de valoración adicional, serían excluidas del otorgamiento de beneficios o subrogados penales, lo cual se puede observar en su artículo 32:

ARTÍCULO 32. Modifícase el artículo 68A de la Ley 599 de 2000 el cual quedará así:

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

Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia

---

<sup>161</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474 de 2011. Artículo 13. [en línea]. Tomado de: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1474\\_2011.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html)

intrafamiliar; hurto calificado; extorsión, lesiones personales con deformidad causadas con elemento corrosivo; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal.<sup>162</sup>

La cuarta modificación al artículo 68A de la Ley 599 del 2000, fue la realizada en el año 2016 por la Ley 1773 a través de la cual se creó el artículo 116A y se modificaron los artículos 68A, 104, 113, 359, y 374 del Código Penal. En este caso la modificación se realizó a través del artículo 4 que principalmente agregó a la lista de delitos el de homicidio agravado contemplado en el numeral 6 del artículo 104 y modificó el de lesiones personales con deformidad causadas con elemento corrosivo, además de agregar dos nuevos párrafos, quedando el nuevo artículo 68A así:

---

<sup>162</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1709 de 2014. Artículo 32. [en línea]. Tomado de: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1709\\_2014.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1709_2014.html)

ARTÍCULO 4o. Modifíquese el segundo inciso del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

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

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

desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal.

Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004.

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

PARÁGRAFO 2o. Lo dispuesto en el primer inciso del presente artículo no se aplicará respecto de la suspensión de la ejecución de la pena, cuando los antecedentes personales, sociales y familiares sean indicativos de que no existe la posibilidad de la ejecución de la pena...).<sup>163</sup>

La última modificación que se realizó al artículo 68A del Código Penal, fue a través de la Ley 1944 de 2018 que modificó la Ley 599 del 2000 y creó los delitos de abigeato y abigeato agravado; en esta oportunidad el legislador sólo se encargó de la reforma del Inciso segundo, agregando el delito de abigeato enunciado en el inciso tercero del artículo 243 del Código Penal, quedando así:

---

<sup>163</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1773 de 2016. Artículo 4. [en línea]. Tomado de:  
<https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201773%20DEL%206%20DE%20ENERO%20DE%202016.pdf>

ARTÍCULO 6o. Modifíquese el segundo inciso del artículo 68-A de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

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

instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonales.<sup>164</sup>

Realizado el recuento normativo se debe advertir que la Corte Constitucional, desde el momento de la creación del artículo 68A en el año 2007 a la actualidad, solo se ha pronunciado en una ocasión respecto a la exequibilidad de la disposición, como se hizo mención en su momento, pero única y exclusivamente en cuanto a su inciso primero. Se debe resaltar que respecto de la exclusión de beneficios y subrogados penales de forma objetiva, es decir con el simple acto de agregar la conducta dentro de una lista taxativa, la Corte no ha realizado ningún pronunciamiento más allá de declararse INHIBIDA de fallar sobre el inciso 2o. del artículo 68A por ineptitud de la demanda a través de la sentencia C-646 de 2016<sup>165</sup>, situación que abre la posibilidad de cuestionar y analizar la constitucionalidad de disposiciones normativas que como estas crean una lista taxativa de delitos que en el caso son excluidos de beneficios y subrogados, sin entrar a analizar otros factores que pueden permitir decisiones judiciales más justas y apropiadas en términos de fin de la sanción penal y acordes con el ordenamiento jurídico nacional. Esta idea se desarrollará en las conclusiones de la presente investigación.

#### **3.4. CLASES DE BENEFICIOS Y SUBROGADOS PENALES EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL**

En Colombia existe un gran abanico de posibilidades cuando se trata de beneficios y subrogados penales, estos como ya se ha dicho, no tienen otra finalidad más que procurar a través de diversos medios, la resocialización de quienes han sido

---

<sup>164</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1944 del 2018. Artículo 6. [en línea]. Tomado de:  
<https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201944%20DEL%2028%20DE%20DICIEMBRE%20DE%202018.pdf>

<sup>165</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-646 de 2016. [en línea]. Tomado de:  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-646-16.htm>

condenados y disminuir los efectos adversos de la prisión. Dentro estos mecanismos como se indicó al inicio de este capítulo se encuentran unos de naturaleza administrativa y los otros de naturaleza judicial, los cuales se desarrollarán a continuación.

## **LOS BENEFICIOS ADMINISTRATIVOS**

Partiendo de la definición realizada con anterioridad respecto a los beneficios administrativos, es importante recordar que estos son, en palabras de la Corte Constitucional, “una denominación genérica dentro de la cual se engloban una serie de mecanismos de política criminal del Estado, que son inherentes a la ejecución individual de la condena.”<sup>166</sup> y que contribuyen a disminuir las cargas que deben soportar las personas condenadas, disminuyendo el tiempo de privación efectiva de la libertad o modificando las condiciones de ejecución. Para su otorgamiento, el legislador ha dispuesto una serie de condiciones que deben ser verificados por las autoridades judiciales, estas pueden hacer referencia como precisa Quiceno Becerra<sup>167</sup> al cumplimiento de una parte de la sentencia privativa de la libertad impuesta, la no reincidencia, la indemnización a las víctimas, la buena conducta durante la privación de la libertad y la redención de pena a través del trabajo o estudio, condiciones que, en principio, permitirán observar el compromiso del penado con el proceso de resocialización y su disposición a reinsertarse en la sociedad.

Estos beneficios administrativos se encuentran regulados y desarrollados a partir del artículo 146 de la Ley 65 de 1993 o Código Penitenciario y Carcelario<sup>168</sup>, artículo

---

<sup>166</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-312 del 2002. Op. Cit.

<sup>167</sup> QUINCENO BECERRA, Evelim y RUEDA ÁLVAREZ, Deicy. Función de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, en el otorgamiento de beneficios y subrogados penales, en los condenados por delitos políticos. Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander, 2011. P. 75.

<sup>168</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 65 de 1993. Código Penitenciario y Carcelario. Op. Cit.

en el cual se establecen los que hacen parte de este tipo de mecanismos, e indica que: “ARTÍCULO 146. BENEFICIOS ADMINISTRATIVOS. Los permisos hasta de setenta y dos horas, la libertad y franquicia preparatorias, el trabajo extramuros y penitenciaria abierta harán parte del tratamiento penitenciario en sus distintas fases, de acuerdo con la reglamentación respectiva.”<sup>169</sup> Sin embargo, a esta lista se suman algunos otros que han sido introducidos en esta legislación, por este motivo, se mencionará de forma sucinta de cada uno de ellos.

- **PERMISO DE HASTA DE 72 HORAS**

Es un mecanismo que permite a las personas privadas de la libertad, abandonar el lugar en el cual se cumple su reclusión por un periodo de hasta 72 horas (3 días) sin que medie vigilancia continua por parte de la guardia penitenciaria, sin embargo, quien disfrute de este debe observar determinadas reglas, so pena de recibir sanciones por su incumplimiento. Este mecanismo se ha regulado a través del artículo 147 del Código Penitenciario y Carcelario, e indica entre otras cosas que:

ARTÍCULO 147. PERMISO HASTA DE SETENTA Y DOS HORAS. La Dirección del Instituto Penitenciario y Carcelario podrá conceder permisos con la regularidad que se establecerá al respecto, hasta de setenta y dos horas, para salir del establecimiento, sin vigilancia [...]:

Quien observare mala conducta durante uno de esos permisos o retardare su presentación al establecimiento sin justificación, se hará acreedor a la suspensión de dichos permisos hasta por seis meses; pero si reincide, cometiere un delito o una contravención especial de policía, se le cancelarán definitivamente los permisos de este género.<sup>170</sup>

---

<sup>169</sup> Ibíd. Artículo 146.

<sup>170</sup> Ibíd. Artículo 147.

- **PERMISO DE SALIDA POR 15 DÍAS**

Consiste en un mecanismo que autoriza la salida sin vigilancia de los penados a los que se les ha negado la libertad condicional por un periodo de 15 días continuos. Este puede ser otorgado hasta en cuatro ocasiones anuales, es decir, no puede exceder de 60 días de salida al año, y se otorga con posterioridad a la verificación de los requisitos exigidos. Se regula en el artículo 147-A del Código Penitenciario y Carcelario, e indica entre otras cosas que:

ARTÍCULO 147-A. PERMISO DE SALIDA. El Director Regional del Inpec podrá conceder permisos de salida sin vigilancia durante quince (15) días continuos y sin que exceda de sesenta (60) días al año, al condenado que le sea negado el beneficio de libertad condicional, siempre que estén dados los siguientes requisitos:

El condenado que observare mala conducta en uso del permiso a que se refiere la presente disposición o retardare su presentación al establecimiento carcelario sin justa causa, no podrá hacerse merecedor a este beneficio durante los seis (6) meses siguientes, o definitivamente si incurre en otro delito o contravención especial de Policía.<sup>171</sup>

- **PERMISO DE SALIDA POR FINES DE SEMANA**

Es un mecanismo igualmente orientado a la población carcelaria a la cual le ha sido negada la figura de la libertad condicional, consiste en la autorización de salida del sitio de reclusión durante los fines de semana cuando se ha alcanzado las ( $\frac{4}{5}$ ) partes de la condena, y al cual se puede acceder con una periodicidad de cada dos semanas, hasta el momento del cumplimiento de la pena impuesta. Este mecanismo

---

<sup>171</sup> Ibíd. Artículo 147 A.

ha sido establecido en el artículo 147- B del Código Penitenciario y Carcelario, e indica entre otras cosas que:

ARTÍCULO 147-B Con el fin de afianzar la unidad familiar y procurar la readaptación social, el Director Regional del Inpec podrá conceder permisos de salida por los fines de semana, incluyendo lunes festivos, al condenado que le fuere negado el beneficio de la libertad condicional y haya cumplido las cuatro quintas partes (4/5) de la condena, siempre que se reúnan los requisitos señalados en el artículo anterior.

Estos permisos se otorgarán cada dos (2) semanas y por el período que reste de la condena.<sup>172</sup>

- **LIBERTAD PREPARATORIA**

Es un mecanismo que permite a los condenados a quienes se ha negado la libertad condicional y que ya han cumplido los (4/5) de la pena, tener la posibilidad de trabajar para fábricas, empresas o personas reconocidas, igualmente para quienes quieran terminar sus estudios universitarios, este aplica únicamente en horarios diurnos, y durante los días hábiles, siendo indispensable que durante las noches y los fines de semana el penado se encuentra al interior del centro de reclusión. Esta figura ha sido establecida en el artículo 148 del Código Penitenciario y Carcelario, e indica entre otras cosas que:

ARTÍCULO 148. LIBERTAD PREPARATORIA. En el tratamiento penitenciario, el condenado que no goce de libertad condicional, de acuerdo con las exigencias del sistema progresivo y quien haya descontado las cuatro quintas partes de la pena efectiva, se le podrá

---

<sup>172</sup> Ibíd. Artículo 147 B.

conceder la libertad preparatoria para trabajar en fábricas, empresas o con personas de reconocida seriedad y siempre que éstas colaboren con las normas de control establecidas para el efecto.<sup>173</sup>

- **FRANQUICIA PREPARATORIA**

Consiste en un estadio posterior a la libertad preparatoria, en este mecanismo se concede un mayor margen de libertad para que el penado pueda desarrollar sus actividades laborales o educativas en un contexto desligado del sitio de reclusión, pero conservando la obligación de presentarse periódicamente ante la autoridad administrativa. Está regulado en el artículo 149 del Código Penitenciario y Carcelario, e indica:

ARTÍCULO 149. FRANQUICIA PREPARATORIA. Superada la libertad preparatoria, el Consejo de Disciplina mediante resolución y aprobación del director regional, el interno entrará a disfrutar de la franquicia preparatoria, la cual consiste en que el condenado trabaje o estudie o enseñe fuera del establecimiento, teniendo la obligación de presentarse periódicamente ante el director del establecimiento respectivo. El director regional mantendrá informada a la Dirección del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario sobre estas novedades.<sup>174</sup>

---

<sup>173</sup> *Ibíd.* Artículo 148.

<sup>174</sup> *Ibíd.* Artículo 149.

- **TRABAJO EXTRAMUROS**

Como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal en la decisión 47984<sup>175</sup>, el trabajo es un derecho-deber de todos los condenados, estén cumpliendo la pena en centro de reclusión o en su lugar de domicilio, siempre que se encuentren bajo control y vigilancia de las autoridades penitenciarias. Este derecho se encuentra regulado a través del artículo 79 de la Ley 65 de 1993, recientemente modificado por el artículo 55 de la Ley 1709 de 2014, y en el cual se establece que:

ARTÍCULO 79. TRABAJO PENITENCIARIO. <Artículo modificado por el artículo 55 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> El trabajo es un derecho y una obligación social y goza en todas sus modalidades de la protección especial del Estado. Todas las personas privadas de la libertad tienen derecho al trabajo en condiciones dignas y justas. En los establecimientos de reclusión es un medio terapéutico adecuado a los fines de la resocialización. Los procesados tendrán derecho a trabajar y a desarrollar actividades productivas. No tendrá carácter aflictivo ni podrá ser aplicado como sanción disciplinaria. Se organizará atendiendo las aptitudes y capacidades de los internos, permitiéndoles dentro de lo posible escoger entre las diferentes opciones existentes en el centro de reclusión. Debe estar previamente reglamentado por la Dirección General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

---

<sup>175</sup> COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia 47984. [en línea]. Tomado de: [http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol\\_073858a83726409d9092cf6f763756ec](http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_073858a83726409d9092cf6f763756ec)

## LOS BENEFICIOS JUDICIALES

A diferencia de los beneficios administrativos, los judiciales se encuentran regulados principalmente en el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal Colombiano; y se conforma de las siguientes figuras:

- **SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA**

Este mecanismo es también conocido como Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena y se orienta cómo lo indica Quiceno Becerra<sup>176</sup> a un tratamiento penal menos severo para las personas con condenas inferiores a los cuatro años, lo cual permite alcanzar mejores resultados en términos de resocialización del individuo. A través de este mecanismo se suspende la ejecución de la pena impuesta al sujeto durante un periodo de tiempo determinado, previa valoración por parte del Juez de ejecución de penas que debe verificar el cumplimiento de los requisitos del artículo 63 del Código Penal, el cual consagra:

### ARTÍCULO 63. SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA.

Artículo modificado por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente: La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.

---

<sup>176</sup> QUINCENO y RUEDA. Op. Cit., P. P. 68 – 69.

2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo.

3. Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

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

El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad accesorias a esta. En todo caso cuando se trate de lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política se exigirá su cumplimiento<sup>177</sup>

Indica Quiceno Becerra<sup>178</sup> que una vez finalizado el periodo de prueba impuesto al condenado de forma satisfactoria, se producirá la extinción de la condena y la libertad se concederá de forma definitiva por parte del Juez de Ejecución de Penas.

- **LIBERTAD CONDICIONAL**

La libertad condicional es un mecanismo que se encuentra regulado en el artículo 64 del Código Penal, de acuerdo a esta norma el Juez deberá previa valoración de

---

<sup>177</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 del 2000. Artículo 63. Op. Cit.

<sup>178</sup> QUINCENO Y RUEDA. Op. Cit. P. P. 68 – 69.

la conducta, conceder el mecanismo a quienes cumplan con los requisitos establecidos que son de carácter objetivo y subjetivo y que se encuentran regulados así:

ARTICULO 64. LIBERTAD CONDICIONAL. Artículo modificado por el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente: El juez, previa valoración de la conducta punible, concederá la libertad condicional a la persona condenada a pena privativa de la libertad cuando haya cumplido con los siguientes requisitos:

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

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

En todo caso su concesión estará supeditada a la reparación a la víctima o al aseguramiento del pago de la indemnización mediante garantía personal, real, bancaria o acuerdo de pago, salvo que se demuestre insolvencia del condenado.

El tiempo que falte para el cumplimiento de la pena se tendrá como periodo de prueba. Cuando este sea inferior a tres años, el juez podrá aumentarlo hasta en otro tanto igual, de considerarlo necesario.”<sup>179</sup>

Al respecto de este mecanismo ha indicado la Corte Constitucional<sup>180</sup> que este tiene un doble significado, moral y social; moral en cuanto estimula al sujeto condenado que ha mostrado interés en su readaptación y social toda vez que motiva a los demás a seguir el mismo ejemplo, lográndose así la finalidad rehabilitadora de la pena. De esta forma podemos advertir cómo lo hizo Quiceno Becerra<sup>181</sup> que para la libertad condicional el legislador tomó como sustento la resocialización de los individuos que no ameritan que se continúe con la ejecución de la pena.

- **PRISIÓN DOMICILIARIA**

La Prisión Domiciliaria es un mecanismo que conlleva la restricción efectiva y real del derecho a la libertad de la persona condenada, pero en su lugar de residencia o morada, se encuentra regulada en el artículo 38 del Código Penal<sup>182</sup> y se concede de acuerdo con una serie de requisitos que son exigidos por el artículo 38B del mismo código, que establece:

**ARTÍCULO 38B. REQUISITOS PARA CONCEDER LA PRISIÓN DOMICILIARIA.** Artículo adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de

---

<sup>179</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 de 2000. Código Penal, artículo 64. Op. Cit.

