

Juan Sebastián Serrano, Manuel Pinzón, Armando Guío*

Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia)
manuel_dolf20@hotmail.com, a.guio139@uniandes.edu.co

Jueces de ejecución de penas, subrogados penales y hacinamiento carcelario

*Judges of execution of penalties, criminal surrogates
and prison overcrowding*

*Juízes de execução de sentenças, sub-rogação
e superlotação carcerária*

Artículo de investigación: recibido 13/03/2017 y aprobado 22/04/2017

* Abogados de la Universidad de los Andes. Investigadores del G-DIP durante el año 2013-2014. La investigación se hace como reflejo de la preocupación de las clínicas jurídicas de la Universidad de los Andes por encontrar las diferentes causas de la situación de hacinamiento carcelario en Colombia. Guiados por el profesor Manuel Iturralde se quiso ver por la influencia que tienen los jueces de ejecución de penas en el fenómeno del hacinamiento carcelario, dado que son ellos los que deciden cómo y a quién aplicarle los subrogados penales.

Resumen

Este documento presenta los resultados obtenidos en un trabajo de campo realizado en el año 2013, en el que se pretendía estudiar el rol de los jueces de ejecución de penas dentro de la problemática del hacinamiento carcelario. El trabajo de campo incluyó diferentes métodos de investigación, tales como recolección de documentación, análisis de decisiones judiciales y entrevistas a los jueces. El propósito era identificar los patrones legales y sociales que influyen en la toma de decisiones de los jueces de ejecución de penas para aplicar subrogados penales. Identificar estos aspectos de los jueces de ejecución de penas resulta relevante para el debate sobre hacinamiento carcelario, si se tiene en cuenta que son estos los que en últimas deciden sobre la aplicación de medidas alternativas a la prisión carcelaria.

Palabras clave: jueces de ejecución de penas, subrogados penales, hacinamiento, cárceles, multa, entrevistas, INPEC.

Abstract

This paper presents the results obtained in a field work carried out in the year 2013, in which it was tried to study the role of the execution judges of penalties within the problematic of prison overcrowding. Fieldwork included different research methods, such as collection of documentation, analysis of court decisions and interviews with judges. The purpose was to identify the legal and social patterns that influence the decision-making of judges of execution of penalties to apply criminal surrogates. Identifying these aspects of sentencing judges is relevant to the debate over prison overcrowding, bearing in mind that these are the ones who ultimately decide on the application of alternative measures to the prison.

Key words: judges executing penalties, criminal surrogates, overcrowding, prisons, fines, interviews, INPEC.

Resumo

Este documento apresenta os resultados obtidos em um trabalho de campo realizado no ano de 2013, no qual pretendia-se estudar o papel dos juízes de execução de penas dentro da problemática da superlotação carcerária. O trabalho de campo incluiu diferentes métodos de pesquisa, tais como coleta de documentação, análises de decisões judiciais e entrevistas aos juízes. O propósito era identificar os padrões legais e sociais que influem na tomada de decisões dos juízes de execução de sentenças para aplicar sub-rogação.

Identificar estes aspectos dos juízes de execução de sentenças resulta relevante para o debate sobre a superlotação carcerária, considerando que são estes os que, finalmente decidem sobre a aplicação de medidas alternativas à prisão carcerária.

Palavras chaves: Juízes de execução de sentenças, sub-rogação, superlotação, cárceres, multa, entrevistas, INPEC.

Introducción

En 1998, la Corte Constitucional, en la sentencia T-153, declaró un «Estado de Cosas inconstitucional», resultado de una violación sistemática de derechos fundamentales a la población reclusa, a causa del hacinamiento carcelario. De acuerdo con las cifras oficiales, el hacinamiento era del 35%, situación que llevó a que la Corte Constitucional ordenara al gobierno nacional ampliar el número de cupos disponibles en los centros penitenciarios. En los siguientes años se construyeron diez establecimientos de reclusión en el orden nacional. Once años después, la situación de la población reclusa no era muy diferente. Para el 2011, el hacinamiento seguía siendo el mismo: 32.8%.

Esta investigación tiene como propósito determinar la manera en que la aplicación de los subrogados penales, por parte de los jueces de ejecución de penas (JEP), incide actualmente en la problemática de hacinamiento carcelario. Esto teniendo en cuenta que los subrogados son previstos como una figura legal que funciona como una alternativa sustitutiva de la pena de prisión para aquellos condenados que cumplen ciertos requisitos (Corte Constitucional, C-679 del 98, M.P Carlos Gaviria). Se pretende ubicar el papel del juez de ejecución de penas, estableciendo los patrones legales y sociales que influyen en su toma de decisiones, de manera que sea posible encontrar problemas y proveer conclusiones, que desde este ámbito del derecho sean oportunas para conjurar la crisis carcelaria.

Metodología

Esta investigación se centró en la población condenada. Nos interesó principalmente identificar cuál es la eficacia que tienen los subrogados penales como mecanismo para descongestionar las cárceles. De acuerdo con esto, los subrogados analizados son los siguientes: prisión domiciliaria, vigilancia electrónica, y libertad condicional.

El trabajo de campo para análisis de la implementación práctica de los mecanismos sustitutivos de la pena de prisión se llevó a cabo para el caso de Bogotá. Esto resulta fundamental para entender la problemática planteada, ya que para diciembre del 2012 la ciudad albergaba aproximadamente el 15% de la población condenada en centros penitenciarios de Colombia. Adicionalmente, son los juzgados de Bogotá los que concentran la mayoría de casos provenientes de distintos municipios del territorio nacional.

En Colombia hay 29 JEP, siendo 18 de estos permanentes y 11 de descongestión. Para hacer el análisis, en primer lugar, nos enfocamos en el estudio de los autos proferidos entre agosto de 2012 y abril de 2013 por los juzgados de ejecución de penas 9, 10 y 11 de descongestión. Estos fueron escogidos debido a que en ellos se concentró la resolución de peticiones de subrogados penales durante dicho periodo. Posteriormente se tomó una muestra de 13 de los 30 jueces de ejecución de penas para ser entrevistarlos.

Así las cosas, este trabajo se presenta en tres secciones. En la primera se conceptualizará la figura de subrogados penales y de los JEP. En la segunda se expondrán los resultados del trabajo de campo realizado. Finalmente, en la tercera presentaremos nuestras conclusiones y propuestas.