<sup>180</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 806 de 2002. [en línea]. Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-806-02.htm>

<sup>181</sup> QUINCENO y RUEDA. Op. Cit. P. P. 69 - 70

<sup>182</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 de 2000. Código Penal, artículo 38c. Op. Cit.

2014. El nuevo texto es el siguiente: 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.
2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.
3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado.

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

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

- a) No cambiar de residencia sin autorización, previa del funcionario judicial;
- b) Que dentro del término que fije el juez sean reparados los daños ocasionados con el delito. El pago de la indemnización debe asegurarse mediante garantía personal, real, bancaria o mediante acuerdo con la víctima, salvo que demuestre insolvencia;
- c) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello;
- d) Permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión. Además deberá cumplir las condiciones de seguridad que le hayan sido impuestas en la sentencia, las contenidas en los reglamentos del Inpec

para el cumplimiento de la prisión domiciliaria y las adicionales que impusiere el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.<sup>183</sup>

Respecto de este mecanismo indica Archila Villalobos<sup>184</sup> que se trata en últimas, de una pena privativa de libertad, que tiene la facultad de permitir el cumplimiento de la sanción en un sitio mucho más apropiado para los fines de resocialización.

### **3.5. RELACIÓN DE LOS BENEFICIOS Y SUBROGADOS PENALES CON LOS FINES DE LA PENA DE PREVENCIÓN ESPECIAL Y REINSERCIÓN SOCIAL**

Cómo se ha mencionado con antelación, la Ley 599 del 2000<sup>185</sup> establece en su artículo cuarto que la pena tendrá como funciones en la fase de ejecución las de prevención especial y reinserción social, las cuales se materializan finalmente en el concepto de resocialización de las personas condenadas. Este concepto de acuerdo a pronunciamientos de la Corte Constitucional<sup>186</sup>, hace parte de nuestro sistema jurídico en la medida que se entiende como un fin que debe perseguir la pena mientras es ejecutada; lo cual guarda una especial relación con el desarrollo que al mismo concepto se le ha dado por parte de la Ley 65 de 1993 en la cual se regula lo que corresponde al Código Penitenciario y Carcelario Nacional, y que integra entre otros temas, la finalidad de la pena, el tratamiento penitenciario y los objetivos que este persigue.

De acuerdo con lo anterior es posible ver por ejemplo que, el artículo 9 de la Ley 65 de 1993 indica que “La pena tiene función protectora y preventiva, pero su fin

---

<sup>183</sup> Ibid. Artículo 388B.

<sup>184</sup> ARCHILA Y HERNÁNDEZ. Op. Cit. P.P. 212-213.

<sup>185</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 del 2000, artículo 4. Op. Cit.

<sup>186</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 430 de 1996. [en línea]. Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-430-96.htm>

fundamental es la resocialización”<sup>187</sup>, continuando con esta lógica el legislador ha dispuesto en el artículo 10 de la misma ley que “El tratamiento penitenciario tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal [...]”<sup>188</sup>, a lo cual se puede agregar respecto a los objetivos del tratamiento penitenciario en su artículo 142 que “El objetivo del tratamiento penitenciario es preparar al condenado, mediante su resocialización para la vida en libertad.”<sup>189</sup>; con este breve recuento normativo es posible ver la forma en que, como se mencionó en el párrafo anterior, los fines o funciones de la pena de prevención especial y reinserción social del artículo 4 del código penal se materializan finalmente durante la ejecución de la misma en el concepto de resocialización.

Precisada la forma en la que interactúa este concepto con los de prevención especial y reinserción social del Código Penal, es necesario traer a colación nuevamente criterios adoptados por la Corte Constitucional<sup>190</sup> bajo los cuales las penas en observancia de los principios de derechos humanos y las normas internacionales adoptadas deben procurar por la resocialización de la persona condenada, siendo así como la pena entendida como instrumento que sirve a este fin de resocialización, debe ser necesaria, útil y proporcional, significando que, como lo precisó la propia corporación en la sentencia C 694 del 2015<sup>191</sup>, si los mismos fines de la pena pueden ser alcanzados a través de otros medios sancionatorios menos severos, deben preferirse estos pues los de mayor restricción dejarían de ser necesarios y útiles, teniendo como objetivo salvaguardar la dignidad y otros derechos del condenado. Es a partir de este presupuesto que surge una relación entre los beneficios y subrogados penales y los fines de la pena, en cuanto a que

---

<sup>187</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 65 de 1993, artículo 9. [en línea]. Tomado de: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0065\\_1993.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0065_1993.html)

<sup>188</sup> *Ibíd.* Artículo 10.

<sup>189</sup> *Ibíd.* Artículo 142.

<sup>190</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia c 806 de 2002. Op. Cit.

<sup>191</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia c 694 de 2015. [en línea]. Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-694-15.htm>

son precisamente este tipo de mecanismos los que permiten alcanzar los fines a través de sanciones más adecuadas para cada caso en particular, sin que se excedan los límites del poder punitivo del Estado.

Es importante recordar, que los subrogados penales, como lo menciona Archila y Hernández<sup>192</sup>, han sido entendidos en nuestro ordenamiento jurídico como mecanismos que se fundamentan en el concepto de resocialización del delincuente y la humanización del derecho penal, además de que la Corte Constitucional ha advertido que “(...) lo que compromete la existencia de la posibilidad de resocialización no es la drástica incriminación de la conducta delictiva, sino más bien la existencia de sistemas que, como los subrogados penales y los sistemas de redención de la pena, garanticen al individuo que rectifica y enruta su conducta, la efectiva reinserción en la sociedad.”<sup>193</sup> lo cual nos permite concluir que además de existir una relación bastante estrecha entre este tipo de mecanismos y los fines de la pena, existe una marcada importancia de estos mecanismos para la consecución de la resocialización de los individuos condenados.

### **3.6. IMPLICACIONES DE LA EXCLUSIÓN DE BENEFICIOS Y SUBROGADOS PENALES RESPECTO DE LOS FINES DE LA PENA**

Es claro hasta el momento que la resocialización de las personas condenadas se constituye como el fin último de la ejecución de la pena, en ese entendido las penas impuestas deben ser las adecuadas para no exceder el límite que este fin impone, para esto es necesario un correcto análisis de las características de la conducta delictiva ejecutada y las características del sujeto que la ejecuta, pues sólo de esta forma es posible determinar cuantitativa y cualitativamente la pena que en el caso

---

<sup>192</sup> ARCHILA y HERNÁNDEZ. Op. Cit., P. 9.

<sup>193</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia c 806 de 2002. Op. Cit.

particular es requerida para alcanzar el fin resocializador sin llegar al equívoco de excederlo.

La imposición de la pena adecuada a la conducta y el sujeto que la configura solo es posible a través de mecanismos que como los beneficios y subrogados penales permitan modelar una pena que antes de su imposición y durante su ejecución guarden correspondencia con el fin resocializador, de otro modo, al imponerse una pena fundamentada en factores objetivos y bajo los cuales exista un rasero para excluir determinados delitos se corre el constante riesgo de exceder los límites e imponer penas no adecuadas. Desafortunadamente el legislador colombiano valiéndose del principio de libertad de configuración normativa ha excluido de antaño los beneficios y subrogados penales para determinadas conductas que en su concepto son vistas como las de mayor gravedad, llegando en la actualidad a exclusiones que no permiten el mínimo análisis de la conducta o el sujeto que la configura, pues ha determinado que procedan de forma objetiva, esto puede ser evidenciado principalmente en el inciso segundo del artículo 68a del código penal, que dicho sea de paso, desde el momento de su modificación a través de la ley 1709 de 2014 que incluyó el segundo inciso, no ha sido sometido a control constitucional como se indicó en su momento.

Esta exclusión objetiva de beneficios y subrogados, no permite que el operador judicial cuente con los mecanismos adecuados para la imposición de penas que se encuentren en correspondencia con la conducta y el sujeto condenado, generando como consecuencia que la pena y su ejecución no responda en la realidad a las características propias del caso, si no a políticas de eficientismo judicial y populismo, impidiendo que se logre alcanzar el fin resocializador y desencadenando toda una serie de problemáticas que son palpables en la actualidad y que se agravan cada día, llegando incluso a superar los límites máximos de dignidad humana.

Una de las problemáticas que surge a raíz de la exclusión de este tipo de mecanismos, y que por su complejidad impide cualquier intento de resocialización, es el aumento desmedido de la población carcelaria que ha generado desde décadas anteriores altos índices de hacinamiento en las cárceles y penitenciarias del país, que sumado a las precarias condiciones en que se encuentra la infraestructura de estos complejos y la falta de condiciones de salubridad y seguridad de las personas reclusas, conlleva a que cualquier pena o medida que se ejecute en estos lugares se torne desproporcionada, inhumana y degradante. No por menos es que la Corte Constitucional en repetidos pronunciamientos a partir de la sentencia T 153 de 1998<sup>194</sup>, hasta la sentencia T 762 de 2015<sup>195</sup> ha declarado el estado de cosas inconstitucional en las cárceles del país.

Otra de las consecuencias de la exclusión de estos mecanismos, que se relaciona directamente con el hacinamiento carcelario y la ejecución de penas inadecuadas y desproporcionadas, es la desocialización de las personas reclusas, pues la permanencia en un ambiente criminógeno, violento, plagado de drogas y donde prima la ley del más fuerte, en lugar de resocializar, genera el efecto contrario. Constituyendo así escuelas del crimen que conllevan a que “El recluso deberá aprender, en el caso de los primarios, el nuevo lenguaje y los códigos de esos enclaves. [...] razón por la cual a la cárcel llegan delincuentes fracasados y los Estados crean delincuentes, en especial del menor y el recluso joven, para pretender luego intentar su readaptación a través del tratamiento.”<sup>196</sup>, es así como producto de estas escuelas del crimen en las cuales se ha convertido la cárcel, lleven a generar altos índices de reincidencia, borrando cualquier posibilidad de alcanzar los fines de la pena a través de su ejecución.

---

<sup>194</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 153 de 1998. [en línea]. Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>

<sup>195</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 762 de 2015. [en línea]. Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>

<sup>196</sup> MENDIETA. Op. Cit. P. 171

Además de las problemáticas anteriores, que son las principales para el tema que nos ocupa, también se presentan como lo ha indica Mendieta Pineda<sup>197</sup> consecuencias carcelarias relacionadas con la enculturación del preso, su despersonalización y su estigmatización como persona.

---

<sup>197</sup> *Ibíd.*

#### 4. CAPÍTULO III: PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

A lo largo de la historia la humanidad ha procurado diseñar e implementar diferentes estrategias en aras de garantizar su bienestar; así pues, en dicho trasegar muchos hombres lucharon por el reconocimiento constitucional de los Derechos Humanos.

Es preciso señalar, que antes del surgimiento de la noción de Derechos Humanos existieron los deberes y con posterioridad se empezó a hablar acerca de los llamados derechos naturales. Después de algunos años, finalmente se logró la positivización de derechos lo que implicó un cambio radical en la concepción misma de ser humano y en las estructuras fundamentales de la sociedad. Así las cosas, se tiene que los primeros catálogos de derechos surgen en el siglo XVIII con el Bill of Rights de la Constitución de Estados Unidos de 1787 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Con posterioridad a ello, y con ocasión de los estragos producidos por la Segunda Guerra Mundial, los Estados empezaron a promulgar Constituciones con catálogos de derechos que recibieron el nombre de fundamentales<sup>198</sup>.

Lo anterior, constituyó un gran logro para la humanidad ya que dar rango constitucional a un grupo de derechos implicó un compromiso estatal con lograr garantizar efectivamente esos mínimos que el legislador primario estableció. No obstante, el surgimiento de los Derechos Fundamentales trajo consigo grandes retos para los operadores judiciales y, por lo tanto, es imperioso el uso de técnicas interpretativas que permitan controlar la materialización de dichos derechos. Una de

---

<sup>198</sup> Algunas de estas Cartas Fundamentales fueron la Constitución Española de 1978, la brasileña de 1988 y la colombiana de 1991.

estas, es el principio de proporcionalidad, la cual reviste gran importancia si se parte de la premisa de que los derechos no son absolutos y por lo tanto en ciertos escenarios se encuentran limitados.

Así las cosas, resulta oportuno poner de presente que según Miguel Carbonell el principio de proporcionalidad, con relación a los derechos, es:

...una técnica de interpretación cuyo objetivo es tutelarlos de mejor manera, expandiendo tanto como sea posible su ámbito de protección, pero haciendo que todos los derechos sean compatibles entre ellos, en la medida en que sea posible. De hecho, el principio de proporcionalidad constituye hoy en día quizá el más conocido y el más recurrente “límite de los límites” a los derechos fundamentales y en esa medida supone una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los propios derechos.<sup>199</sup>

Sin lugar a duda, este principio constituye una herramienta que debe ser utilizada por los operadores jurídicos cuando deben pronunciarse frente a la eventual limitación de un derecho fundamental. Lastimosamente, la aplicación de este en ocasiones resulta desafortunada, al respecto Carbonell señala que la falta de destreza teórica para aplicar esta técnica produce: “sentencias de los más altos tribunales que contienen crasos errores de interpretación, o recomendaciones y observaciones de organismos públicos no jurisdiccionales encargados de proteger los derechos que adolecen de los pertinentes razonamientos jurídicos<sup>200</sup>”.

---

<sup>199</sup> ROBERT, Alexy. Citado por CARBONELL, Miguel. El principio de proporcionalidad y la Interpretación constitucional. Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2008. ISBN 978-9978-92-686-4. P. 10.

<sup>200</sup> Ibid., P. 11.

Por lo anterior, resulta pertinente poner de presente algunas bases teóricas en aras de identificar cómo los operadores constitucionales deben aplicar esta técnica interpretativa.

#### **4.1. REGLAS Y PRINCIPIOS**

En los ordenamientos jurídicos existen diferentes tipos de normas, ya que estas son agrupadas en atención a diversos criterios. Como ejemplo de lo anterior, se tiene que en el sistema jurídico colombiano existen leyes estatutarias, orgánicas y ordinarias, en atención a la materia que regulan y el procedimiento que debe ser adelantado para su expedición.

Así mismo, existen clasificaciones establecidas por los juristas como Hans Kelsen y Herbert L. A. Hart, quienes distinguen entre normas primarias y secundarias. Sin embargo, es preciso hacer hincapié en la clasificación de las normas como reglas y principios, expuesta por Dworkin y Robert Alexy, la cual si bien no se encuentra establecida en un texto legal en la práctica jurídica tiene una gran trascendencia.

Al respecto, debe indicarse que la clasificación expuesta por Dworkin y Alexy ha sido ampliamente debatida en el ámbito académico y resulta oportuno poner de presente algunas consideraciones realizadas por el jurista italiano Luigi Ferrajoli. Frente a este asunto, sostiene que la diferencia entre la mayor parte de los principios y las reglas no es de carácter estructural sino de estilo<sup>201</sup> e indica que:

---

<sup>201</sup> El maestro Ferrajoli sostiene que: “La formulación de muchas normas constitucionales y, en particular, de los derechos fundamentales en forma de principios, no es solo un hecho de énfasis retórico, sino que tiene una ineludible relevancia política: en primer lugar, porque los principios enuncian expresamente y, por ello, solemnemente, los valores ético-políticos que proclaman, en relación con los cuales las reglas son, en cambio, «opacas»; y en segundo lugar, y sobre todo, porque aquellos, cuando enuncian derechos, sirven para explicitar la titularidad de las normas

...mas allá del estilo, cualquier principio que enuncia un derecho fundamental - por la recíproca implicación que liga a las expectativas en que consisten los derechos, con las obligaciones o prohibiciones correspondientes - equivale a la regla consistente en la correlativa obligación o prohibición. Justamente porque los derechos fundamentales son universales (omnium), consisten en normas, interpretables siempre como reglas, a las que corresponden deberes absolutos (erga omnes) que tambien consisten en reglas. <sup>202</sup>

Ahora bien, es necesario hacer hincapié, con relación a lo anterior, en que el maestro Ferrajoli no sostiene que la distinción entre principios y reglas carezca de fundamento, sino que lo que pretende señalar es que tiene un alcance mucho más restringido del que se le otorga toda vez que la mayor parte de los principios se comportan como reglas.

Realizada la anterior precisión, es oportuno poner de presente que las reglas pueden ser definidas como mandatos definitivos, al respecto el jurista Robert Alexy señala que estas normas:

...ordenan algo para el caso de que se satisfagan determinadas condiciones. Por ello, son normas condicionadas. Sin embargo, las

---

constitucionales que confieren derechos a las personas o los ciudadanos y, de ahí, la colocación de estos en posición supra-ordenada al artificio jurídico, como titulares de otros tantos fragmentos de la soberanía popular.” FERRAJOLI, Luigi. CONSTITUCIONALISMO PRINCIPIALISTA Y CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA. P. 39. [en línea]. Tomado de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30355.pdf>

<sup>202</sup> *Ibíd.* P. 39- 40.

reglas pueden revestir también una forma categórica. Un ejemplo de ello sería una prohibición absoluta de tortura. Lo decisivo es, entonces, que si una regla tiene validez y es aplicable, es un mandato definitivo y debe hacerse exactamente lo que ella exige. Si esto se hace, entonces la regla se cumple; si no se hace, la regla se incumple. Como consecuencia, las reglas son normas que siempre pueden cumplirse o incumplirse.<sup>203</sup>

Por otra parte, Rentería Díaz, siguiendo la doctrina dworkiniana, ha señalado que los principios son: “estándares que deben ser observados no porque en algún sentido puedan favorecer o asegurar determinadas ventajas de naturaleza económica, social o política vista como preferible, sino porque presuponen una exigencia de justicia y/o de igualdad, o alguna otra dimensión de moralidad.”<sup>204</sup>

Aunado a ello, Robert Alexy<sup>205</sup> ha señalado que los principios, a diferencia de las reglas, son normas que ordenan hacer algo en la mayor medida posible de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Así las cosas, para este autor los principios son mandatos de optimización toda vez que pueden ser cumplidos en diferentes grados. Sin embargo, lo mismo exigen la máxima realización posible, por lo cual se han establecido herramientas en aras de asegurar dicho ideal, entre las cuales se encuentra el principio de proporcionalidad.

---

<sup>203</sup> Ibid., P. 14.

<sup>204</sup> RENTERÍA DÍAZ, Adriana. Hart, Dworkin: Reglas y principios. P.5. [en línea]. Tomado de: <http://www.rtf.es/numero20/10-20.pdf>

<sup>205</sup> ROBERT, Alexy. La fórmula del peso, citado por CARBONELL, Miguel. El principio de proporcionalidad y la Interpretación constitucional. Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. P. 14.

## 4.2. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad tiene por finalidad servir como una herramienta hermenéutica útil para tutelar de la mejor manera posible el ámbito de protección de los principios. Así las cosas, este principio cuenta con tres sub-principios los cuales son idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; de los cuales los dos primeros hacen referencia a las posibilidades fácticas y el tercero a las jurídicas.

A continuación, se abordarán estos tres sub principios con relación al Derecho penal ya que es el asunto que compete para el presente documento. Así pues, debe indicarse en un primer momento que los subprincipios de idoneidad y necesidad según Mir Puig son congruentes con una fundamentación utilitaria del Derecho penal. Por lo anterior, este autor sostiene que dicha fundamentación “presupone que la intervención penal sea idónea, esto es, un medio capaz de conseguir el fin de protección pretendido: si el Derecho penal fuera inútil, incapaz de evitar delitos, no sería legítimo en un Estado que sólo puede limitar derechos de sus ciudadanos si ello redundaría en una mayor protección de los derechos.”<sup>206</sup>

Al respecto es oportuno hacer hincapié en que según Robert Alexy<sup>207</sup> este subprincipio es un criterio negativo, ya que mediante este se logra detectar qué medios no son idóneos. Por ello, es importante señalar que este no lo fija todo, sino que únicamente excluye los medios no idóneos.

---

<sup>206</sup> MIR. Op. Cit., P. P. 76-77.

<sup>207</sup> ROBERT, Alexy. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales. P.27. [en línea]. Tomado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/289390.pdf>.

Así mismo, con relación al subprincipio de necesidad, el jurista Mir Puig, indica que la intervención penal exige que:

[E]l fin de protección perseguido no pueda ser conseguido con un menor coste en afectación de derechos, esto es, que no haya alternativas a la intervención penal menos lesivas que ésta. Ello obliga a respetar el principio de intervención mínima, que no ha de entenderse en el sentido de un mínimo absoluto, sino en el del mínimo necesario para cumplir con la finalidad de protección, un mínimo relativo que implica que no existan medios menos graves (menos pena o un medio no penal: subsidiariedad del Derecho penal) para conseguir aquella finalidad. En este mismo sentido, el subprincipio de necesidad exige que la intervención penal sea el último recurso: la última ratio.<sup>208</sup>

Ahora bien, como se indicó con el subprincipio de idoneidad, el de necesidad también es un criterio que permite la selección de medios, con respecto a esto es oportuno indicar que Alexy<sup>209</sup> señala que si bien el legislador no está en la obligación de adoptar el medio más benigno, sí es posible afirmar que le está prohibido optar por uno que implique sacrificios innecesarios para los derechos fundamentales.

Por otra parte, con relación al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se tiene que este:

[R]equiere un juicio de ponderación de la importancia respectiva de la afectación del derecho que implica la intervención penal y de la

---

<sup>208</sup> MIR. Op. Cit., P. 77.

<sup>209</sup> Robert. Op. Cit., P. 29.

importancia de los bienes a cuya protección ha de servir aquella intervención. Una vez comprobada la idoneidad [...] y la necesidad [...], aún falta comprobar que el coste de la intervención penal, representado por la limitación de derechos que supone, no sea mayor que el beneficio<sup>210</sup>

Así las cosas, es necesario indicar que si una medida interviene en los derechos fundamentales sin cumplir con las exigencias de los tres subprincipios referidos anteriormente esta debe ser declarada inconstitucional. Esta tarea, en el ordenamiento jurídico colombiano, se encuentra en cabeza de la Corte Constitucional quien mediante sus decisiones debe verificar que el acto puesto bajo su consideración persiga un fin constitucionalmente legítimo y el medio empleado sea adecuado para alcanzarlo. Así mismo, debe indagar que en el evento de existir más de un medio idóneo se elija aquel que sea más benigno con el derecho fundamental que pretende ser afectado. Y, finalmente, debe valorar que las ventajas ofrecidas por el acto bajo estudio superen los sacrificios que el mismo implica para los titulares de los derechos fundamentales intervenidos y para la sociedad.

En el marco de lo señalado en las líneas precedentes, es imperioso hacer hincapié en que Colombia es un Estado social de derecho<sup>211</sup>, por lo cual está en la obligación de tratar a todas las personas como titulares de derechos fundamentales, ello incluye a quienes incurrir en la comisión de una conducta punible los cuales, por sus actos, reciben una pena que vulnera gravemente sus derechos. Al respecto Mir Puig sostuvo lo siguiente:

---

<sup>210</sup> MIR. Op. Cit., P. 77.

<sup>211</sup> Al respecto la Constitución Política de Colombia señala: Artículo 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

La carga aflictiva de las penas no deberá representar un coste superior al beneficio que con ellas se obtiene en términos de protección. Ni deberá castigar si no es necesario para la protección de los ciudadanos, ni deberá hacerlo sin tomar en cuenta los derechos de todos, incluidos los que delinquen. En este modelo de Estado la pena habrá de ser necesaria para la prevención de delitos, pero al mismo tiempo deberá someterse a límites relacionados con los derechos de los acusados. Deberá tener una función de prevención limitada<sup>212</sup>.

De igual manera, resulta oportuno señalar que el Tribunal Constitucional tiene una tarea especialmente importante en esta materia ya que como lo señala el jurista Bernal Pulido<sup>213</sup> su competencia para determinar el contenido de los derechos fundamentales tiene un carácter estrictamente interpretativo razón por la cual no se encuentra habilitado para tomar decisiones políticas en contra de las leyes; por ello, sus decisiones no deben basarse en argumentos de autoridad sino encontrarse fundadas en una rigurosa interpretación de los derechos fundamentales.

Frente a lo anterior, es pertinente precisar que debe ser entendido por una fundamentación correcta, al respecto el Dr. Bernal Pulido señala que esta es lograda cuando: “se estructura mediante un razonamiento jurídico riguroso, que respeta las reglas de la lógica, está provisto de un elevado grado de racionalidad y se asienta en la menor medida posible en argumentos de oportunidad política”<sup>214</sup>.

---

<sup>212</sup> MIR. Op. Cit., P. 72.

<sup>213</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD y los derechos fundamentales, El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador. 4 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. P. 81.

<sup>214</sup> Ibid. P.P. 81-82.

Así mismo, este jurista<sup>215</sup> señala que el principio de proporcionalidad consiste en una estructura que sirve como criterio para la fundamentación y concreción de las normas iusfundamentales. Por ello, para los fines propios de la presente investigación se tendrá que el principio de proporcionalidad, siguiendo la teoría expuesta por el Doctor Bernal Pulido<sup>216</sup>, será utilizado como un instrumento metodológico para concretar los límites que las disposiciones iusfundamentales imponen a la acción del legislador nacional, en concreto frente a la norma establecida en el artículo 68A de la Ley 599 del 2000<sup>217</sup>.

#### **4.3. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES PENALES**

Las leyes penales son una expresión del ius-puniendi del Estado, y como tales deben ser limitadas. Así las cosas, se tiene que en un Estado social y democrático

---

<sup>215</sup> Ibid. P. 225.

<sup>216</sup> Ibid. P. 631.

<sup>217</sup> Frente a este asunto, debe ponerse de presente la siguiente consideración expuesta por el Doctor Bernal: "Frente a este asunto, debe ponerse de presente la siguiente consideración expuesta por el Doctor Bernal Pulido: "Ningún buen grupo parlamentario debería estar dispuesto a apoyar medidas legislativas que restringiesen los derechos fundamentales si estas no fueran útiles para fomentar ningún objetivo legítimo -principio de idoneidad-; así como tampoco debería estar dispuesto a patrocinar la adopción de una medida legislativa que fuera menos benigna con la libertad en comparación con otras medidas alternativas disponibles e igualmente eficaces -principio de necesidad-; y tampoco, la toma de decisiones legislativas que causaran graves menoscabos a los derechos fundamentales sin que reportaran un grado aceptable de utilidad común - principio de proporcionalidad en sentido estricto. No obstante, de esta circunstancia no puede derivarse la conclusión de que el debate argumentativo en el seno de la institución legislativa está estructurado por el principio de proporcionalidad. Su ámbito de actuación se ubica más bien en la etapa de control de constitucionalidad de las leyes. En esta etapa, dicho principio despliega todos sus efectos para determinar el contenido vinculante de los derechos fundamentales, y de este modo se ofrece como un instrumento metodológico para establecer si dicho contenido ha sido transgredido por la ley." BERNAL PULIDO, Carlos. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD y los derechos fundamentales, El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador. 4 ed. Colombia: Universidad Externado de Colombia. 2014, 685 p. ISBN 9789587720884.

de derecho las penas establecidas por el legislador deben ser proporcionales al delito, al respecto el Doctor Mir Puig señaló que:

...la proporcionalidad entre la pena y el delito debe basarse en la ponderación ex ante que debe efectuar el legislador al señalar la penal al delito en la ley: tal pena habrá de resultar proporcionada al delito que quiere evitarse mediante el efecto de prevención que se espera de la conminación penal típica. Si el delito se comete, la pena debe imponerse no para retribuir el hecho pasado, sino para confirmar la seriedad de la amenaza legal y mantener así su eficacia preventiva futura, y para añadir el efecto de prevención especial en el delincuente<sup>218</sup>.

De lo anterior, es oportuno hacer hincapié en que si bien la pena establecida por el legislador debe ser proporcional, este análisis debe incluir el momento de la imposición de la misma toda vez que esta no debe responder a fines retribucionista, que son distintos a la retribución justa, sino a criterios de eficacia de la norma y los fines de prevención general, con relación a confirmar la seriedad de la amenaza, y especial.

Ahora bien, es importante indicar que para dar aplicación del principio de proporcionalidad es necesario identificar la existencia de una colisión entre dos o más principios constitucionales. Por ello, el primer asunto que debe ser abordado es la determinación de los derechos fundamentales que son afectados por la norma penal que está siendo objeto del análisis, para esto es necesario tener en cuenta la clase, la cuantía de la pena establecida y las implicaciones de la misma. Frente a

---

<sup>218</sup> MIR. Op. Cit., P. 84.

esto, la Doctora Lopera Mesa<sup>219</sup> indica que a través de la norma de sanción se interviene no solo en la libertad personal del condenado, sino en todos los demás derechos que se ven afectados por la ejecución de la pena de prisión.

Una vez realizado lo señalado anteriormente, es necesario establecer si el fin perseguido por el legislador con la norma está acorde con los postulados constitucionales. Esto se lleva a cabo identificando cual es el bien jurídico que pretende ser protegido mediante el uso de la norma penal y, seguidamente, verificar que no contraría las disposiciones constitucionales.

Teniendo presente lo expuesto hasta este punto, es relevante realizar algunas consideraciones con respecto a cómo es utilizado el principio de proporcionalidad cuando se analiza la constitucionalidad de una norma penal. Así pues, es necesario partir de que este ejercicio resulta especialmente complejo al considerar que debe armonizar con la competencia decisoria con la que cuenta el legislador nacional, toda vez que este Órgano democrático goza de una amplia libertad lo cual restringe en gran medida la aplicación de los subprincipios de la proporcionalidad.

Al respecto la Doctora Lopera Mesa señala<sup>220</sup>, en primer lugar, que el legislador está habilitado para elegir los fines que desea perseguir con el único límite de no optar por uno proscrito por la Constitución, ello desde un juicio de validez constitucional; sin embargo, a partir de un juicio de legitimidad de la norma penal deberá considerarse que al afectar derechos fundamentales solo debe ser empleada cuando se pretendan tutelar bienes de la misma importancia. En segundo lugar,

---

<sup>219</sup> LOPERA, Gloria. Principios de proporcionalidad y control constitucional. Citado por CARBONELL, Miguel. El principio de proporcionalidad y la Interpretación constitucional. Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. P. 274

<sup>220</sup> Ibid. P.P. 292-294.

cuenta con un amplio margen para la elección del medio que desea emplear, frente a ello, desde la legitimidad externa se debe concluir que el legislador debe optar por el medio más eficiente, ello implica que este sea el más idóneo e implique un menor sacrificio para los otros bienes jurídicos; por otra parte, en el marco de un juicio de validez, el subprincipio de idoneidad no implica la elección del medio más idóneo, sino que se constituye como un criterio negativo para excluir los medio abiertamente inadecuados y con relación al subprincipio de necesidad debe decirse que este se ve reducido a la prohibición de que el legislador realice sacrificios manifiestamente innecesarios para los derechos fundamentales.

Así mismo, resulta relevante destacar que esta importante jurista hace referencia a que el legislador cuenta con un margen de acción epistémico, por lo cual, dentro de ciertos límites, este Órgano democrático está habilitado para tomar decisiones que afecten derechos fundamentales con base en premisas inciertas. Al respecto se destaca lo siguiente:

Exigir al legislador que sólo dicte medidas que afecten derechos fundamentales sobre la base de premisas empíricas seguras implicaría reducir al mínimo su competencia decisoria, habida cuenta de que buena parte de las regulaciones legislativas tratan de ordenar ámbitos complejos de la realidad social, respecto de los cuales difícilmente se dispone de conocimientos seguros [...] Pero, por otra parte, admitir que el legislador actúe sobre la base de premisas inseguras introduce la posibilidad de que éste dicte medidas que afecten gravemente derechos con respaldo en información falsa. Ante este dilema se admite una solución intermedia, consistente en reclamar un mayor grado de certeza a las premisas que sustentan la medida legislativa cuánto más intensa sea la intervención en derechos fundamentales que con ella se produce.

De este modo, el margen de acción que se confiere al legislador para decidir sobre la base de premisas inciertas se amplía o reduce en función de la intensidad con que tales decisiones afecten derechos fundamentales.<sup>221</sup>

Así las cosas, cobra especial relevancia la correcta aplicación del principio de proporcionalidad ya que este permite llevar a cabo un análisis en aras de determinar la intensidad de la intervención que la norma penal tiene con relación a los derechos fundamentales, logrando de esta manera valorar si el legislador actuó bajo sus competencias.

Aunado a ello, con relación a la legitimidad de las normas penales la Doctora Lopera Mesa<sup>222</sup> sostiene que la certeza sobre las premisas que pretenden justificar la intervención penal es especialmente importante en atención a que si no es posible acreditar que la norma es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto para tutelar un bien jurídico, la misma, a pesar de provenir de un Órgano democrático legítimo, no reunirá las condiciones requeridas para afirmar que ha sido producto de un ejercicio legítimo del ius puniendi del Estado aún siendo constitucionalmente válida.

Ahora bien, como es evidente a partir de lo señalado hasta este punto, la aplicación del principio de proporcionalidad se debilita considerablemente cuando se utiliza para analizar una norma penal. No obstante, a continuación se presentan algunos aspectos, siguiendo lo desarrollado por la jurista Lopera Mesa<sup>223</sup>, con la finalidad de

---

<sup>221</sup> Ibid. P.P. 294-295.

<sup>222</sup> Ibid. P. 296.

<sup>223</sup> Ibid. P.P. 299-300

establecer argumentos que permitan señalar que la Corte Constitucional debe variar su postura y optar por realizar un análisis más estricto de la constitucionalidad de las normas penales con base en el principio de proporcionalidad. Teniendo presente lo anterior, es oportuno partir de la consideración de que el principio de proporcionalidad al ser una estructura argumentativa permite respetar la libertad de configuración del legislador y el deber de procurar la máxima efectividad de los derechos fundamentales.

En primer lugar, sostener que el control constitucional de las normas penales debe limitarse a extirpar exabruptos implica desconocer que una de las principales razones del mismo es promover una cultura pública deliberativa que exija que el Organismo legislativo justifique las razones de sus actos; esto implica, que esta obligación no debe reducirse a abstenerse de fundar sus decisiones en postulados cuya falsedad no sea evidente o abiertamente contrarios a la constitución. En segundo lugar, un control que solo opera frente asuntos que sean abiertamente irracionales o inconstitucionales resulta insuficiente para resolver los conflictos que surgen en condiciones normales y por lo tanto no responde a la necesidad de limitar el poder del Estado. En tercer lugar, esta línea de pensamiento debilita gravemente la vinculación del legislador a los derechos fundamentales, toda vez que genera una divergencia entre lo garantizado por ellos y la posibilidad de hacerlos efectivos frente al legislador.