Subrogados Penales y JEP

Subrogados

Los subrogados penales son mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad que se conceden a los individuos que han sido condenados, siempre y cuando cumplan unos requisitos objetivos y subjetivos establecidos por el legislador para cada uno de ellos. Los subrogados penales están cobijados por los principios preventivo, retributivo, y resocializador de la pena (Corte Constitucional, C 425 del 2008, M.P. Marco Monroy). En este sentido, la misma Corte ha afirmado que «estos beneficios tienen como fundamento la humanización del derecho penal y la motivación para la resocialización del delincuente» (Corte Constitucional, C 425 del 2008, M.P. Marco Monroy).

En Colombia existen cuatro tipos de subrogados penales vigentes: prisión domiciliaria, sistema de vigilancia electrónica, suspensión de la ejecución de la pena, y libertad condicional. Cada uno de estos exige el cumplimiento de unos requisitos particulares, que se clasifican doctrinariamente en objetivos y subjetivos. Debe entenderse por requisito objetivo aquel requerimiento legal que atiende a valoraciones objetivas, fácil y evidentemente corroborables; por ejemplo: la situación de embarazo de una mujer. Por otro lado, los requisitos subjetivos son aquellos que responden a valoraciones subjetivas sobre el individuo, y que para su determinación los jueces cuentan con ciertos márgenes de discrecionalidad. Por lo tanto, no son situaciones objetivamente verificables, si no que envuelven concepciones morales, en las cuales pueden verse involucradas concepciones y

prejuicios que tiene el juzgador. En estos casos, los jueces no sólo actúan como verificadores, sino que tienen que entrar a valorar la situación en conjunto; un ejemplo de lo anterior es la valoración de la gravedad de la conducta.

A continuación presentamos una breve descripción de lo subrogados penales.

Prisión domiciliaria

Este subrogado contempla la posibilidad de que el sujeto cumpla su tiempo de condena en su lugar de residencia. Este subrogado presenta dos modalidades que responden a diferencias en los requisitos que la ley impone para su acceso. Estos son, la prisión domiciliaria común y la prisión domiciliaria para individuos cabeza de familia (ley 750).

La prisión domiciliaria común se fundamenta en el artículo 38 del Código Penal, y en el artículo 314 de la Ley 906 de 2004, por remisión expresa del artículo 461 de esta misma ley. Estos son los requisitos para que se otorgue este beneficio:

- i. El juez debe verificar que el solicitante de prisión domiciliaria haya acreditado cualquiera de las siguientes situaciones : a) que tiene más de 65 años, b) que se encuentra en estado de embarazo, c) que se encuentra en estado grave por enfermedad (Objetivo).
- ii. Que la persona no haya sido condenada por delito preterintencional o doloso dentro de los 5 años anteriores (art 68ª del C.P, modificado por el artículo 32 de la L1142/2007) (Objetivo).
- iii. Que la conducta punible por la que se impuso la condena tenga una pena mínima de cinco años (Objetivo).
- iv. Que se deduzca seria, fundada y motivadamente del desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado, que este último no colocará en peligro a la comunidad, y que no evadirá el cumplimiento de la pena (Subjetivo).
- v. El pago de la caución por parte del sujeto (requisito objetivo).
- vi. Que la condena del sujeto no responda a los delitos enunciados en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006; el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006; y el artículo 13 de la Ley 1474 de 2011 (Objetivo).

La prisión domiciliaria para individuos cabeza de familia se encuentra contenida en la Ley 750 de 2002. Aunque en principio se planteó como un beneficio exclusivo de las madres cabeza de familia, desde el 2003 la Corte Constitucional extendió la interpretación de la norma para que cobijara también a los padres cabeza de familia (Corte Constitucional, C 184 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda). En lo que respecta a esta modalidad, es necesario aclarar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia la ha modificado de manera sustancial en varias ocasiones. Actualmente, es necesario demostrar:

- i. La calidad de cabeza de familia del sujeto (requisito objetivo).
- ii. Que la adjudicación del subrogado no afecte los derechos de la comunidad ni de sus hijos (requisito subjetivo).
- iii. Que el sujeto no tenga antecedentes penales de ningún tipo, salvo por delitos culposos o políticos (requisito objetivo).
- iv. Realizar una ponderación entre: los derechos de los menores afectados y derechos como la paz y la seguridad pública; que se ven afectados con el aligeramiento de la pena del individuo (requisito subjetivo).

Finalmente, cabe resaltar que la jurisprudencia ha afirmado que el juez de ejecución de penas sólo es competente para decidir sobre la prisión domiciliaria cuando este aspecto no se haya decidido en la sentencia de conocimiento, salvo que acontezca un tránsito legislativo que torne más favorables las exigencias para la concesión del subrogado penal. Con base en lo anterior, es claro que las decisiones tomadas por el juez de conocimiento en torno a la prisión domiciliaria constituyen cosa juzgada para el JEP (CSJ, sala de casación penal, sentencia del 2 de marzo de 2005, MP: Yesid Ramírez Bastidas).

Vigilancia electrónica

La vigilancia electrónica (VE) es concebida en nuestro ordenamiento en dos sentidos: i) como mecanismo de control del cumplimiento de la pena sustitutiva consistente en prisión domiciliaria, y ii) como sustituto de la pena de prisión. En el presente trabajo sólo nos interesa la segunda definición, en tanto que constituye un verdadero subrogado, mientras que la primera es una medida administrativa aplicada y regulada por el INPEC.

En lo que respecta a la regulación de la VE como subrogado, el legislador determinó que ésta puede desarrollarse en tres modalidades, las cuales «deben ser asignadas por la autoridad judicial competente, luego de verificarse los presupuestos exigidos por la normatividad, de acuerdo con la disponibilidad de las mismas y las fases previstas para ser implementadas» (Decreto 177 de 2008). Estas modalidades corresponden a: I) el seguimiento pasivo RF, ii) el seguimiento activo GPS, y iii) el reconocimiento de voz.

Para acceder al subrogado de VE se exigen los siguientes requisitos:

- i. Que el condenado presente la solicitud ante el establecimiento penitenciario (Decreto 177 de 2008) (requisito objetivo).
- ii. Que la condena no supere los 8 años de prisión (requisito objetivo).
- iii. El pago de una caución y de una multa (requisito objetivo).
- iv. Que el buen desempeño laboral, social, familiar, permitan concluir que el sujeto no pondrá en peligro a la comunidad, ni evadirá el cumplimiento de la pena (requisito subjetivo).
- v. No tener condenas por delitos dolosos o preterintencionales dentro de los 5 años anteriores (art 38ª y 68ª del C.P) (requisito objetivo).
- vi. Que la condena del sujeto no responda a los delitos enunciados en el artículo 38a del Código Penal , ni a ninguno de los delitos mencionados en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006; el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006; y el artículo 13 de la Ley 1474 de 2011 (requisito objetivo).
- vi. Que el condenado no se haya beneficiado de esta medida sustitutiva de pena privativa de la libertad (requisito objetivo).