De igual manera, debe indicarse que la postura del control mínimo desconoce el reconocimiento unánime de que el derecho penal es el mecanismo más severo para procurar el control social ya que incide en gran medida sobre los derechos

fundamentales; por ello, debe exigir un control de constitucionalidad mucho más riguroso del que en la actualidad se lleva a cabo<sup>224</sup>.

Así las cosas, el modelo de Estado adoptado por Colombia exige que mediante el control de constitucionalidad se verifique que el legislador apoyó sus actuaciones en premisas empíricas debidamente respaldadas en el conocimiento científico que esté disponible y no meramente en convicciones o suposiciones socialmente respaldadas.

#### **4.4. RELACIÓN ENTRE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y PROPORCIONALIDAD**

Para poder realizar una aproximación adecuada al tema que se pretende abordar respecto de la relación entre el principio de legalidad y el principio de proporcionalidad, consideramos necesario iniciar con lo que corresponde a la delimitación conceptual de la legalidad como principio del derecho y posteriormente como principio de derecho penal.

---

<sup>224</sup> Al respecto la Doctora Lopera Mesa señala: "...el recurso al derecho penal no expresa la opción por un instrumento cualquiera de política legislativa, sino la voluntad de emplear la herramienta más contundente con que cuenta el estado para disciplinar la conducta de los ciudadanos, no sólo en razón de la especial aflictividad de sus sanciones – privación de la libertad y de otras posiciones iusfundamentales especialmente significativas y necesarias para que el individuo pueda desenvolverse plenamente en sociedad - sino también por la peculiar carga simbólica que va asociada a la definición de una conducta como delito y de una determinada sanción como pena, las cuales incorporan un plus de gravedad que en principio está ausente cuando la misma prohibición y la misma sanción son disciplinadas por conducto de otras normas del ordenamiento. Esta opción deliberada por los máximos medios ha de estar sometida a una especial carga de legitimación así como a una fiscalización especialmente exigente por parte del órgano que tiene a su cargo el control de constitucionalidad de las leyes." CARBONELL, Miguel. El principio de proporcionalidad y la Interpretación constitucional. Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2008. P.P.686-4. 300.

Al respecto Sandoval Mesa<sup>225</sup> indica que de acuerdo con su definición académica el principio de legalidad, es aquél principio bajo el cual los ciudadanos y todos los poderes públicos, se encuentran sometidos a las leyes y el derecho, precisando que en el Estado constitucional actual se consagra como una manera de preservar la libertad, lo cual lleva en últimas a constituir este principio como una garantía de derechos para los ciudadanos que se encarga de eliminar la arbitrariedad judicial y, en la actualidad, mantener a los poderes públicos dentro del marco de la ley.

En cuanto al principio de legalidad en materia penal Muñoz Conde<sup>226</sup> indica que este “establece que la intervención punitiva estatal, tanto al configurar el delito como al determinar, aplicar y ejecutar sus consecuencias, debe estar regida por el ‘imperio de la ley’, entendida ésta como expresión de la voluntad general”, lo cual pretende en palabras de Sandoval Mesa<sup>227</sup>, evitar la arbitrariedad del poder punitivo del Estado y el sacrificio de las garantías mínimas de los ciudadanos, constituyéndose como un principio de vital importancia en el ámbito penal debido a su trascendencia constitucional.

Este principio en el marco de los modernos Estados Constitucionales de derecho implica la sujeción de los jueces a la ley y la constitución, generando una doble garantía que tipo formal y material que cómo lo manifiesta Sandoval Mesa “se traduce en primer lugar, en el rango y clase de normas a través de las cuales se lleva a cabo la tipificación de conductas sancionables, y la segunda exigencia se

---

<sup>225</sup> SANDOVAL MESA, Jaime. El principio de legalidad en materia penal en Colombia y su proceso de transformación. Tensiones entre la ley positiva y los criterios de seguridad jurídica, justicia material y legitimidad. Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2016. P.P. 10 – 11.

<sup>226</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes. Citado por SANDOVAL MESA, Jaime. Derecho Penal. Parte General. 9ª edición. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanche, 2015. P. 77.

<sup>227</sup> SANDOVAL, Op. Cit. P. 12.

refiere a que tanto la conducta prohibida como la sanción por su comisión sean objeto de predeterminación normativa”<sup>228</sup>

De igual forma, es importante precisar lo que corresponde a los conceptos de mera y estricta legalidad, frente a estos se ha pronunciado la Corte Constitucional<sup>229</sup> manifestando que la mera legalidad hace referencia a “la reserva legislativa para definir los tipos y las sanciones penales”, por su parte la estricta legalidad “se refiere a una forma de producción de las normas, consistente en la definición precisa, clara e inequívoca de las conductas castigadas.” Estas definiciones, realizadas por la Corte, mantienen una estrecha correspondencia con las que realiza el jurista Luigi Ferrajoli<sup>230</sup> al indicar que la mera legalidad es “una regla de distribución del poder penal que prescribe al juez determinar como delito lo que está reservado al legislador predeterminar como tal”, y en cuanto a la estricta legalidad en el entendido que se trata de “una regla metalegal de formación del lenguaje penal que a tal fin prescribe al legislador el uso de términos de extensión determinada en la definición de las figuras delictivas, para que sea posible su aplicación en el lenguaje judicial como predicados “verdaderos de los” hechos procesalmente comprobados.”

En la actualidad este principio se materializa en el ordenamiento jurídico interno a través de la Constitución Política de 1991 en su artículo 29, en el cual se consigna entre otros, que ninguna persona podrá ser juzgada sino de conformidad a las leyes preexistentes al acto que le es imputado. Lo anterior llevaría a pensar que en el contexto de la noción formal del principio de legalidad, y en atención a la garantía de seguridad jurídica, los jueces de la República sólo tendrían, salvo las

---

<sup>228</sup> SANDOVAL, OP. Cit., P.

<sup>229</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 091 de 2017. [en línea]. Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/c-091-17.htm>

<sup>230</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Editorial Trotta, 2018. P. 378.

excepciones legales, que aplicar las leyes creadas por el legislador, sin la posibilidad de realizar algún reparo respecto a las mismas.

Sin embargo, el principio de legalidad, entendido bajo el concepto de estricta legalidad o de constitucionalidad, permite ser complementado a través del principio de proporcionalidad en el entendido que como lo precisa Ávila Santamaría<sup>231</sup> los legisladores y jueces tienen la obligación de materializar el principio de legalidad; para el caso de los legisladores, a través de leyes adecuadas a la constitución y, para el caso de los jueces, con sentencias respetuosas del texto superior.

Respecto a lo anterior, es de suma importancia resaltar el rol que tienen los jueces como garantes de los derechos constitucionales de las personas, y principalmente en áreas como la del derecho penal en la cual el juez no puede ser un mero aplicador de la ley penal, esto en consideración a que el juez tiene bajo su conocimiento casos concretos de personas reales y hechos complejos<sup>232</sup>, en los cuales se encuentran en tensión derechos tan importantes como el de la dignidad humana y la libertad.

En este tipo de casos difíciles es donde el juez penal logra integrar armónicamente el principio de legalidad como límite al poder punitivo del Estado y como mecanismo para la protección de derechos de las personas y, el principio de proporcionalidad, que ingresa a complementar estas finalidades como una herramienta de argumentación, para, en caso de considerarse necesario por parte del juez, inaplicar

---

<sup>231</sup> AVILA SANTAMARÍA, Ramiro. El principio de legalidad v. el principio de proporcionalidad (reflexiones sobre la constitucionalidad de las leyes penales y el rol del legislador y los jueces. Citado por CARBONELL, Miguel. El principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. P. 308

<sup>232</sup> Ibid. P. 329.

la norma que para el caso en concreto entra en contradicción con la constitución o normas de derecho internacional<sup>233</sup>.

Frente a este aspecto Arias Holguín ha manifestado que los jueces tienen el deber de “realizar un juicio de proporcionalidad cuando en un caso concreto van a adoptar la decisión de imponer pena (qué pena, cuál pena y cuánta pena). Ello con la finalidad de evitar que lo que el legislador no pudiera prever en el proceso de criminalización primaria, y que pueda derivar en tratos desproporcionados, sea aplicado.”<sup>234</sup> Precisión que aunque hace referencia al ejercicio de dosificación de la pena por parte del sentenciador, no se limita únicamente a este asunto, sino que debe extenderse a consideraciones relativas a la aplicación del principio de proporcionalidad cuando se trata de conceder o negar los beneficios y subrogados penales.

En este punto es oportuno poner de presente que el maestro Luigi Ferrajoli sostiene, al abordar el principio de proporcionalidad, lo siguiente:

[L]a idea en apariencia elemental de la proporcionalidad de la pena al delito no ofrece, de por sí, ningún criterio objetivo de ponderación. Una vez dissociada la calidad de la primera de la calidad del segundo y reconocida la insalvable heterogeneidad entre una y otro, no existen en efecto criterios naturales, sino sólo criterios pragmáticos basados en valoraciones ético-políticas o de oportunidad para establecer la calidad y la cantidad de la pena adecuada a cada delito. De ello se sigue que el problema de la justificación del tipo y de la medida de la pena aplicables

---

<sup>233</sup> Ibid. P. 332.

<sup>234</sup> ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. Proporcionalidad, pena y principio. Barranquilla: Universidad del Norte. P. 35.

en cada caso, como por lo demás el apenas discutido de los límites máximos de pena sea cual fuere el delito cometido, es un problema moral y político, es decir, exclusivamente de legitimación externa.<sup>235</sup>

Así las cosas, el maestro Ferralóji propone descomponer el problema planteado en tres subproblemas los cuales serán brevemente desarrollados a continuación.

En primer lugar, se tiene la pre-determinación legal de la pena, su escala y los límites máximos y mínimos de la misma. Al respecto es necesario partir de que para el legislador la primera dificultad, con relación a determinar la entidad de la pena, radica en la noción “gravedad” del delito; para ello, el autor señalado plantea que en un sistema garantista se deben incluir los principios axiológicos de la lesividad y la culpabilidad para determinar los límites de la pena<sup>236</sup>. No obstante, lo anterior ha implicado una gran dificultad ya que se genera una discusión en torno al peso que debe asignarse a cada uno de los dos criterios respecto del otro. Por ello, el maestro Ferrajóli, después de realizar un análisis relativo a los criterios para determinar los límites máximos y mínimos de la pena, sostiene que:

Aunque sea imposible medir la gravedad de un delito singularmente considerado, es posible, por tanto, afirmar, conforme al principio de proporcionalidad, que desde el punto de vista interno, si dos delitos se castigan con la misma pena, es que el legislador los considera de gravedad equivalente, mientras que si la pena prevista para un delito es más severa que la prevista para otro, el primer delito es considerado más grave que el segundo. De ello se sigue que si desde el punto de vista

---

<sup>235</sup> FERRAJOLI. Op. Cit., P. 398.

<sup>236</sup> Ibid. P. 399.

externo dos delitos no son considerados de la misma gravedad o uno se estima menos grave que el otro, es contrario al principio de proporcionalidad que sean castigados con la misma pena o, peor aún, el primero con una pena más elevada que la prevista para el segundo. En todos los casos el principio de proporcionalidad equivale al principio de igualdad en materia penal.<sup>237</sup>

En segundo lugar, se encuentra la determinación judicial de la pena, su cálculo y el principio de equidad. Frente a este asunto, el maestro Ferralóji plantea que el problema radica en los espacios de discrecionalidad judicial; razón por la cual, pone de presente que a lo largo de la historia se ha sostenido de manera equivocada que la solución de este asunto corresponde únicamente al principio de legalidad toda vez que esta concepción implica equiparar injustamente situaciones iguales en cuanto a la descripción realizada por la ley (denotación) pero que difieren sustancialmente en los rasgos específicos del hecho (connotación). Así las cosas, debe indicarse que al juez le corresponde tanto la verificación o prueba de la denotación del hecho como delito como la individualización y comprensión de la connotación del mismo.<sup>238</sup>

Por lo anterior, es importante indicar que la denotación permite una comprobación empírica por parte del juez en aras de fundar su decisión; sin embargo, con respecto a la connotación, inevitablemente resulta necesario llevar a cabo juicios de valor y son estos los que constituyen la discrecionalidad fisiológica de la comprensión judicial.<sup>239</sup> Frente a esto, el maestro Ferrajolí afirma que no es posible pretender el

---

<sup>237</sup> *Ibíd.* P. 402.

<sup>238</sup> *Ibíd.* P. P. 402-404.

<sup>239</sup> *Ibíd.* P. 405.

establecimiento de controles ciertos y objetivos; y, señala que solo se pueden dar las siguientes indicaciones referentes al método y al contenido:

En el plano del método [...] se sigue que el juicio debe ser tan avalorativo en la denotación como valorativo en la connotación; tan imparcial y exclusivamente vinculado a la ley y a las pruebas en la verificación, como simpatético y abiertamente inspirado en los valores constitucionales en la comprensión. En cuanto al contenido, el objeto de la connotación judicial debe limitarse al hecho enjuiciado y no extenderse a consideraciones extrañas a él. En consecuencia, a los fines de la connotación están excluidas consideraciones o juicios en materia de prevención o de defensa social: puesto que dentro de un sistema garantista la función judicial no puede tener otros fines que la justicia del caso concreto, el juez no puede proponerse finalidades de prevención general que harían de cada una de sus condenas una sentencia ejemplar.<sup>240</sup>

En tercer lugar, se encuentra la determinación de la pena en la fase ejecutiva y el principio de certeza. Este problema, expuesto por el maestro Ferrajoli, pretende determinar si es legítima la modificación de la pena en sede de ejecución. Al respecto el jurista italiano indica:

Esta doble función de la pena -ejemplar en el momento de la condena, disciplinaria y compromisoria en el momento de la ejecución- confiere por lo demás a las instituciones punitivas un carácter fuertemente potestativo

---

<sup>240</sup> *Ibíd.* P. P. 405-406.

y totalizante. De ello se sigue una suerte de duplicación del trabajo judicial: la pena, después de haber sido determinada por los jueces en relación con el delito cometido, deberá redeterminarse por los órganos encargados de la ejecución en relación con la conducta vital en la cárcel. Se confiere así a estos órganos un poder inmenso e incontrolado: la pena cuantitativamente flexible y cualitativamente diferenciada en sede de ejecución no es menos despótica, en efecto, que las penas arbitrarias premodernas, de las que difiere solamente porque el arbitrio, en lugar de agotarse en el acto de su irrogación, se prorroga durante todo el curso de su aplicación.<sup>241</sup>

Por lo anterior, este importante jurista sostiene que las medidas alternativas, al estar libradas al arbitrio de los órganos encargados de su concesión, vulneran el principio de certeza y la dignidad humana de los condenados. Así las cosas, el maestro Ferralhoji señala lo siguiente:

En lo que respecta a la cultura jurídica dominante, un signo evidente de su pérdida del punto de vista externo está en el hecho de que no reclama «buenas leyes» que atenúen las penas legalmente previstas y, en cambio, presenta las medidas alternativas a éstas como una vía obligada para mitigar su excesiva severidad: como si las leyes y las penas fueran algo natural o provinieran de otro planeta, y a nosotros no nos quedase más alternativa que aliviar su dureza en sede de ejecución. <sup>242</sup>

---

<sup>241</sup> *Ibíd.* P. 408.

<sup>242</sup> *Ibíd.* P. 409.

De lo expuesto en precedencia es posible advertir que, si bien a primera vista el principio de legalidad y el de proporcionalidad se contraponen en el entendido que este último puede llegar a generar la inaplicación de una norma, la integración de ambos principios permite que los jueces modulen sus decisiones de manera que estas se integren de una mejor forma con las normas de carácter superior, cuando se trata de casos difíciles con características particulares que no fueron previstas por el legislador.

Por otra parte, se tiene que según lo propuesto por el maestro Luigi Ferrajoli la proporcionalidad de las penas es un asunto que debe ser abordado por el legislador en aras de evitar la eventual arbitrariedad por parte de los operadores encargados de imponer, y eventualmente modificar, las penas. Lo anterior, en el marco de un programa que propugna por la minimización del derecho penal.

#### **4.5. ANÁLISIS SOBRE LA PROPORCIONALIDAD DE LA EXCLUSIÓN DE BENEFICIOS Y SUBROGADOS PENALES, CONTEMPLADA EN EL ARTÍCULO 68A DE LA LEY 599 DEL 2000, A LA LUZ DE LOS FINES DE LA PENA AL MOMENTO DE SU EJECUCIÓN**

En las siguientes líneas se aplicará el principio de proporcionalidad para determinar si la intervención en el derecho a la dignidad humana de los condenados realizada por parte del legislador, mediante el artículo 68A de la Ley 599 del 2000, resulta acorde a la Constitución Nacional y a los fines de la pena que operan al momento de su ejecución. Los anteriores aspectos ya han sido abordados de manera separada a lo largo del presente documento razón por la cual lo que a continuación se pretende es articularlos bajo la estructura argumentativa del principio de proporcionalidad.

Por ello, como se indicó en líneas precedentes el primer asunto que debe ser abordado es la determinación de los principios fundamentales que se encuentran en colisión en virtud de lo pretendido por el legislador a partir de la expedición de la norma objeto de estudio. Así, se logra identificar que a través del inciso 2 del artículo 68a de la Ley 599 del 2000 se busca tutelar el bien jurídico de la seguridad y convivencia ciudadana en el cual se integra el principio de justicia; sin embargo, se plantea que al estar dotada de un criterio eminentemente objetivo vulnera gravemente el derecho y principio fundamental de la dignidad humana de quienes son condenados por la comisión de una conducta punible.

Dicho lo anterior, es imperioso señalar que el debate argumentativo surtido en el seno de las instituciones legislativas no corresponde con la estructura propuesta por el principio de proporcionalidad. Este análisis se ubica más bien en la etapa de control constitucional de las leyes toda vez que en dicha sede el principio de proporcionalidad despliega todos sus efectos en aras de determinar el contenido vinculante de los derechos fundamentales, lo cual permite establecer si su contenido ha sido vulnerado por la ley.

**4.5.1. Subprincipio de idoneidad.** Así las cosas, en un primer momento se abordará el análisis de la idoneidad de la exclusión de beneficios y subrogados penales con fundamento en los fines perseguidos por el legislador. Para iniciar, debe hacerse referencia a la exposición de motivos de la Ley 1142 de 2007 en atención a que mediante esta norma el legislador, entre otras cosas, adicionó el artículo 68A al Código Penal Colombiano; el cual, desde ese momento hasta la actualidad, se ha encargado de establecer los lineamientos para la exclusión de los beneficios y subrogados en la legislación nacional. En dicha oportunidad se señaló:

La exclusión de beneficios y subrogados es la vía más eficaz para lograr que las penas privativas de libertad señaladas por los jueces sean

cumplidas en su totalidad, especialmente cuando se trata de delitos en los cuales las víctimas sean los niños, niñas y adolescentes; o en los delitos de tráfico de estupefacientes, secuestros extorsivos, extorsiones, terrorismo y lavado de activos; así como en los delitos contra la libertad, integridad o formación sexuales. Por ello se propone incorporar un artículo en el Código Penal que prohíba las rebajas de pena y los subrogados penales en los eventos anunciados y en aquellos en los cuales la persona ha sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores.<sup>243</sup>

Aunado a ello, el Congreso precisó que el proyecto tenía por finalidad: “...brindar herramientas político criminales para luchar de manera eficaz contra las conductas punibles que afectan de manera notoria la convivencia y seguridad ciudadana, evitando con ello que se cercene la confianza de los ciudadanos en la administración de justicia.”<sup>244</sup>

De lo referido, debe hacerse hincapié en que el legislador no hizo un mayor esfuerzo para justificar la afectación de los derechos fundamentales de los condenados, ni presentó argumentos que permitan señalar que la norma resulta idónea para alcanzar los fines propuestos, los cuales sin lugar a dudas se encuentran acordes con la Constitución. Conforme a lo anterior, es posible evidenciar que el legislador nacional presenta vicios en la determinación de la política criminal en el marco de un Estado social y democrático de derechos.

---

<sup>243</sup> COLOMBIA. SENADO DE LA REPÚBLICA. Gaceta del Congreso No. 250. P. 25.

<sup>244</sup> COLOMBIA. SENADO DE LA REPÚBLICA. Gaceta del Congreso No. 250. P. 28.

No obstante, es realmente pertinente referir que si bien los fines perseguidos por el legislador son constitucionalmente válidos, fueron dejados a un lado los fines propios que tiene la pena en el momento de su ejecución, los cuales, como fue referido en el primer capítulo han sido incorporados mediante el bloque de constitucionalidad. Ahora bien, lo que resulta importante analizar es si el medio propuesto, analizado conjuntamente con los fines de la pena, logra ser idóneo.

Para este fin debe señalarse que Lopera Mesa ha precisado lo siguiente con relación al subprincipio de idoneidad:

Se entenderá que tal es el caso cuando sea posible establecer algún nexo de causalidad positiva entre la medida adoptada por el legislador y la creación de un estado de cosas en el que se incremente la realización del fin legislativo en relación con el estado de cosas existente antes de la intervención; por el contrario, la medida se reputará carente de idoneidad cuando su relación con el fin sea de causalidad negativa, porque dificulte o aleje su consecución, o cuando su implementación resulte indiferente de cara a la realización del fin perseguido.<sup>245</sup>

Partiendo de ello, se encuentra que el legislador<sup>246</sup> no presentó ninguna información en la motivación del proyecto con relación a las razones fácticas por las cuales la

---

<sup>245</sup> CARBONELL. Op. Cit., P. 275.

<sup>246</sup> Frente a este asunto es importante señalar que si bien la Corte Constitucional mediante sentencias como la C-646 de 2001 ha precisado que es una decisión política determinar los objetivos del sistema penal y la adecuada aplicación de los medios legales para luchar contra el crimen y alcanzar los mejores resultados, en la misma decisión el Tribunal Constitucional hace especial hincapié en que la libertad de configuración legislativa en el diseño de la política criminal no es absoluta sino que encuentra como limitantes el respeto por la Constitución Nacional. Al respecto es pertinente poner de presente lo indicado por esta misma Corporación en la sentencia C-599 de 1999:

exclusión de beneficios y subrogados penales tenga la idoneidad para alcanzar los fines propuestos. Por el contrario, si existen razones fácticas para afirmar que esta medida dificulta en gran medida su cometido.

Afirmar lo anterior es posible en atención a que desde 1998 la Corte Constitucional mediante Sentencia T- 153 declaró la existencia de un Estado de Cosas Inconstitucional en materia penitenciaria y carcelaria y en su momento reconoció que "...las condiciones de hacinamiento en los centros de reclusión del país no constituyen, sin embargo, una gran novedad. En efecto, en otros momentos de este mismo siglo también se han presentado críticas situaciones de sobrepoblación carcelaria"<sup>247</sup>. Asunto que se ha mantenido en el tiempo a pesar de las numerosas decisiones proferidas por el Alto Tribunal Constitucional<sup>248</sup>. Así pues, es relevante poner de presente los siguientes factores que la Corte Constitucional ha identificado como constitutivos de un estado de cosas inconstitucional:

- (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus

---

"La respuesta penal debe ser proporcional a la conducta objeto de la sanción, debe ser idónea, operar únicamente cuando no hay otras alternativas, y no debe ser criminógena, es decir, causar más problemas de los que resuelve. Esto sólo es posible si la definición de las políticas criminales se hace a través de una amplia discusión democrática, y no mediante una inflación de normas penales promulgadas apresuradamente<sup>2</sup>. Aunado a ello, con relación a los subrogados y beneficios es imperioso indicar que la Corte Constitucional mediante sentencia C- 679 de 1998 señaló: "En el marco del Estado social de derecho la pena, como instrumento adecuado para servir a los fines de prevención, retribución y resocialización, debe ser necesaria, útil y proporcionada; esto significa que si los mismos fines pueden lograrse por otros medios sancionatorios, debe preferirse el menos severo (pues el más restrictivo dejaría de ser necesario y útil), en aras de garantizar la dignidad del condenado."

<sup>247</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-153 de 1998. Op. Cit.

<sup>248</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-388 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa y Colombia. Corte Constitucional, sentencia T-762 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. [en línea]. Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>

obligaciones para garantizar los derechos; (ii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.<sup>249</sup>

Por lo anterior, es notorio, y se encuentra plenamente reconocido, que las personas privadas de la libertad, reclusas en los establecimientos penitenciarios y carcelarios del país, se encuentran en condiciones que de manera grosera vulneran su dignidad y los somete a condiciones de vida crueles, inhumanas y degradantes. Al respecto debe indicarse que la Constitución en su artículo 12 expresamente señala que “Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.”<sup>250</sup>

Bajo esas consideraciones, debe señalarse que la exclusión, de manera eminentemente objetiva, del otorgamiento de beneficios o subrogados penales para determinadas conductas no es idónea ya que no es una herramienta útil para luchar

---

<sup>249</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-025 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. [en línea]. Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>

<sup>250</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Constitución Política. Artículo 12. [en línea]. Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>

de manera eficaz contra las conductas punibles que lesionan la convivencia y seguridad ciudadana, toda vez que no se establece ningún nexo de causalidad positivo entre esta medida y la creación de un incremento en la realización de dichos fines<sup>251</sup>.

A partir de ello, se tiene que en atención a que los fines de la pena para el momento de su ejecución son los de prevención especial y resocialización, esta medida en el marco de la situación fáctica que atraviesa el sistema penitenciario y carcelario colombiano resulta inidónea ya que implica negar a los condenados el acceso a mecanismos diseñados para alcanzar los fines referidos anteriormente y los somete a condiciones abiertamente desocializadoras.

Así mismo, debe ponerse de presente que incluso en la exposición de motivos de la 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, al hacer referencia a la crisis del sistema carcelario se indicaron la siguientes repercusiones:

---

<sup>251</sup> Al respecto debe ponerse de presente lo señalado por la Doctora Lopera Mesa quién afirma: “el juicio de idoneidad de la norma de sanción ha de concentrarse en la verificación de los efectos preventivo generales de la pena, ya sea en su vertiente negativa (intimidatoria) o positiva (integradora), ya que son éstos los que pueden llegar a producirse en el momento de la conminación penal abstracta. La única exigencia de prevención especial que cobra relevancia en sede de control abstracto es la derivada del mandato constitucional de resocialización, el cual, interpretado en clave negativa, conduce a excluir del conjunto de los medios penales idóneos todas aquellas sanciones abiertamente desocializadoras, como es el caso de la prisión perpetua o de penas privativas de libertad que en la práctica produzcan el mismo efecto, teniendo en cuenta su duración y la esperanza promedio de vida de la sociedad en que se imponen.” CARBONELL, Miguel. El principio de proporcionalidad y la Interpretación constitucional. Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2008. ISBN 978-9978-92-686-4. P. 277.

La sobrepoblación en sí misma es un factor que afecta las condiciones de reclusión de la población privada de la libertad. Tiene una incidencia directa sobre su estado de salud. Dificulta (y en algunos casos imposibilita) las actividades de resocialización. Es generadora de conflictos entre las personas privadas de la libertad y entre estas y los encargados de su custodia. [...] El carácter complejo que afronta el sistema carcelario supone medidas igualmente enérgicas por parte del Estado que permitan afrontar de manera contundente, a partir de distintos instrumentos de política pública y de política criminal, los varios aspectos referidos que afectan la institución de la prisión en Colombia.<sup>252</sup>

Así mismo, al realizar un diagnóstico de la situación penitenciaria y carcelaria del país puso de presente la siguiente tabla:

Tabla 1 Tendencia histórica de la población penitenciaria y el hacinamiento a nivel nacional (1993 - 2012)

<b>TABLA 1 TENDENCIA HISTÓRICA DE LA POBLACIÓN PENITENCIARIA Y EL HACINAMIENTO A NIVEL NACIONAL (1993-2012)</b>				
<b>Año</b>	<b>Capacidad</b>	<b>Población</b>	<b>Sobrepoblación</b>	<b>Hacinamiento</b>
<b>1993</b>	27.810	29.114	1.304	<b>4,68%</b>
<b>1994</b>	26.709	29.343	2.634	<b>9,86%</b>
<b>1995</b>	27.822	33.258	5.436	<b>19,53%</b>
<b>1996</b>	28.332	39.676	11.344	<b>40,03%</b>
<b>1997</b>	32.859	42.028	9.169	<b>27,90%</b>
<b>1998</b>	33.119	44.398	11.279	<b>34,40%</b>
<b>1999</b>	33.606	45.064	11.458	<b>34,09%</b>
<b>2000</b>	37.986	51.518	13.532	<b>35,62%</b>

<sup>252</sup> Gaceta del Congreso. No. 117 del 21 de marzo de 2013. 23 y 24.p.

<b>2001</b>	42.575	49.302	6.727	<b>15,80%</b>
<b>2002</b>	45.667	52.936	7.269	<b>15,91%</b>
<b>2003</b>	48.291	62.277	13.986	<b>28,96%</b>
<b>2004</b>	49.722	68.020	18.298	<b>36,80%</b>
<b>2005</b>	49.821	66.829	17.008	<b>34,13%</b>
<b>2006</b>	52.414	60.021	7.606	<b>14,51%</b>
<b>2007</b>	52.555	63.603	11.048	<b>21,02%</b>
<b>2008</b>	54.777	69.979	15.202	<b>27,75%</b>
<b>2009</b>	55.042	75.992	20.950	<b>38,80%</b>
<b>2010</b>	67.965	84.444	16.479	<b>24,42%</b>
<b>2011</b>	75.620	100.451	24.831	<b>32,80%</b>
<b>2012</b>	75.726	112.840	37.114	<b>49,01%</b>

Fuente: Gaceta del Congreso. No. 117 del 21 de marzo de 2013. P. 24.

Esto señala que efectivamente el legislador no desconoce el estado de cosas inconstitucional presente en el sistema penitenciario y carcelario, no obstante, no considera que los beneficios y subrogados penales sean una alternativa idónea para contribuir a la superación de la referida situación. Lo cual se torna contradictorio ya que en el mismo documento se señala que las:

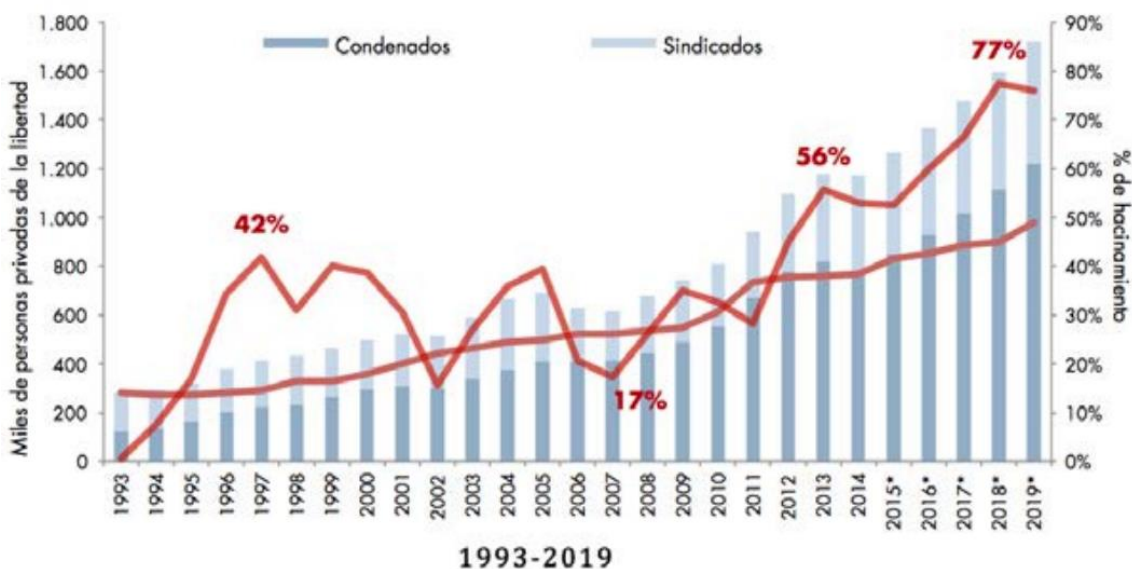
La política criminal no puede desligarse de las medidas de naturaleza penitenciaria que deben racionalizadora del sistema penal y cumplidor a su vez de los derechos humanos y garantías básicas de las personas privadas de la libertad.<sup>253</sup> [...] Es esta mirada renovada de una política penitenciaria, fundada en un repensar crítico de ese clásico derecho a castigar de naturaleza puramente retributiva [...]. Es una apuesta que gira hacia una política pública inclusiva, que no desconoce las necesidades de la seguridad ciudadana, y que está cimentada en mandatos

<sup>253</sup> Gaceta del Congreso. No. 117 del 21 de marzo de 2013. P. 25.

constitucionales que limitan racionalmente la intervención punitiva del Estado, y se funda en principios básicos como los de proporcionalidad y necesidad de la pena. Es esta, en suma, una apuesta cardinal por los derechos fundamentales de todas las personas y es la que debe fundar el diseño e implementación de la política criminal en Colombia.<sup>254</sup>

Sentado lo anterior, resulta relevante indicar que el Consejo Superior de Política Criminal en el año 2019 publicó un artículo titulado “Mirada al estado de cosas institucional del sistema penitenciario y carcelario en Colombia”, mediante el cual se presenta la siguiente gráfica que permite evidenciar cómo ha evolucionado el hacinamiento carcelario:

Figura 1 Evolución del hacinamiento carcelario 1993 - 2019



255

<sup>254</sup> Gaceta del Congreso. No. 117 del 21 de marzo de 2013. P. 28.