Suspensión condicional de la pena

La suspensión condicional de la pena contempla la posibilidad de que se le suspenda la ejecución de la pena al condenado por un periodo de dos a cinco años, siempre y cuando la condena del individuo no exceda un periodo de tres años y no sea atribuible a los delitos mencionados en la ley. Además de verificar lo anterior, el juez debe hacer una valoración de la gravedad de la conducta,

junto con el buen desempeño del individuo, y corroborar que el individuo canceló la multa correspondiente. Este subrogado no será objeto de la presente investigación. Es competencia del juez de conocimiento el otorgar o no este beneficio. El JEP se limita únicamente a decidir sobre la revocación del mismo..

Libertad condicional

Finamente, la libertad condicional contempla la posibilidad de que el juez permita al condenado salir de su estado de reclusión, siempre y cuando haya cumplido 2/3 partes de su condena, y reúna una serie de requisitos adicionales. Estos últimos pueden resumirse en:

- i. Cumplimiento de las dos terceras partes de la pena (requisito objetivo).
- ii. Buena conducta en el tratamiento penitenciario, que permita inferir que no existe necesidad de continuar con la ejecución de la pena (CSJ, Auto del 22 de febrero de 2003, radicación 17392 MP: Fernando Enrique Arboleda Ripoll) (requisito subjetivo).
- iii. Reparación de la víctima (si se requiere) (requisito objetivo).
- iv. El pago de la caución y multa (requisito objetivo).
- v. La valoración conjunta y positiva del juez respecto a la gravedad de la conducta y el buen desempeño social, laboral y familiar del individuo (requisito subjetivo).
- vi. No tener condenas por delitos dolosos o preterintencionales dentro de los 5 años anteriores (art 68ª del C.P) (requisito objetivo).
- vii. Que la condena del sujeto no responda a los delitos enunciados en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006; el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006; y el artículo 13 de la Ley 1474 de 2011.

La libertad condicional es contemplada como un paso anterior al otorgamiento de la libertad, luego de que el individuo ha superado diversas etapas en su proceso de «rehabilitación», y ha recuperado la confianza de la sociedad. Esta última etapa en el proceso de rehabilitación social es un periodo de prueba, en donde se establecen unas obligaciones a cumplir. Si al finalizar dicho periodo de tiempo el condenado no ha cometido nuevos delitos, y ha cumplido con sus obligaciones, la libertad concedida de manera condicional tendrá carácter definitivo.

Como pudo observarse en el desarrollo del presente acápite, los subrogados y la resocialización se encuentran ligados. El conjunto de requisitos legales y

jurisprudenciales exigidos para el acceso a estos mecanismos refleja la necesidad que tiene el Estado de corroborar que el individuo se encuentra efectivamente re-socializado antes de concederle un cierto margen de libertad. Ahondando en el argumento anterior, es claro que requisitos como las valoraciones del buen comportamiento del individuo en reclusión, tiempo de permanencia mínimo en reclusión, y la valoración de la gravedad del delito, van encaminados a que el juez realice una valoración más allá de la peligrosidad del individuo, de manera que incluya el análisis del proceso de cambios que éste ha tenido mientras ha estado recluso. Esto no sólo refleja cierta preocupación social por el peligro que representa el condenado, sino que además advierte que el subrogado es un privilegio, que se otorga únicamente a aquellos individuos que han recapacitado y merecen ser recompensados mediante una reintegración parcial y controlada; la cual se daría mediante el otorgamiento del subrogado.

Jueces de ejecución de penas

El JEP tiene una función muy particular, ya que adquiere competencia luego de ejecutoriada la sentencia de condena. Su función se limita a los condenados y a la ejecución de la pena. En lo que respecta a los subrogados, la labor del juez se reduce a observar el cumplimiento de los requisitos objetivos y subjetivos del condenado, para después emitir una sentencia en la cual decide la petición del sentenciado de acceder a determinado subrogado.

Los JEP tienen como obligación primordial «garantizar la legalidad de la ejecución de las sanciones penales». Como autoridad judicial competente, para hacer seguimiento al cumplimiento de la sanción penal, deberán realizar visitas periódicas a los establecimientos de reclusión que les sean asignados (Art. 511 ley 65/93). En cumplimiento de lo anterior, el juez deberá: (i) verificar las condiciones del lugar o del establecimiento de reclusión donde deba ubicarse la persona condenada, repatriada o trasladada; (ii) conocer de la ejecución de la sanción penal de las personas condenadas, repatriadas o trasladadas, cuya ubicación le será notificada por el INPEC; (iii) hacer seguimiento de las actividades dirigidas a la integración social del interno (para ello deberá conceptuar periódicamente sobre el desarrollo de los programas de trabajo, estudio y enseñanza); y (iv) conocer de las peticiones que los internos formulen en relación con el Reglamento Interno y tratamiento penitenciario en cuanto se refiera a los derechos y beneficios que afecten la ejecución de la pena.

Trabajo de campo

Ante la grave situación de hacinamiento carcelario, el gobierno nacional ha implementado políticas específicas para agilizar el proceso de salida de los centros penitenciarios de las personas condenadas. De esta forma, el Ministerio de Justicia, junto con el Consejo Superior de la Judicatura, diseñaron un plan de descongestión para los jueces de ejecución de penas. Específicamente para Bogotá se crearon de manera transitoria tres juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad (Juzgados 9, 10 y 11 de Descongestión de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad). Inicialmente los nuevos juzgados operarían hasta el 19 de diciembre de 2012. Sin embargo su funcionamiento se prorrogó hasta el 30 de abril de 2013 (Consejo Superior de la Judicatura, 2012).

Los Juzgados 9, 10 y 11 fallaron la totalidad de las solicitudes resueltas de libertad condicional, prisión domiciliaria y vigilancia electrónica de la ciudad, entre agosto de 2012 y febrero de 2013. Es por ello que para analizar la forma en que los jueces de ejecución de penas están decidiendo las solicitudes de los tres subrogados estudiados se han escogido los mencionados juzgados para el periodo comprendido entre agosto de 2012 y el 10 de abril de 2013.

En total fueron revisados 1655 autos que resolvían solicitudes sobre los subrogados estudiados. De las decisiones analizadas, 1195 decidían sobre solicitudes de libertad condicional (72%), 324 de prisión domiciliaria (20%), y 136 de vigilancia electrónica (8%).