<sup>255</sup> COLOMBIA. MINISTERIO DE JUSTICIA. Mirada al estado de cosas institucional del sistema penitenciario y carcelario en Colombia. P.6. [en línea]. Tomado de: <http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/cosas%20institucional.pdf>

En vista de lo anterior, este organismo rescata unos aspectos de vital importancia establecidos mediante la sentencia T- 762 de 2015, como medidas para superar el estado de cosas inconstitucional, los cuales son los siguientes:

i) dotar a la política de fundamentos empíricos a través de la creación de un sistema de información único de la política criminal; ii) definir y defender el estándar mínimo constitucional, no sólo en la garantía de derechos de las personas que se encuentran privadas de su libertad, sino también en la fase de criminalización primaria, de tal manera que se imponen límites a la libertad de configuración en materia de política criminal del legislador, y que se extienden al Gobierno Nacional y a la Fiscalía General de la Nación; iii) en este mismo sentido, fortalecer institucional y financieramente al Consejo Superior de Política Criminal; iv) modificar el sistema de penas, incluir medidas alternativas, diseñar un plan integral y más robusto de resocialización; y v) finalmente, un avance importante, formular una política de concientización ciudadana.<sup>256</sup>

Entre otras cosas, debe afirmarse que la exclusión objetiva de los beneficios y subrogados penales no constituye una medida idónea ya que el legislador colombiano no ha logrado respaldar con base en premisas empíricas científicamente avaladas que esta contribuya a la protección de los bienes jurídicos que pretende tutelar. Así mismo, se ha logrado establecer, a través de fundamentos empíricos, que la intervención penal mediante el inciso segundo del artículo 68A de la Ley 599 del 2000 no produce efectos apreciables en la protección del bien jurídico, sino que por el contrario es contraproducente para alcanzarlos. Al respecto debe indicarse que la Corte Constitucional, mediante sentencia T-205 de 2003, manifestó:

---

<sup>256</sup> Ibid. P.8

...todos los poderes públicos se encuentran constitucionalmente obligados a respetar el principio de idoneidad, en tanto que subprincipio de aquel de proporcionalidad, en la creación o aplicación de la normatividad que permita la restricción de los derechos fundamentales y especialmente si se trata de asuntos criminales, incluso en mayor medida que en otras materias, ya que los tipos penales deben ser considerados desde la perspectiva de su funcionalidad, esto es, desde el punto de vista de los fines que persiguen.<sup>257</sup>

**4.5.2 Subprincipio de necesidad.** Expuesto lo anterior, no sería requerido continuar con el análisis propuesto, ya que basta con que una norma penal sea inidónea para predicar su inconstitucionalidad; sin embargo, en gracia de discusión y con fines académicos se abordará el análisis de la norma objeto de estudio con base el subprincipio de necesidad. Para ello, resulta indispensable partir de la premisa de que efectivamente la exclusión objetiva de los beneficios y subrogados penales resulta ser un medio igualmente idóneo que su otorgamiento bajo parámetros o criterios que permitan a los jueces de la República valorar su procedencia en cada caso en concreto. Señalado lo anterior, es pertinente hacer referencia a lo expuesto por la Doctora Lopera Mesa con relación a los subprincipios de idoneidad y necesidad:

La medida adoptada por el legislador se reputará necesaria cuando no exista un medio alternativo que, siendo igualmente idóneo, al mismo tiempo resulte más benigno desde la perspectiva de los derechos fundamentales objeto de intervención. Así, mientras el juicio de idoneidad

---

<sup>257</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 205 de 2003. [en línea]. Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-205-11.htm>

se orienta a establecer la eficacia de la medida enjuiciada, el de necesidad se configura como un examen de su eficiencia, es decir, de su capacidad, en comparación con otros medios, de alcanzar la finalidad propuesta con el menor sacrificio posible de otros principios en juego.<sup>258</sup>

Aunado a ello, para lograr una mayor claridad frente a este punto resulta relevante poner de presente lo manifestado por esta importante jurista quien afirma que: “Cuando se proyecta sobre la norma de sanción, el subprincipio de necesidad incorpora las exigencias asociadas al principio de subsidiariedad en materia penal, el cual, en su vertiente externa requiere la búsqueda de alternativas al derecho penal, mientras que en su dimensión interna reclama la búsqueda de penas alternativas.<sup>259</sup>

Así las cosas, bastaría con señalar que efectivamente la naturaleza de los beneficios y subrogados penales está orientada precisamente a garantizar la implementación de penas alternativas para cumplir de una manera más eficaz con los fines de la pena que operan al momento de su ejecución, los cuales inciden de manera significativa en la consecución de la protección de los bienes jurídicos de la convivencia y seguridad ciudadana, ya que al no hacer uso de estos mecanismos, que procuran por el cumplimiento de los fines de prevención especial y reinserción social, se ponen en riesgo precisamente los bienes jurídicos que pretenden ser tutelados ya que al finalizar la condena quien en su momento incurrió en un ilícito penal no contará con los elementos necesarios para evitar reincidir.

---

<sup>258</sup> CARBONELL. Op. Cit., P. 278.

<sup>259</sup> Ibid. P. 280.

Al respecto, es preciso indicar que de considerar como necesaria dicha medida se desconocería lo decantado por la Honorable Corte Constitucional mediante Sentencia C-261 de 1996, ya que en dicha oportunidad indicó:

La función resocializadora del sistema penal adquiere relevancia constitucional, no sólo desde el punto de vista fundamental de la dignidad, sino también como expresión del libre desarrollo de la personalidad humana. La función de reeducación y reinserción social del condenado, debe entenderse como obligación institucional de ofrecerle todos los medios razonables para el desarrollo de su personalidad, y como prohibición de entorpecer este desarrollo. Adquiere así pleno sentido la imbricación existente entre la dignidad, la humanidad en el cumplimiento de la pena y la autonomía de la persona, en relación todas con la función resocializadora como fin del sistema penal. <sup>260</sup>

Afirmar lo anterior, es posible en atención que dicha decisión precisó que una de las obligaciones en cabeza del Estado es cumplir con la función resocializadora de la pena y ello implica ofrecer al condenado todos los medios razonables para que este pueda obtener todas herramientas necesarias para evitar su reincidencia y garantizar que al cumplir con su condena pueda reinsertarse a la sociedad de una manera eficaz.

Aunado a ello, resulta imperioso indicar que la enunciación de que la exclusión de beneficios y subrogados penales es una medida eficaz para alcanzar los fines de

---

<sup>260</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-261. Expediente L.A.T.-066. (13, junio, 1996). M.P. Alejandro Martínez Caballero [en línea]. [Consultado: 7 de enero de 2020]. Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-261-96.htm>

prevención general de la pena no encuentra asideros fácticos, al respecto el Doctor Silva Sánchez afirma lo siguiente:

...mientras que de los incrementos en la severidad de la sanción no resultan reducciones apreciables en los niveles de la criminalidad, los incrementos en la certeza de la producción de la sanción penal sí suelen tener como efecto una disminución en la tasa de criminalidad.<sup>261</sup>

Por ello, esta norma se torna innecesaria pues existe una medida idónea más benigna con los derechos fundamentales afectados. Ahora bien, al respecto el Consejo Superior de Política Criminal indicó lo siguiente con relación a norma estudiada:

Otro aspecto que se debe evaluar con cierta atención es la efectividad de las brigadas jurídicas, por cuanto los resultados que se han obtenido desde el Ministerio de Justicia no han sido satisfactorios y tal vez sugieren que los cuellos de botella están tanto en la resocialización, como en los límites de acceso a la libertad que se encuentran definidos en el artículo 68A del Código Penal.<sup>262</sup>

Lo anterior, sugiere que materialmente la exclusión objetiva de los subrogados y beneficios penales impacta de manera negativa y significativa la situación penitenciaria y carcelaria por la cual atraviesa el país, asunto que implica, como se

---

<sup>261</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Aproximación al derecho penal contemporáneo. España: José María Bosch Editor, S.A, 1992. P. 244.

<sup>262</sup> COLOMBIA. MINISTERIO DE JUSTICIA. Op. Cit., P.8.

ha referido en líneas precedentes, una flagrante y continua vulneración de los derechos fundamentales de los condenados haciendo evidente la necesidad de optar por una política criminal que permita el empleo de todos los mecanismos y herramientas con las que cuenta el Estado colombiano para alcanzar los fines de prevención especial y reinserción social.

Con respecto a esto último, el mismo organismo hizo referencia a lo informado por la Comisión Asesora de Política Criminal en 2012<sup>263</sup> en los siguientes términos:

Además de generar una radiografía panorámica del estado de cosas de la política criminal [...] en la que se señala que la política criminal es reactiva, sin adecuada fundamentación empírica, con incoherencias y con una falta de perspectiva clara de derechos humanos en su concepción y ejecución; en sus modificaciones se puede evidenciar una ausencia de evaluación de efectos sobre el orden jurídico y del impacto que éstas pueden tener sobre la realidad de los operadores; con una obvia incidencia directa sobre la problemática del hacinamiento en Colombia; sin claridad con respecto a su impacto real sobre las dinámicas de la criminalidad; y con una carencia de sistemas de información sólidos y fundados en derechos humanos que permitan hacer seguimiento a los fenómenos de violencia, criminalidad y control institucional de los mismos [...]. Por otra parte, se resalta la tendencia al endurecimiento punitivo en las normas sancionatorias; lo cual agrava la situación de una política criminal poco reflexiva frente a las particulares desafíos del contexto

---

<sup>263</sup> COMISIÓN ASESORA DE POLÍTICA CRIMINAL. 31 de marzo de 2012. INFORME FINAL Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano. Disponible en: [http://www.mamacoca.org/docs\\_de\\_base/Legislacion\\_tematica/Informe\\_Comisiion\\_Asesora\\_Drogas\\_2012.pdf](http://www.mamacoca.org/docs_de_base/Legislacion_tematica/Informe_Comisiion_Asesora_Drogas_2012.pdf)

colombiano: una diversidad regional, con especial complejidad de los fenómenos criminales, una situación de derechos humanos y conflicto armado de décadas, y una fuerte desigualdad socioeconómica; que tiende a subordinarse a la política de seguridad; y que evidencia una debilidad institucional.<sup>264</sup>

Estas consideraciones indican claramente que es necesario hacer un análisis mucho más riguroso de la constitucionalidad de las normas penales en aras de evitar que se siga presentando la vulneración sistemática de los derechos de los condenados, al respecto este Consejo afirmó:

...puede aludir el proyecto de proporcionalidad, que tiene como propósito, el ajuste del Código Penal para la proporcionalidad de las penas. La política criminal debe considerar si la decisión de aumentar o disminuir una pena tiene efectos no queridos sobre el orden jurídico, que terminen introduciendo graves incoherencias entre las distintas normas del sistema penal, afectando en particular el principio de proporcionalidad penal. En este sentido, se deben racionalizar las penas, tanto en su fase legislativa, como judicial y penitenciaria.<sup>265</sup>

Así mismo, como recomendación el Consejo Superior de Política criminal señaló lo siguiente:

---

<sup>264</sup> COLOMBIA. MINISTERIO DE JUSTICIA. Op. Cit., P.9.

<sup>265</sup> COLOMBIA. MINISTERIO DE JUSTICIA. Op. Cit., P. 10.

En materia de respuestas, se reclama la defensa de un enfoque de prevención sin duda, que haga uso del derecho penal como última opción y que imponga la prisión como una sanción para los casos más graves, y que sea creativo en la definición de medidas y alternativas al encarcelamiento y al derecho penal. En el desarrollo del proceso deben defenderse las garantías constitucionales. Cuando se imponga una pena de prisión, deben emprenderse todos los esfuerzos para lograr materializar la finalidad resocializadora de la pena. <sup>266</sup>

Al respecto, es necesario hacer hincapié en que en definitiva una de las medidas que mayor impacto puede generar en la superación del estado de cosas inconstitucional del sistema penitenciario y carcelario es la aplicación de los beneficios y subrogados penales bajo parámetros o criterios que tengan en cuenta las condiciones particulares de cada caso en concreto.

De otra parte, al respecto es relevante poner de presente la siguiente recomendación:

la política criminal debe estar dirigida a la creación de verdaderas medidas alternativas al encarcelamiento que permitan la reincorporación a la sociedad de quienes cumplan con la pena.<sup>267</sup> [...] integrar y armonizar la política penitenciaria y la criminal. Para esto, establece una unidad teleológica entre la pena y el desarrollo de los programas en los centros de reclusión. De la misma manera, incorpora los mecanismos

---

<sup>266</sup> Ibid. P.9.

<sup>267</sup> Ibid. P.10.

alternativos a la privación de la libertad como herramientas útiles del derecho penal. Igualmente, para el desarrollo de este eje se parte de la imposibilidad de desligar el éxito de la política penitenciaria con la adecuada reconceptualización de los objetivos del derecho penal y su gestión a partir de la racionalización normativa, el diseño de planes de resocialización y reintegración que prevengan la reincidencia de los reclusos, y la prevención del crimen dentro y desde las cárceles<sup>268</sup>.

Por lo expuesta hasta este punto, debe indicarse que la exclusión de beneficios y subrogados penales contemplada en el artículo 68A de la Ley 599 del 2000 no supera el análisis derivado del subprincipio de necesidad en atención a que, como ha sido expuesto, existen alternativas menos lesivas para los derechos fundamentales que son objeto de intervención por parte de la norma estudiada.

**4.5.3. Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.** Realizando la misma aclaración con relación a que el siguiente análisis se llevará a cabo con fines eminentemente académicos se procederá a analizar si la norma bajo estudio resulta ser proporcional en sentido estricto. Así pues, resulta necesario partir de la siguiente consideración expuesta por el jurista Robert Alexy:

La máxima de la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, el mandato de ponderación se sigue de la relativización con respecto a las posibilidades jurídicas. Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces

---

<sup>268</sup> Ibid. P.11.

la posibilidad jurídica de realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto. Para llegar a una decisión es necesario una ponderación en el sentido de la ley de coalición.<sup>269</sup>

Lo anterior implica que este estudio requerirá tener en cuenta el peso de los diferentes intereses concurrentes para el caso en concreto, ello en aras de decidir a favor de aquel que tenga mayor peso. En esta medida, debe precisarse que dicho autor sostiene que la ley de ponderación se puede dividir en tres pasos y los sintetiza de la siguiente manera:

En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.<sup>270</sup>

Así las cosas, se iniciará abordando lo relativo a determinar el grado de afectación del derecho fundamental a la dignidad humana derivado de la implementación de la exclusión de los beneficios y subrogados penales contenida en el artículo 68A del Código Penal Colombiano. Para alcanzar dicho cometido, es decir, identificar en qué grado la medida legislativa afecta los derechos fundamentales, se tendrán en cuenta los siguientes criterios señalados por la Doctora Lopera Mesa:

---

<sup>269</sup> ALEXY, Robert. Teoría de los Derecho fundamentales. España: Centro de estudios constitucionales, 1993. P. 112.

<sup>270</sup> Ibid. P. 32.

a) el alcance de la intervención, de modo tal que la intensidad de la afectación del derecho será mayor cuantos más sean los modos de ejercicio o las posiciones adscritas al mismo que se vean afectadas por la prohibición penal y por la pena; b) la probabilidad de que se produzca la intervención, mayor en el caso de las afectaciones que se desencadenan como consecuencia directa y necesaria de la medida legislativa y menor en el caso de aquellas que sólo constituyen afectaciones potenciales o amenazas al derecho fundamental; c) la duración de la intervención en el derecho fundamental, de modo tal que cuanta mayor sea la duración de la pena establecida en la norma enjuiciada, tanto mayor será la intensidad de la intervención en los derechos afectados con la misma.<sup>271</sup>

Con respecto al alcance de la intervención, se tiene que, como ya fue referido en líneas precedentes, actualmente el sistema penitenciario y carcelario del país atraviesa por un estado de cosas inconstitucionales en atención a que las personas privadas de la libertad sufren la vulneración de sus derechos fundamentales de manera sistemática. Partiendo de lo anterior, se tiene que efectivamente la exclusión eminentemente objetiva de los subrogados y beneficios penales interviene de una manera significativa en dicha situación por lo menos en dos aspectos.

El primero de ellos es que niega por completo la posibilidad para que los condenados por las conductas descritas en dicha norma accedan a estas medidas alternativas para que el sentenciado cumpla con la pena impuesta fuera del establecimiento carcelario y los somete de esta manera a tratos crueles, inhumanos

---

<sup>271</sup> CARBONELL. Op. Cit., P. 288.

y degradantes<sup>272</sup>, con base en una premisa carente de fundamento fáctico bajo la cual se supone que este tipo de medidas incide de manera positiva en la prevención general del delito.

El segundo de ellos tiene que ver con la obligación estatal y el derecho de los condenados a contar con todos los medios disponibles para alcanzar de manera eficaz su resocialización. Sobre este asunto debe hacerse hincapié en que si bien es cierto que el legislador nacional cuenta con una amplia libertad para decir sobre la política criminal del Estado, como se ha referido, cuenta con límites y márgenes de orden Constitucional, y tiene la obligación de valorar las condiciones fácticas reales por las cuales atraviesa el país en aras de diseñar una política criminal que responda a las necesidades sociales y de esta manera las mismas no vulneren los derechos fundamentales a la dignidad humana, vida, salud, entre otros, de la población que se encuentra en los centros penitenciarios y carcelarios del país.

Por otra parte, con relación a la probabilidad de que se produzca la intervención, debe indicarse que la materialización de las afectaciones a los derechos fundamentales, desencadenadas como consecuencia directa de la exclusión de beneficios y subrogados penales para determinadas conductas, son notorias, como fue señalado anteriormente, haciendo referencia a lo informado por el Consejo Superior de Política Criminal, esta norma obstruye el proceso de resocialización de los condenados y su acceso eficaz a la libertad, aspectos que sin lugar a dudas vulnera su dignidad humana al ser utilizados como un medio para alcanzar los fines pretendidos por el legislador.

---

<sup>272</sup> Lo cual se encuentra expresamente proscrito por la Constitución Nacional mediante su artículo 12.

Respecto a la duración de la intervención en el derecho fundamental, resulta claro que esta norma interviene en los derechos de los condenados durante todo el tiempo que sea determinado por la sentencia. Razón por la cual la intensidad de la intervención en los derechos afectados es realmente significativa.