De las solicitudes resueltas, en cuanto a libertad condicional, se tiene que de las 1195 decisiones fueron concedidas 371 (31%) y negadas 824 (69%). Por su parte, en lo que respecta a prisión domiciliaria, los tres juzgados analizados resolvieron un total de 324 solicitudes, de las cuales 52 fueron concedidas (16%) y 272 denegadas (84%). En lo que tiene que ver con el subrogado penal de vigilancia electrónica, los tres juzgados en mención analizaron un total de 136 solicitudes, sobre las cuales en 11 oportunidades concedieron (8%) y en 125 denegaron (92%).

Ahora bien, para comprender la forma en que los jueces de ejecución de penas 9, 10 y 11 resolvieron las solicitudes de los subrogados estudiados, resulta necesario identificar los motivos por los cuales tomaron las respectivas decisiones. Frente a los fallos en los cuales se concedían los subrogados se encontró homogeneidad en la motivación de los jueces. Si los jueces encontraban que era procedente el otorgamiento del subrogado, se limitaban a motivar su

decisión en el cumplimiento de todos los requisitos legales. No obstante, en los fallos en los cuales se negaban los beneficios existió gran diversidad en las motivaciones para el rechazo. Para el estudio de los argumentos por los cuales se estableció la improcedencia del subrogado se establecieron diferentes categorías, con el propósito de poder obtener datos comparables dentro de la heterogeneidad existente. A continuación se presentan las categorías creadas:

Categorías

Categorías generales

Prohibición legal: se fundamenta en la existencia de normas que excluyen específicamente el tipo penal o la modalidad del delito del beneficio de subrogados penales.

Antecedentes (art. 68A): se fundamenta en el artículo 68A del Código Penal colombiano, el cual establece que no se podrá acceder al subrogado si se tienen antecedentes penales en los últimos cinco años.

Factores subjetivos: se fundamentan en valoraciones que hace el juez con respecto al sujeto, que no se encuentran explícitamente consagradas en la ley, sino que responden al margen de valoración con el que cuenta el funcionario. En esta categoría se enmarcan valoraciones sobre el comportamiento del sujeto antes de entrar a prisión, sus antecedentes personales y judiciales, entre otros.

Gravedad y modalidad: se fundamenta en la valoración de la gravedad y la modalidad de la conducta criminal de acuerdo con el artículo 63 del Código Penal.

Decisión previa: se fundamenta en una decisión previa tomada por un homólogo o por el juez de conocimiento. Es decir, se acogen los motivos dados en una decisión anterior para negar el subrogado, dado que no se encuentran cambios en los elementos fácticos ni jurídicos que permitan fallar de forma diferente.

No pago de multa: se fundamenta en el no cumplimiento del requisito legal sine qua non del pago de la multa. En esta categoría se niega el subrogado sin valorar las condiciones económicas del condenado.

Documentación y labor realizada por el INPEC: se fundamenta en el artículo 471 del Código de Procedimiento Penal en el cual se establece que deben allegarse con la solicitud del subrogado: el aval del consejo disciplinario, la resolución de buena conducta, y la cartilla del recluso.

Categoría especial de Prisión Domiciliaria y Vigilancia Electrónica

No acreditó arraigo y la no peligrosidad para la comunidad: se fundamenta en que el condenado no logró demostrar que tenía un domicilio fijo, y que no constituiría peligro para la comunidad.

Categoría especial de la libertad condicional:

No cumple tiempo: se fundamenta en el incumplimiento del tiempo mínimo que establece la ley para poder acceder al subrogado

Categorías especiales Prisión Domiciliaria

No acreditó ser cabeza de familia: se fundamenta en que el condenado no logró probar su condición de cabeza familia.

No acreditó grave enfermedad: se fundamenta en que no se probó la gravedad de la enfermedad, pues no existe ningún dictamen médico legal que afirme que la enfermedad es de tal gravedad que no puede continuarse en centro de reclusión.

No cumple causales legales: para la concesión del subrogado existen causales taxativas, y de no encontrarse inmerso en ellas no es posible el acceso al subrogado.

No se cumple con el límite inferior de la pena del delito: Se exige como requisito para otorgar el subrogado, que el quantum punitivo mínimo mediante el cual es castigada la conducta del condenado, no exceda un tiempo máximo determinado; si ese quantum mínimo, establecido en la ley, excede el tiempo exigido, se deberá negar el subrogado.

Categorías especiales: Vigilancia Electrónica

Pena impuesta mayor a 8 años: se fundamenta en la restricción legal que exige que para la concesión del subrogado la pena debe ser menor a 8 años.

No cumplió con requisito de solicitar primero al INPEC: se fundamenta en el Decreto 1316 de 2009, según el cual el interno debe realizar la solicitud al establecimiento penitenciario, y las autoridades del mismo son quienes remiten la solicitud al juez de ejecución de penas.

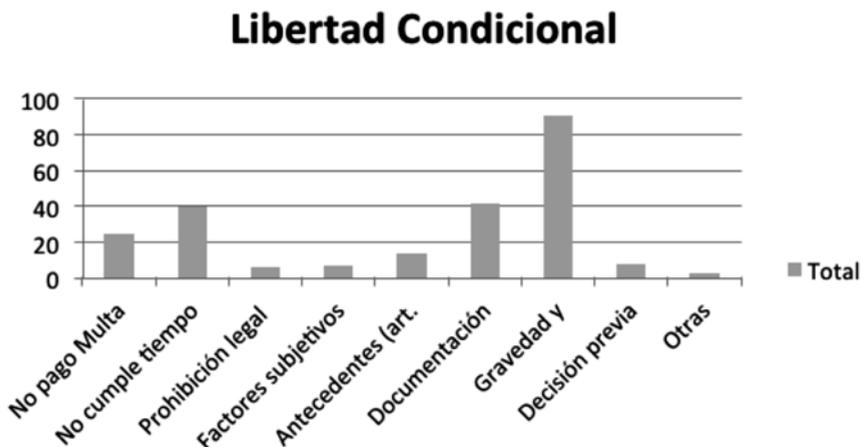
Análisis de autores

Establecidas las categorías, a continuación se expondrán los resultados encontrados para cada uno de los juzgados.

Juzgado 9 de ejecución de penas (descongestión transitorio)

El juzgado 9 de ejecución de penas resolvió un total de 436 solicitudes de las cuales 315 eran de libertad condicional (72%), 77 de prisión domiciliaria (18%), y 44 de vigilancia electrónica (10%). De las solicitudes resueltas, en libertad condicional se concedieron 79 (25%) y se negaron 236 (75%); en prisión domiciliaria se concedieron 11 (19%) y se negaron 46 (81%); y en vigilancia electrónica se concedieron 2 (6%) y se negaron 30 (94%). A continuación se presentarán los resultados de las solicitudes negadas de cada subrogado.

Figura 1
Distribución de motivos para negar la libertad condicional



Dentro de la categoría de otras se encuentran negativas por nulidades en el procedimiento, no se reconocía al abogado del solicitante, etc. Fuente: Cálculos de los autores.

Las razones por las cuales se negaron las solicitudes de libertad condicional evidencian diferentes cosas importantes. La primera de ellas consiste en que el juzgado no está aplicando de manera adecuada la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de pago de multa. La motivación del juez para negar el subrogado por no pago de multa ignora completamente la solvencia económica del condenado, violando el derecho de éste a acceder a la libertad condicional sin pagar la multa cuando acredite su incapacidad económica.

En segundo lugar, se encuentra que el margen de discrecionalidad en la evaluación de los factores subjetivos es muy alto. Evidencia de esto es la gran diversidad de factores que el juez incluye en este punto. No existe patrón alguno que permita identificar exactamente qué variable será analizada por el juez en un caso concreto. Los factores subjetivos encontrados van desde valoración de conductas delictivas previas, sin límite temporal, hasta comparecencia al proceso del condenado, incluyendo comportamiento social del condenado fuera y dentro del centro penitenciario. Este juez considera que la reforma de la ley 890 de 2004, que introdujo el análisis de gravedad de la conducta, fue algo acertado. Él defiende la existencia de este criterio de análisis, ya que brinda la posibilidad de entender el comportamiento del individuo y la forma como debe darse su resocialización. Así mismo considera que la gravedad debe tener una incidencia, porque entre mayor sea la misma, mayor es la dificultad de reinserción y adaptación en la sociedad de la persona.

En tercer lugar, se encuentra que repetidamente el juzgado debe oficiar al INPEC para que envíe los documentos establecidos en el artículo 471 del Código de Procedimiento Penal, los cuales son: el aval del consejo académico, la resolución de comportamiento favorable del condenado, y la cartilla de éste. Es preciso aclarar que la falta de esta documentación es responsabilidad única del INPEC, y resulta preocupante que personas que podrían acceder a la libertad condicional se encuentren aún en la cárcel por una falla del establecimiento penitenciario.

En este punto el juez noveno comentó que es tal la cantidad de condenados y la falta de recursos que es muy difícil que el INPEC pueda desarrollar su tarea de manera adecuada. En cuanto a la confianza que le producen los documentos emitidos por esta entidad, expresó que siempre existe alguna prevención. Él considera que los documentos pueden ser susceptibles de ser modificados mediante actos de corrupción. De esta manera el juez tiene en cuenta la cartilla y la resolución favorable, pero considera que no da cuenta, en su totalidad,

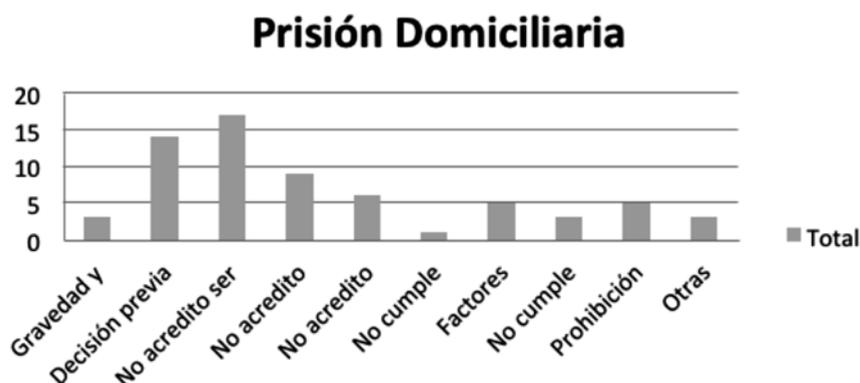
del comportamiento del preso; para él resulta más ilustrador la gravedad de la conducta y la modalidad cómo se llevó a cabo el delito.

Finalmente, se encuentra que el juez, con cierta frecuencia, se acoge a las decisiones previas tomadas por un homólogo o el juez de conocimiento. De acuerdo con la argumentación del juez, la situación fáctica y jurídica es la misma que existía en el momento que se profirió la decisión anterior, y por tanto no existe razón alguna para cambiar el sentido del fallo. Según lo comentó en la entrevista, para este juez la sentencia que determinó la culpabilidad de la persona deja plasmado lo que al juez le causó impacto, como por ejemplo la gravedad, y por esto es que en su criterio debe tenerse muy en cuenta.

En las decisiones proferidas por el juzgado 9 de ejecución de penas se encuentra que se otorgó preponderancia a las decisiones previas, y una vez más el juez utilizó una gran diversidad de factores al evaluar el componente subjetivo que debe cumplirse para otorgar el subrogado.

Es necesario ahondar en las categorías que son exclusivamente evaluadas en prisión domiciliaria. En primer lugar, frente a la acreditación de ser padre cabeza

Figura 2
Distribución de motivos para negar Prisión Domiciliaria



Dentro de la categoría de otras se encuentran negativas por nulidades en el procedimiento, no se reconocía al abogado del solicitante, etc. Fuente: cálculos de los autores

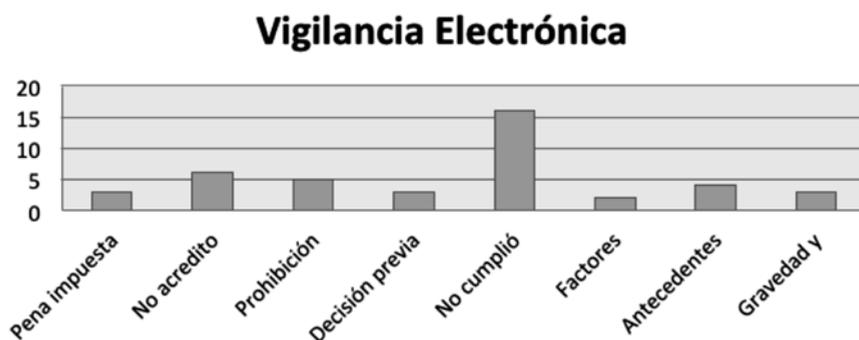
de familia, con base en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el juez estableció que no bastaba con probar dependencia económica de los hijos, sino que debía probarse que estos se encontraban en un estado de abandono. En segundo lugar, para la acreditación de grave enfermedad se pudo ver que la única prueba que es válida es el dictamen médico legal. Dicho dictamen debe afirmar que el estado de salud de la persona es tan grave que se hace imperiosa la necesidad de trasladarlo a su hogar.