Por otra parte, para desarrollar el segundo paso de la ley de ponderación se tendrá en cuenta el siguiente criterio: "...la lesividad de la conducta prohibida, pues cuanto más lesiva para el bien jurídico sea la conducta descrita en el tipo penal, tanto más contribuirá su prohibición a la protección de dicho bien jurídico..."<sup>273</sup>

Con respecto a esto, se tiene que la intervención legislativa objeto de análisis pretende garantizar la seguridad y convivencia ciudadana, asunto que sin lugar a dudas tiene una gran importancia dentro del ordenamiento jurídico colombiano ya que han sido establecidos como fines esenciales del Estado. Pese a lo anterior, la lesividad de la norma señalada es sustancial toda vez que implica unas graves repercusiones en los derechos fundamentales de los afectados por la misma, como se ha indicado ampliamente, razón por la cual la misma deberá ser declarada inconstitucional o ser reformada en aras de garantizar que materialmente no siga contribuyendo al estado de cosas incondicional del sistema penitenciario y carcelario; sino, que pueda servir como una herramienta realmente útil para la sociedad.

Finalmente, el tercer paso, determinar la importancia de la satisfacción del principio contrario en aras de establecer si justifica la afectación o la no satisfacción del otro.

---

<sup>273</sup> CARBONELL. Op. Cit. P. 288.

Frente a este asunto se tomarán en cuenta los siguientes criterios que ayudarán a fundar la asignación del peso abstracto de los principios en juego:

a) la jerarquía constitucional de los principios, conforme al cual se asigna un peso abstracto menor a los principios constitucionales de segundo grado (que expresan los fines autónomos del legislador carentes de respaldo constitucional directo) respecto de los principios constitucionales de primer grado (los que cuentan con apoyo en una disposición constitucional); b) la prioridad de los principios que expresan derechos individuales frente a los que se refieren a bienes colectivos y, a su vez, entre estos últimos, la prioridad de los bienes jurídicos colectivos referidos al funcionamiento del sistema social respecto de los bienes jurídicos orientados a la protección de instituciones estatales; c) el diverso “grado de resistencia” constitucional de los derechos fundamentales, que viene dada por el conjunto de garantías dispuestas para reforzarlos.<sup>274</sup>

Así las cosas, se tiene que con relación a la jerarquía de los principios confrontados, la dignidad humana ocupa el más alto nivel, ello en atención a que el Estado colombiano ha sido fundado sobre este principio razón por la cual orienta todas las actuaciones del poder público. Por otra parte, la convivencia y seguridad ciudadana son reconocidos por el texto constitucional en el artículo 2 el cual consagra el aseguramiento de la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo como un

---

<sup>274</sup> CARBONELL. Op. Cit., P. 289.

fin esencial del Estado, sin embargo, como se indicó este deberá ser orientado por el respeto de la dignidad humana.<sup>275</sup>

Bajo el criterio de la prioridad de los principios que expresan derechos individuales frente a los que se refieren a bienes colectivos, debe precisarse que los bienes colectivos son aquellos que: “si bien redundan en la satisfacción de intereses de la sociedad en general, no pueden ser reconducibles a individuos determinados, ya que su función es la de protección de realidades macro valoradas de manera positiva por el legislador.”<sup>276</sup>. Así las cosas, se tiene que el bien jurídico de la convivencia y seguridad ciudadana es colectivo, por su parte, el principio de la dignidad humana expresa un derecho individual ya que sirve a los intereses de una persona o de un grupo determinado de personas.

Finalmente, respecto al criterio que refiere al grado de resistencia constitucional de los derechos fundamentales se tiene que para el caso de bien jurídico de la convivencia y seguridad ciudadana se debe surtir el trámite correspondiente a leyes ordinarias en el entendido que este bien jurídico no afecta o restringe derechos fundamentales<sup>277</sup>, por el contrario, cuando se trata de la afectación al derecho

---

<sup>275</sup> Al respecto es importante señalar que pueden existir colisiones entre otros principios en torno a la implementación de la exclusión de los beneficios y subrogados penales tales como el principio de la libertad y la justicia. No obstante, el análisis propuesto se desarrolla con relación a la colisión que se presenta entre el principio de la dignidad humana y el bien jurídico tutelado por el inciso 2 del artículo 68a de la Ley 599 del 2000, convivencia y seguridad ciudadana, en el cual se integra el principio de justicia.

<sup>276</sup> BARRIENTOS PÉREZ, Deisy Janeth. Lesividad en los bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro. Análisis del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones. Medellín: Universidad EAFIT; 2015. P. 101.

<sup>277</sup> Es necesario aclarar que ello será así en la medida en que la Ley que se pretende expedir no afecte el núcleo esencial de un derecho fundamental, con relación a ello la Corte Constitucional señaló mediante Sentencia C- 251 de 1998 lo siguiente: “Para definir si un cierto contenido normativo debe ser vaciado en ley estatutaria, es necesario establecer si mediante él se regula total o parcialmente una de las materias enunciadas en el artículo 152 de la Constitución. No es suficiente, para hacer exigible esta modalidad de legislación, que el precepto en cuestión haga referencia a uno de tales asuntos ni que guarde con esos temas relación indirecta. Se necesita que mediante él se

fundamental a la dignidad humana<sup>278</sup>, al trámite legislativo corresponderá al de una ley estatutaria<sup>279</sup>. De igual manera al ostentar la dignidad humana la calificación de derecho fundamental, permite su protección inmediata a través de la acción de tutela, figura que no aplica directamente cuando se trata de la convivencia y seguridad ciudadana. Lo anterior nos permite concluir que, bajo este supuesto la dignidad humana tiene un mayor grado de resistencia constitucional.

Por lo expuesto hasta este punto, debe señalarse que la exclusión de los beneficios y subrogados penales, establecida en el artículo 68A de la ley 599 del 2000, no superó exitosamente la aplicación del principio de proporcionalidad. A lo largo de este texto se han expuesto algunos argumentos que permiten arribar a la conclusión de que la norma objeto de estudio no es idónea ni necesaria e implica un sacrificio mayor a los beneficios que eventualmente podrían predicarse de la dicha medida.

Así las cosas, se encuentra que dicha norma debe ser declarada inconstitucional o constitucionalmente condicionada bajo el supuesto de que se faculte a los jueces de la República para que realicen un análisis de la proporcionalidad de la sanción ajustada al caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias, social, familiar y personales del sujeto en quien recae la acción penal. En su defecto, ser reformada

---

establezcan las reglas aplicables, creando, así sea en parte, la estructura normativa básica sobre derechos y deberes fundamentales de las personas, los recursos para su protección, la administración de justicia, la organización y régimen de los partidos y movimientos políticos, el estatuto de la oposición, las funciones electorales, las instituciones y mecanismos de participación ciudadana y los estados de excepción”

<sup>278</sup> Al respecto la Corte Constitucional mediante Sentencia T - 291 del 2016 precisó: “Entendido como derecho fundamental autónomo, la Corte ha determinado que la dignidad humana equivale: (i) al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal; y (ii) a la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. Por tanto, la dignidad humana se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado”.

<sup>279</sup> Lo cual implica según lo señalado por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 053 de 2019 “un trámite de formación de las mismas más riguroso en cuanto a la aprobación por mayorías especiales y a la revisión constitucional previa a la sanción, oficiosa y definitiva.”

en aras de incluir criterios que permitan aplicar la exclusión de beneficios y subrogados penales bajo parámetros constitucionalmente válidos y legítimos.

## 5. CONCLUSIONES

Como se formuló al inicio de este trabajo, el objetivo general propuesto a partir del problema de investigación planteado fue: “Analizar el principio de proporcionalidad como criterio para determinar la procedencia de la exclusión de beneficios y subrogados penales, en virtud de los fines de la pena que operan al momento de su ejecución”. Así las cosas, para alcanzarlo se decidió abordar este asunto a través de tres objetivos específicos, relacionados respectivamente con los siguientes temas, (I) las penas, sus fines y límites; (II) los beneficios y subrogados penales; y, (III) el principio de proporcionalidad en sentido amplio. Estos objetivos al ser desarrollados arrojaron una serie de resultados, los cuales permiten llegar a las conclusiones que se presentan a continuación.

Como desarrollo del primer objetivo específico en este trabajo de investigación se explicó el concepto de pena, sus fines y los límites que deben ser integrados a partir del momento de su ejecución de conformidad con los postulados de prevención especial y reinserción social establecidos en el inciso 2 del artículo 4 de la Ley 599 del 2000. A partir de lo anterior, se encontró que la pena al ser una expresión del ius puniendi del Estado ha sido, y continúa siendo, objeto de numerosos estudios tendientes a lograr establecer cuál es su justificación, sus límites y los fines que debe perseguir en atención a las consideraciones consagradas por el legislador primario.

Así las cosas, se logró identificar que la Constitución Política de Colombia no consagra de manera expresa cuales son los fines de la pena, sin embargo, se expuso que el legislador si cuenta, con relación a su libertad de configuración en materia de política criminal, limitaciones de orden constitucional tales como el respeto por la dignidad humana de quienes son privados de su libertad por la

comisión de una conducta ilícita; de igual manera, se tiene que la Corte Constitucional se ha pronunciado en reiteradas oportunidades en aras de establecer unas pautas con relación a los fines constitucionalmente válidos y legítimos, las cuales deben ser tenidas en consideración por parte del legislador, al respecto, debe hacerse hincapié en la necesidad de que la pena responda a criterios de proporcionalidad y subsidiariedad con lo que se pretende evitar un exceso punitivo.

Por otra parte, se logró establecer que a pesar de que el constituyente primario no estableció inicialmente de manera expresa cuales son los fines de la pena, en virtud del bloque de constitucionalidad, el Estado colombiano ha ratificado normas de orden internacional que permiten establecer que los fines esenciales de la pena al momento de su ejecución son la reforma y readaptación social del condenado, lo cual, en atención a una interpretación armónica con el articulado constitucional<sup>280</sup> vincula al legislador nacional.

Respecto al segundo objetivo específico se establecieron las implicaciones de la exclusión establecida en el artículo 68A del Código Penal; y la relación entre los beneficios y subrogados penales con los fines de la pena de prevención especial y reinserción social del inciso 2 del artículo 4 de la Ley 599 del 2000. Lo anterior, permitió advertir que los beneficios y subrogados penales son una serie de mecanismos de política criminal que permiten la humanización del derecho penal y la resocialización de las personas condenadas, asunto que se asienta sobre fines

---

<sup>280</sup> al respecto debe señalarse que la Carta Política Nacional consagra numerosos principios que orientan y limitan el poder legislativo en torno al diseño de la política criminal del Estado, tales como la prohibición de la pena de muerte, artículo 11 CN; la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes, artículo 12 CN; la esclavitud, artículo 17 CN y el destierro, la prisión perpetua o la confiscación, artículo 34 CN. Así mismo, existen otros límites que se derivan del consenso social sobre lo que representa el Estado Social y Democrático de Derecho.

preventivo especiales e incluso generales materializados en el momento de la ejecución de la pena. Así mismo, se logró identificar que al interior de la legislación nacional no existe una diferenciación clara entre los conceptos de beneficios y subrogados penales, sin embargo, en conjunto agrupan un nutrido número de figuras en las que convergen fines de reinserción social.

De igual manera, se constató que la relación entre los fines de la pena y los beneficios y subrogados penales radica en que estos últimos son un medio para alcanzar el fin esencial de la pena que opera en el momento de su ejecución, que en Colombia se considera la resocialización; no obstante, estos mecanismos han sido limitados ampliamente por parte del legislador en virtud del principio de la libertad de configuración normativa. Al respecto es imperioso poner de presente que la Corte Constitucional ha reiterado en numerosas providencias<sup>281</sup> que en materia de política criminal el control constitucional de estas normas se limita a evitar que se configure el exceso punitivo proscrito, razón por la cual en materia de la pena, de la Constitución Nacional se deriva que esta debe obedecer a un criterio de proporcionalidad y subsidiariedad. Por ello, lo que se propone no es retirar los límites legislativos relacionados con la regulación de los beneficios y subrogados penales sino ajustarlos a los parámetros Constitucionales en aras de garantizar su validez y legitimidad.

Respecto a lo anterior, es oportuno poner de presente que, como ha sido desarrollado ampliamente en el cuerpo de la investigación, la exclusión dispuesta en el inciso 2 del artículo 68A del Código Penal genera devastadoras consecuencias toda vez que plantea un escenario en el cual el operador judicial no cuenta con los

---

<sup>281</sup> Dentro de las que se destacan las siguientes: Sentencia C-013 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Sentencia C-083 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo. Sentencia. Sentencia C- 148 de 2005 M.P. Álvaro Tafur Galvis. Sentencia C-475 de 2005 M.P. Álvaro Tafur Galvis. Y sentencia C-425 de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

mecanismos adecuados y suficientes para imponer penas que se encuentren en correspondencia con las características del caso en concreto y que se ubiquen dentro de los límites de las penas idóneas, necesarias y proporcionales, causando entre otros, el aumento de los índices de hacinamiento carcelario y desocialización de las personas condenadas. Por esta razón, lo que se sugiere es que dentro de la exclusión de beneficios y subrogados penales, se integren principios de carácter constitucional que permitan al juez una mayor libertad al momento de aplicar estos mecanismos a cada caso en concreto, propiciando así que cada decisión judicial se adopte en observancia de las circunstancias particular que conforman cada caso y no de forma objetiva en atención a la denominación de cada tipo penal, garantizando de esta manera los fines de la pena que operan al momento de su ejecución.

En lo que corresponde al tercer objetivo específico, se desarrolló el principio de proporcionalidad y la relevancia de su aplicación en el momento de determinar la exclusión de beneficios y subrogados penales a la luz de los fines de la pena establecidos en el inciso 2 del artículo 4 de la ley 599 del 2000. Con relación a esto, y a pesar de la propuesta expuesta por el maestro Luigi Ferrajoi que ubica el principio de proporcionalidad previo a la expedición de la norma (ex ante), nuestra propuesta radica en que el ámbito de aplicación del principio de proporcionalidad se ubique en la etapa de control constitucional de las leyes (ex post), frente a lo cual debe advertirse que se entiende como un instrumento metodológico para concretar los límites que las disposiciones uisfundamentales imponen a la acción del legislador, permitiendo que estos límites procuren por la tutela de los derechos de las personas sometidas al poder punitivo del Estado, cuando se encuentra en disputa la limitación de derechos fundamentales como la libertad o la dignidad humana.

Así mismo, se logró precisar que la importancia de la aplicación del principio de proporcionalidad radica en que permite valorar si las penas y las medidas adoptadas para alcanzar sus fines, como en la exclusión de beneficios y subrogados penales, son proporcionales en el marco de un Estado social y democrático de derechos. Respecto a lo anterior, es necesario poner de presente que, si la norma no supera el análisis propuesto por el principio de proporcionalidad, ésta, a pesar de ser una expresión del principio democrático de la libertad de configuración legislativa, no reuniría los requisitos para afirmar que ha sido producto de un ejercicio legítimo del *ius puniendi* del Estado.

Dicho lo anterior respecto a cada uno de los objetivos específicos, se debe advertir que en lo referente al objetivo general, se analizó el principio de proporcionalidad como criterio para determinar la procedencia de la exclusión de beneficios y subrogados penales, en virtud de los fines de la pena que operan al momento de su ejecución, a continuación se presentan las conclusiones finales de la tesis.

En primer lugar, se logró identificar que la Corte Constitucional ha optado por realizar un control leve sobre las decisiones del legislador en materia de política criminal bajo el argumento del respeto del sistema democrático. Pese a ello, a lo largo de la investigación se lograron presentar argumentos para rebatir la postura de este Alto Tribunal, de los cuales es necesario hacer hincapié en que si bien es cierto que el Estado colombiano ha optado por un sistema democrático, ello no es óbice para desconocer los demás lineamientos constitucionales que sirven como marco para lograr limitar de una manera válida y legítima el accionar del legislador nacional. Aunado a ello, es necesario señalar que limitar la aplicación del control constitucional, de la manera como se ha venido desarrollando, en realidad afecta la cultura pública deliberativa en la cual el legislador debe justificar ante los ciudadanos las razones de sus actos

Así mismo, es oportuno poner de presente que el derecho penal se erige como la herramienta más severa con la que cuenta el Estado ya que su naturaleza implica una gran afectación de los derechos fundamentales de quienes tiene por objeto; por lo anterior, es indispensable que la aplicación del principio de proporcionalidad, como expresión del control constitucional, con respecto a las leyes penales responda a una estructura argumentativa mucho más completa, compleja y depurada de la que se viene utilizando.

En segundo lugar, se encontró que con relación a la exclusión de beneficios y subrogados penales, establecida en el artículo 68A de la Ley 599 del 2000, el legislador no realizó una argumentación sólida basada en supuestos fácticos apoyados en estudios científicos, ni en argumentos jurídicos tendientes a señalar porque el principio constitucional tutelado por la norma, convivencia y seguridad ciudadana, implica mayores beneficios que los sacrificios al respeto por la dignidad humana de los condenados. Frente a ello, debe indicarse que un Estado que respete los derechos de sus ciudadanos no solo está en la obligación de proteger y tutelar únicamente los derechos de las víctimas de delitos sino también debe tener en consideración a los infractores de la ley penal.