En la entrevista el juez comentó que la presión mediática ha sido fundamental para que los JEP concedan o no estos subrogados. Explica que en muchos casos de trascendencia nacional, que envuelven a importantes delincuentes, debido a la forma en que ellos han abusado de los subrogados, como la prisión domiciliar o la vigilancia electrónica, se generan escándalos en la opinión pública, que obligan al juez a ser muy cuidadoso al momento de conceder beneficios. De esta forma, comentó la existencia de narcotraficantes y también políticos que se hacen pasar por padres o madres cabeza de hogar, mediante una declaración extra juicio frente a notario, o contratación de médicos para que certifiquen una enfermedad grave, de modo que se les concedan estos subrogados. El juez considera que en estos casos debe tenerse cuidado, ya que muchos de los elementos de prueba que son allegados por los presos, son construidos por ellos mismos, de la forma en que mejor los beneficie. Por esto el juez aseguró que busca contar con sus propios dictámenes, expedidos por los profesionales auxiliares. Sin embargo, debido a la alta demanda y a la cantidad de trabajo, estos últimos se ven desbordados y es muy difícil que puedan dar un fallo clínico detallado y preciso.

162 En el caso de la vigilancia electrónica se encontró que la mayoría de internos que realizaron la solicitud no cumplieron con el requisito de elevar la solicitud al INPEC. De acuerdo con la normatividad en materia de vigilancia electrónica, al ser el INPEC quien administra los dispositivos, resulta imperioso primero acudir a esta institución, antes de acudir al juez. En este punto es preciso anotar que el error de los internos parece fundamentarse en la falta de conocimiento sobre el procedimiento. Si se tiene en cuenta que la oficina jurídica del centro penitenciario es la encargada de remitir las solicitudes al juez de ejecución de penas, esta misma oficina debería encargarse de orientar a los reclusos.

Este juez determinó, en la entrevista realizada, que este mecanismo debería tener un mayor desarrollo, y que se debe contar con mayores recursos tecnológicos, para que puedan ser más confiables; existen muchos casos en los

Figura 3
Distribución motivos para negar Vigilancia Electrónica



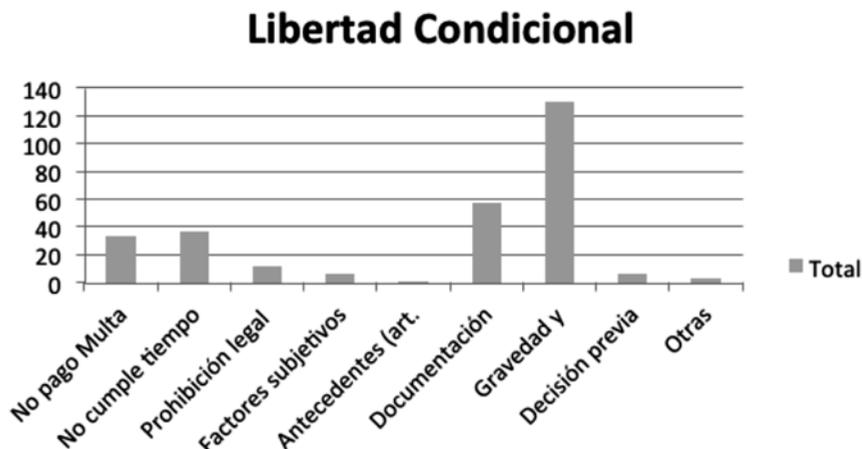
Fuente: cálculos de los autores

que los presos se burlan de este sistema. Ejemplo de esto, para este juez, es que varias personas se retiran los dispositivos y se los colocan a sus mascotas para así poder movilizarse fuera de su domicilio. Para él, aunque estos mecanismos han tenido mejoras importantes, y hoy es difícil retirarlos sin que se active una alarma, considera que todavía existe desconfianza. A su vez también asegura que en este tipo de mecanismos y en el desarrollo que tengan, está gran parte del futuro de la aplicación de subrogados por parte del JEP.

Juzgado 10 de ejecución de penas (descongestión transitorio)

El juzgado 10 de ejecución de penas resolvió un total de 669 solicitudes de otorgamiento de subrogados penales, de las cuales 461 eran de libertad condicional (69%), 153 de prisión domiciliaria (23%), y 55 de vigilancia electrónica (8%). De las solicitudes resueltas, en libertad condicional se concedieron el 38% y se negaron el 62%; en prisión domiciliaria se concedieron el 25% y se negaron el 75%; y en vigilancia electrónica se concedieron el 16% y se negaron el 84%. A continuación se presentarán los resultados de las solicitudes negadas de cada subrogado.

Figura 4
Distribución motivos para negar libertad condicional J10



Fuente: cálculos de los autores

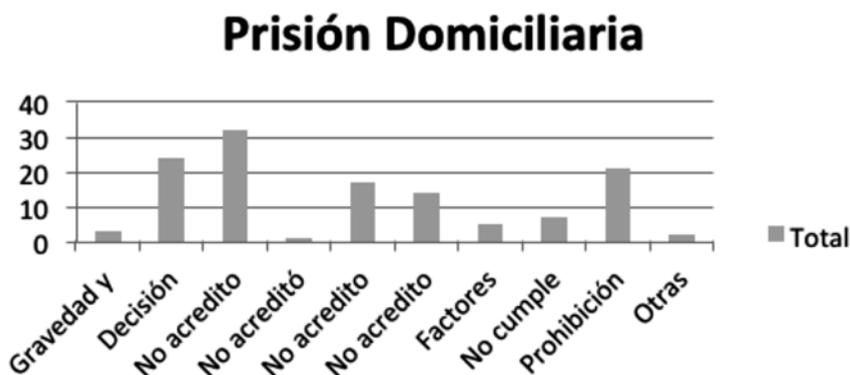
En el juzgado 10 se encontraron divergencias en la forma de fallar situaciones similares. Por ejemplo, antes del mes de septiembre del 2012, este juez negaba las solicitudes de libertad condicional por el no pago de la multa, ignorando las condiciones socio-económicas del condenado. Sin embargo, a partir del mes de octubre el juez empezó a incorporar la capacidad económica del recluso dentro de su análisis sobre el pago de la multa, con base en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Por otra parte, es alarmante que el 20% de las solicitudes de libertad condicional hayan sido negadas por el incumplimiento del INPEC. Esto evidencia una contradicción en la política estatal: por una parte se intentan implementar mecanismos de descongestión, pero por otra parte son los mismos entes estatales quienes desgastan la administración de justicia y agravan la situación carcelaria del país.