Así las cosas, se concluye que, al hacer uso de la estructura argumentativa propuesta por el principio de proporcionalidad en sentido amplio y teniendo en cuenta los fines de la pena que de conformidad al inciso 2 del artículo 4 del código penal que operan en el momento de su ejecución, la norma objeto de estudio resulta no ser idónea ni necesaria y su implementación no supone mayores beneficios para el principio desarrollado, que los sacrificios que implica con relación al principio enfrentado.

Finalmente, se logró establecer que el artículo 68A del Código Penal resulta ser una norma que no guarda correspondencia con los lineamientos constitucionales expuestos, por esta razón consideramos necesario optar por alguna de las dos opciones que se presentan a continuación:

La primera de ellas, es que la Corte Constitucional declare la exequibilidad condicionada de la norma, indicando y exigiendo a los jueces de la República que, en procura de los derechos fundamentales de las personas condenadas y los fines de la pena desarrollados en nuestro ordenamiento jurídico para la etapa de ejecución, valoren en cada caso en concreto lo que corresponde a la aplicación de la exclusión de beneficios y subrogados penales, teniendo en consideración para su análisis no sólo la exclusión objetiva que contempla la norma, si no las características del caso, sus hechos, y las circunstancias sociales, familiares y personales del sujeto condenado, lo cual permite el aprovechamiento de este tipo de mecanismos.

La segunda, es que se declare la inconstitucionalidad de la norma o se reforme su contenido en atención a que no soporta la estructura argumentativa propuesta por el principio de proporcionalidad. En caso de la reforma normativa, se debe tener en cuenta, la observancia del principio de proporcionalidad en aras de que la nueva disposición incluya criterios de valoración adicionales para que el juez pueda decidir acerca de la exclusión de los beneficios y subrogados penales, no sólo de forma objetiva en consideración del listado taxativo de delitos, sino que se establezcan parámetros que sean constitucionalmente válidos y legítimos en aras de crear un escenario en el cual el Estado garantice eficaz y eficientemente la consecución de los fines de la pena que operan al momento de su ejecución

Por último, cabe aclarar que lo que se predica no es la inconstitucionalidad de la exclusión de beneficios y subrogados penales con relación a la libertad de

configuración normativa con la cual cuenta el legislador, pues se ha reconocido que dentro de su función se encuentra el desarrollo de la política criminal del Estado, lo que se plantea es la inconstitucionalidad del inciso 2 del artículo 68A del Código Penal. Ello, en atención a que la regulación propuesta por el legislador resulta desproporcionada ya que no permite al juez analizar más criterios que garanticen de una mejor manera el cumplimiento de los fines de la pena en el marco de un Estado social y democrático de derechos fundado en el respeto por la dignidad humana.

Lo anterior teniendo en cuenta que al someter la exclusión objetiva de beneficios y subrogados penales, establecida en el artículo 68A de la Ley 599 del 2000, a un análisis de proporcionalidad en sentido amplio se logra concluir que este tipo de exclusiones se tornan desproporcionadas por las razones descritas a continuación.

En primer lugar, en atención a que la medida propuesta carece de idoneidad en el entendido de que la exclusión objetiva de los beneficios y subrogados penales no es una herramienta que permita luchar de manera válida, legítima y eficaz contra las conductas punibles establecidas en el inciso segundo del artículo 68A del Código Penal. Esta afirmación se sustenta en que el legislador no ha logrado establecer un nexo de causalidad positivo entre esta medida y la creación de un incremento en la realización del fin propuesto; por el contrario, se ha logrado precisar que esta medida legislativa, en atención a los fines de la pena que operan en el momento de su ejecución, en el marco de la situación fáctica por la cual atraviesa el sistema penitenciario y carcelario colombiano resulta inidónea ya que implica negar a los condenados el acceso a mecanismos diseñados para alcanzar los fines referidos anteriormente y los somete a condiciones abiertamente desocializadoras que vulneran la dignidad humana de los condenados.

En segundo lugar, esta norma no supera el análisis propuesto por el subprincipio de necesidad en atención a que existen otras alternativas que resultan más benignas para los derechos fundamentales de las personas condenadas y el logro de los fines de prevención especial y reinserción social. Lo anterior se afirma toda vez que la naturaleza de los beneficios y subrogados penales esta orientada precisamente a la implementación de penas alternativas para cumplir de manera más eficaz los fines de la pena que operan al momento de su ejecución, lo cual incide significativamente en la consecución de la protección del principio de convivencia y seguridad ciudadana.

En tercer lugar, se sostiene que esta disposición normativa no es proporcional en sentido estricto ya que al confrontar el principio de dignidad humana con el principio de convivencia y seguridad ciudadana se logra establecer que su intensidad de intervención en los derechos fundamentales afectados (dignidad humana, vida, salud, entre otros) es realmente significativa por su alcance, probabilidad y duración.

Por otra parte, si bien la intervención legislativa objeto de análisis pretende garantizar la seguridad y convivencia ciudadana, asunto que sin lugar a dudas tiene gran importancia en el ordenamiento jurídico, la lesividad de la norma señalada es sustancial toda vez que implica unas graves repercusiones en los derechos fundamentales de los afectados por la misma, razón por la cual debe ser declarada inconstitucional o ser reformada en aras de garantizar que materialmente no siga contribuyendo al estado de cosas inconstitucional del sistema penitenciario y carcelario; sino, que pueda servir como una herramienta útil para la sociedad.

Finalmente, se encontró que la satisfacción del principio de seguridad y convivencia ciudadana no justifica la afectación del principio de dignidad humana por su

jerarquía, prioridad y grado de resistencia, razón por la cual la norma objeto de estudio no satisface las exigencias propuestas por el principio de proporcionalidad.

## BIBLIOGRAFÍA

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Los fines del derecho penal: Una aproximación desde la filosofía política. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2004. P.P. 38-39. ISBN 958-616-873-5.

ALEXY, Robert. Teoría de los Derecho fundamentales. España: Centro de estudios constitucionales. 1993. ISBN. 84-259-0939-2. 112.p.

ARCHILA VILLALOBOS. Juliana y HERNÁNDEZ JIMÉNEZ. Norberto. Subrogados y hacinamiento carcelario. respuesta del legislador del año 2014 frente a la situación carcelaria en Colombia. en: misión jurídica Revista de Derecho y Ciencias Sociales. Vol. 8, Nº 9, 2015. P. 200.

ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. Proporcionalidad, pena y principio. Barranquilla: Universidad del Norte. P. 35.

Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política. (20, julio, 1991). Gaceta Constitucional No. 116.

BECCARIA, Cesare. Tratado de los delitos y de las penas. España: Editorial Committee, 2015. P. 19. ISBN 978-84-89315-76-1.

BELLO ESTRADA, Gustavo Adolfo. Eficacia de los subrogados penales en el contexto del sistema penitenciario y carcelario de Colombia a la luz de los parámetros regionales y constitucionales en materia de privación de la libertad por atributo de la ley. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2017. P. 12.

BERNAL PULIDO. Carlos. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD y los derechos fundamentales, El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador. 4 ed. Colombia: Universidad Externado de Colombia. 2014, 81 p. ISBN 9789587720884.

CARBONELL, Miguel. El principio de proporcionalidad y la Interpretación constitucional. Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2008. ISBN 978-9978-92-686-4. P. 10.

CARRARA, Francesco. Programa de derecho criminal, parte general. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2000. Vol. II. P. 34. ISBN 958-35-0270-7.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Retribución y Prevención General. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007. ISBN 9789974578814. P. 128

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Editorial Trotta, 2018. P. 378.

FERRAJOLI, Luigi. CONSTITUCIONALISMO PRINCIPIALISTA Y CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA. P. 39. [en línea]. Tomado de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30355.pdf>

FLEMING. Abel y LÓPEZ VIÑALS, Pablo. Las Penas. Buenos Aires: Editorial RUBINZAL – CULZONI EDITORES, 2009. P. 32.

GONZALEZ RIGGIOLA. Ramiro A. La pena y los intentos de justificación. Las teorías de la pena y su problemática. P. 14.

JAKOBS, Günther. El principio de culpabilidad. España: Universidad Complutense de Madrid. 1992. P. 1074.

KANT, Immanuel. Fundamentación para una metafísica de las costumbres. Alianza editorial. P. 146.

KANT, Immanuel. ORTS, CORTINA, Adela y SANCHO, Jesús. Metafísica de las costumbres. Madrid: Tecnos, 2005. P.P. 168 – 169.

MENDIETA PINEDA, Luz Mireya. Justicia penitenciaria: penas alternativas, penas sustitutivas y subrogados penales en Colombia. Una mirada hacia la resocialización y humanización a partir de la ley 599 de 2000. Bogotá: Universidad Libre, 2018. P. 197.

MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General. Barcelona: Editorial Reppertor, 2016. P. 85.

NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos. (23, marzo, 1976). Consultado el 13 de febrero de 2020. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/PACTO%20INTERNACIONAL%20DE%20DERECHOS%20CIVILES%20Y%20POLITICOS.php>

NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried y LÜDERSEN, Klaus. Principales problemas de la prevención general. Argentina: Editorial B de F Ltda, 2004. P. 25. ISBN 9974-578-41-8.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana sobre Derechos Humanos. (22, noviembre, 1969). Consultado el 13 de febrero de 2020. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/CONVENCION%20AMERICANA%20SOBRE%20DERECHOS%20HUMANOS.%20LEY%2016%20DE%201972.php>

PEÑA MURCIA, Laura Cristina. Consideraciones sobre la pena privativa de libertad y los subrogados penales del derecho penal colombiano. Proyecto de investigación Maestría en Derecho. Bogotá D.C.: Universidad de los Andes. 2015. P. 93.

POSADA PUERTA, María Fernanda. Fines de la pena y derecho a la reinserción social en el sistema constitucional. Medellín: Universidad EAFIT, 2016. P. 20

QUINCENO BECERRA, Evelim y RUEDA ÁLVAREZ, Deicy. Función de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, en el otorgamiento de beneficios y subrogados penales, en los condenados por delitos políticos. Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander, 2011. P. 75.

RENTERÍA DÍAZ, Adriana y HART, Dworkin. Reglas y principios. P.5. [en línea]. Tomado de: <http://www.rtfed.es/numero20/10-20.pdf>.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. Obras Completas. Tomo III. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1998. P. 5. ISBN 958-35-0201-4.

ROBERT, Alexy. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales. P.27. [en línea]. Tomado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/289390.pdf>.

ROXIN. Claus. Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Madrid: Editorial Civitas, 1997. P. 88. ISBN 84-470-0960-2.

SALINERO, Sebastián; MORALES, Ana María; CASTRO, Álvaro. Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana. Polít. crim. Vol. 12, No 24 (Diciembre 2017), Art. 5, P.P. 789 -790. [en línea]. Tomado de: [[http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_12/n\\_24/Vol12N24A5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_24/Vol12N24A5.pdf)]

SANDOVAL MESA, Jaime. El principio de legalidad en materia penal en Colombia y su proceso de transformación. Tensiones entre la ley positiva y los criterios de seguridad jurídica, justicia material y legitimidad. Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2016. P.P. 10 – 11.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Aproximación al derecho penal contemporáneo. España: Jose Maria Bosch Editor, S.A. 1992. ISBN 84-7698-214-3. 244.p. Disponible en: <http://www.bibliotecad.info/wp-content/uploads/2018/08/APROXIMACION-AL-DERECHO-PENAL-CONTEMPORANEO-JESUS-MARIA-SILVA-SANCHEZ.pdf>

SOLER, Sebastián. Derecho penal argentino. Buenos Aires: Editorial Tipográfica Editora Argentina S.A., 1992. Tomo II. P. 400. ISBN 950-521-067-1.

UGARTE REYES, Wagner. PENAS ALTERNATIVAS EN COSTA RICA Y LE REFORMA DEL ARTÍCULO 56 BIS DEL CÓDIGO PENAL. En: IUS Doctrina. Vol. 12, Noº1 jun-nov, 2019. P. 6.

VON HIRSCH. Andrew. Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena, en Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo. España: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003. P. 125

ZÚÑIGA CÓRDOBA, Oscar Huber. Efectividad de los Beneficios Administrativos y Judiciales en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Mediana Seguridad de Neiva entre los años 2012 a 2014. Vol. 14 no.1. En: Revista Jurídica Piélagus, 2015. P. 150.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 16 de 1972. [en línea].

Disponible en:

<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=37204&dt=S>

COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 65 de 1993. Código penitenciario y carcelario. [en línea]. Disponible:

[http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0065\\_1993.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0065_1993.html)

COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 40 de 1993 Artículo 15. [en línea]

Tomado de:

[http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0040\\_1993.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0040_1993.html)

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 65 de 1993, artículo 9. [en línea]. Tomado de:

[http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0065\\_1993.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0065_1993.html)

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 74 de 1986. [en línea].

Disponible en: [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley\\_0074\\_1968.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0074_1968.htm)

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599. (24, julio, 2000). Por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2000. No. 44097.

COLOMBIA. CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 733 de 2002. Artículo 11. [en línea] Tomado de:

[http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0733\\_2002.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0733_2002.html)

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1098 de 2006. Artículo 199. [en línea]. Tomado de:

[https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley\\_1098\\_2006.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1098_2006.htm)

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1121 de 2006. Artículo 26. [en línea]. Tomado de:

[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1121\\_2006.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1121_2006.html)

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1142 de 2007. [en línea].

Tomado de:

[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1142\\_2007.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1142_2007.html)

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Artículo 28. Ley 1453 de 2011. [en línea]. Tomado de:

[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1453\\_2011.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1453_2011.html)

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474 de 2011. Artículo 13. [en línea]. Tomado de:

[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1474\\_2011.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html)

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1709 de 2014. Artículo 32. [en línea]. Tomado de:

[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1709\\_2014.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1709_2014.html)

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1773 de 2016. Artículo 4. [en línea]. Tomado de:

<https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201773%20DEL%206%20DE%20ENERO%20DE%202016.pdf>

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1944 del 2018. Artículo 6. [en línea]. Tomado de:

<https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201944%20DEL%208%20DE%20DICIEMBRE%20DE%202018.pdf>

COLOMBIA. MINISTERIO DE JUSTICIA. Mirada al estado de cosas institucional del sistema penitenciario y carcelario en Colombia. P.6. [en línea]. Tomado de:

<http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/cosas%20institucional.pdf>

COMISIÓN ASESORA DE POLÍTICA CRIMINAL. 31 de marzo de 2012.  
INFORME FINAL Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano. Disponible en:[http://www.mamacoca.org/docs\\_de\\_base/Legislacion\\_tematica/Informe\\_Comision\\_Asesora\\_Drogas\\_2012.pdf](http://www.mamacoca.org/docs_de_base/Legislacion_tematica/Informe_Comision_Asesora_Drogas_2012.pdf)

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-070 de 1996. [en línea]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-070-96.htm#:~:text=C%2D070%2D96%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=La%20total%20ineficacia%20del%20precepto,otra%20muy%20distinta%20su%20eficacia>.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 073 de 2010. [en línea] Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-073-10.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 091 de 2017. [en línea]. Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/c-091-17.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-108-17. [en línea]. Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-108-17.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 153 de 1998. [en línea]. Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 205 de 2003. [en línea]. Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-205-11.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-261. Expediente L.A.T.-066. (13, junio, 1996). M.P. Alejandro Martínez Caballero [en línea]. [Consultado: 7 de enero de 2020]. Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-261-96.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 312 DE 2002. [en línea]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-312-02.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-328. Expediente D-11077. (22, junio, 2016). M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado [en línea]. [Consultado: 11 de marzo de 2020]. Disponible en:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-328-16.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-388 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa y Colombia. Corte Constitucional, sentencia T-762 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. [en línea]. Tomado de:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia c 425 de 2008. [en línea]. Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-425-08.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 430 de 1996. [en línea]. Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-430-96.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 646 de 2016. [en línea]. Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-646-16.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSITUCIONAL. Sentencia C – 488 / 09. [en línea]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-488-09.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-565. Expediente D-341. (7, diciembre, 1993). M.P. Hernando Herrera Vergara [en línea]. [Consultado: 11 de marzo de 2020]. Disponible en:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-565-93.htm>

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 579 de 2013, M.P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJU. [en línea]. Tomado de:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-579-13.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-609 de 1996. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-013 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Sentencia C-083 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo. Sentencia. Sentencia C- 148 de 2005 M.P. Álvaro Tafur Galvis. Sentencia C-475 de 2005 M.P.

Álvaro Tafur Galvis. Y sentencia C-425 de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-679. Expediente D-2085. (19, noviembre, 1998). M.P. Carlos Gaviria Díaz [en línea]. [Consultado: 7 de enero de 2020]. Disponible en:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-679-98.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia c 694 de 2015. [en línea].

Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-694-15.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-762. Expediente T-3927909, y otros. (16, diciembre, 2015). M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado [en línea]. [Consultado: 12 de marzo de 2020]. Disponible en:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 806 de 2002. [en línea].

Tomado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-806-02.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 881 de 2002. [en línea].

Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-881-02.htm>

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 31531 del 8 de julio de 2009 [en línea]. Disponible en:

[http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol\\_7599204263f0f034e0430a010151f034](http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_7599204263f0f034e0430a010151f034)

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL.

Sentencia 47984. [en línea]. Tomado de:

[http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol\\_073858a83726409d9092cf6f763756ec](http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_073858a83726409d9092cf6f763756ec)