Así mismo, la ambigüedad de los términos gravedad y modalidad de la conducta cobra relevancia cuando se observa que el 45.6% de las solicitudes realizadas a este juzgado fueron negadas bajo esta causal. Lo más preocupante es que ante la falta de claridad sobre el significado de la gravedad de la conducta, la carga

argumentativa del juez es baja, lo cual le facilita negar el subrogado. Por ejemplo, en varios casos se observó cómo el juez se limitaba a citar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que le ordenaba valorar la modalidad y gravedad de la conducta, y ésta era toda la argumentación que brindaba.

Figura 5
Distribución motivos para negar prisión domiciliaria J10

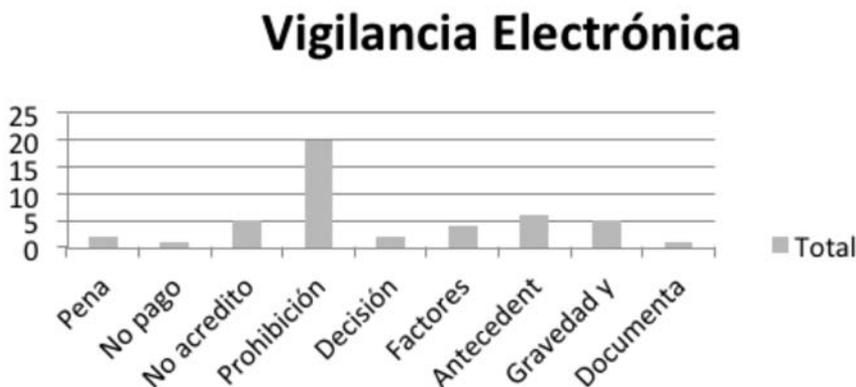


Fuente: cálculos de los autores

Se observa que el juez se encontraba obligado a fallar negativamente por prohibición legal, cuando existía decisión previa, o cuando el delito por el cual se condenaba tenía una pena mínima mayor a cinco años. Si se suman estas restricciones, se obtiene que el juez no tenía margen de discrecionalidad alguna en un 41.3% de las solicitudes.

Para el caso de vigilancia electrónica se observa que el juez tiene grandes restricciones a la hora de fallar. El juez 10, por ejemplo, tuvo que negar el 43.5% de las solicitudes de vigilancia electrónica por prohibición legal expresa. En estos casos el juez se encuentra imposibilitado para valorar otros factores, ya que en caso de ignorar la prohibición legal estaría incurso en el delito de prevaricato. Si a lo anterior se agregan las decisiones basadas en los antecedentes y en la pena impuesta, se encuentra que el juez no tuvo otra opción más que fallar negativamente en el 60.8% de las veces.

Figura 6
Distribución motivos para negar Vigilancia Electrónica J10



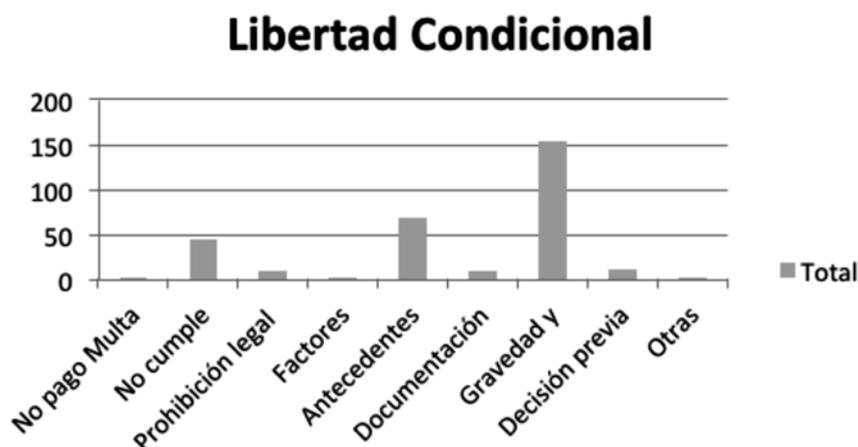
Fuente: cálculos de los autores

Juzgado 11 de ejecución de penas (descongestión transitorio)

El juzgado 11 de ejecución de penas resolvió un total de 550 solicitudes dentro del período analizado, de las cuales 419 eran de libertad condicional (76.2%), 94 de prisión domiciliaria (17.1%), y 37 de vigilancia electrónica (6.7%). De las solicitudes resueltas se concedieron 116 de libertad condicional (28%), y 14 de prisión domiciliaria (15%). No se concedió ninguna solicitud de vigilancia electrónica. Por otra parte, el mencionado juzgado negó 263 solicitudes de libertad condicional (75%), 34 de vigilancia electrónica (100%), y 74 de prisión domiciliaria (29%). A continuación se presentarán los resultados de las solicitudes negadas de cada subrogado.

En el juzgado 11 se volvió a encontrar una alta concentración de negativas, basadas en la gravedad y modalidad de la conducta, en los casos de solicitud de libertad condicional. Para este juzgado las negativas por este motivo constituyeron el 50.8% del total. Por ejemplo, en un caso de hurto agravado y calificado en concurso con porte de arma de fuego, el juez argumentó que el modo de ejecución de la conducta, por ser con arma de fuego, era altamente grave. Así mismo, ante el delito de tráfico de estupefacientes, el juez consideró

Figura 7
Distribución de motivos para negar Libertad Condicional J11



Dentro de la categoría de otras se encuentran negativas por nulidades en el procedimiento, no se reconocía al abogado del solicitante, etc.

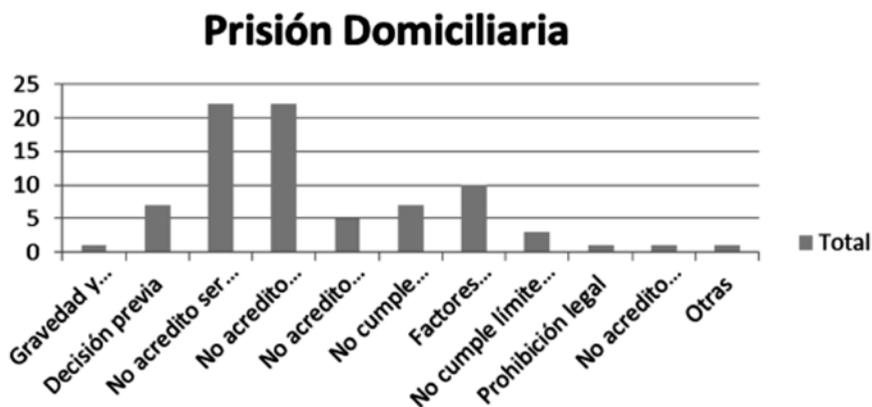
Fuente: cálculo de los autores.

que por el contexto social del país esta conducta era de alta gravedad, y por tanto no procedía el otorgamiento del subrogado.

Así mismo, se encuentra que en el 22.8% de las solicitudes en materia de libertad condicional, el juez negaba de plano, sin realizar mayor análisis, pues el solicitante caía dentro del ámbito de exclusión para aplicar el subrogado, del que trata el artículo 68 A del Código Penal (Antecedentes), que ya fue explicado con anterioridad.

Este Juzgado negó en su mayoría las solicitudes de prisión domiciliaria porque el condenado no acreditó su condición de ser cabeza de familia (27.5%), o su estado de grave de enfermedad (27.5%). En este último caso el juez consideró necesario un dictamen médico legal que determinara que el estado de salud era delicado, y adicionalmente que la conducta no fuese lo suficientemente grave para conceder el subrogado. Cuando se contaba con el dictamen médico legal que recomendara otorgar la prisión domiciliaria, pero el juez consideraba que la

Figura 8
Distribución motivos para negar Prisión Domiciliaria J11



Dentro de la categoría de otras se encuentran negativas por nulidades en el procedimiento, no se reconocía al abogado del solicitante, etc.

Fuente: Cálculo de los autores

168

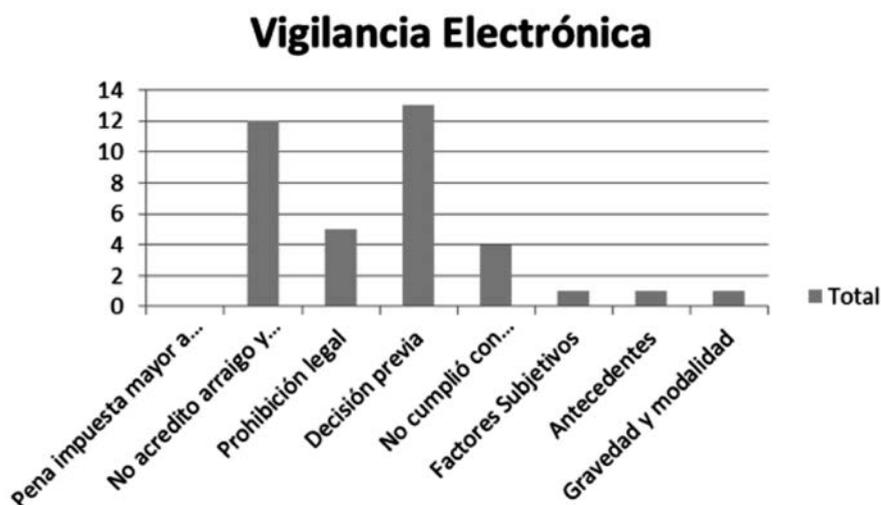
conducta era demasiado grave, se negaba el subrogado. Por otra parte, cuando se trataba de acreditar ser padre cabeza de familia, se encontró que para que opere esta causal es necesario probar que los hijos se encuentran en un alto grado de abandono, y que no existe ningún otro familiar que pueda hacerse cargo de ellos.

El juez 11 otorgó preponderancia a las decisiones anteriores de sus homólogos y del juez de conocimiento. Esto significa que si en un momento se niega el subrogado la probabilidad de que se otorgue en el futuro disminuye drásticamente. Lo anterior genera un perjuicio en el condenado puesto que, de entrada, tiene un mal antecedente que puede sesgar las decisiones futuras de otros jueces.

Análisis de tendencias y conclusiones de los autores

Tras la revisión de los autos encontramos patrones en las motivaciones que los jueces utilizaban para negar los subrogados. Existen cuatro categorías, que por ser transversales en las negativas a las solicitudes de los tres subrogados, merecen un análisis más detallado. Estas son: (i) gravedad y modalidad de la

Figura 9
Distribución de motivos para negar Vigilancia Electrónica J16



Fuente: Cálculos de los autores.

conducta; (ii) restricciones legales; (iii) documentación del INPEC; (iv) pago de la multa. Lo anterior hace imperioso resaltar los problemas que existen en las motivaciones dadas por los jueces, cuando éstas se enmarcan dentro de las mencionadas categorías.

Gravedad y modalidad

En primer lugar, frente a la gravedad y modalidad de la conducta se encontró que de los 1221 autos en los que fue negado algún subrogado penal, 391 autos utilizaron esta causal como motivación para negar las solicitudes. Es decir, que en un 32% de las solicitudes negadas los jueces acudieron a evaluar la gravedad y modalidad de la conducta para determinar la improcedencia de la sustitución de la pena de prisión. Al revisar la normatividad y jurisprudencia penal relevante se encuentra que no existe definición clara sobre qué es gravedad y modalidad de la conducta. No obstante, dentro de los fallos de los jueces se observa que estos acuden a la valoración del daño social que genera la conducta típica cometida.

Dentro del análisis de gravedad y modalidad, los casos más recurrentes se enmarcaban en el delito de hurto agravado y calificado en concurso con porte ilegal de arma de fuego. En estos casos los jueces consideraban que la utilización de arma de fuego tornaba la conducta tan grave que no procedía el otorgamiento de subrogados. Al acudir al delito para valorar la gravedad y modalidad de la conducta, los jueces terminan haciendo un examen de las circunstancias de modo, tiempo y lugar bajo las cuales se ejecutó la actividad criminal. Esto resulta preocupante puesto que genera un doble castigo al condenado por su conducta: primero, la pena de prisión, y segundo, el no acceso a subrogado alguno.

Restricciones legales

En segundo lugar, se encontró que buena parte de los autos que negaban la solicitud de subrogados estaban sustentados en restricciones legales; casos en los cuales el juez no tenía discrecionalidad alguna. En esta categoría se observan claramente las contradicciones de la política penitenciaria y la política criminal en Colombia. Mientras en la política penitenciaria se intenta descongestionar los centros penitenciarios y buscar mecanismos alternativos a la pena de prisión en centro carcelario, la política criminal estatal se torna cada vez más punitiva; claro ejemplo de ello es la creación de restricciones legales que imposibilitan que ciertas personas puedan acceder a los subrogados penales.

Documentación del INPEC

Se encontraron también no pocos casos en los cuales el INPEC incumplió su deber de enviar los documentos establecidos en el artículo 471 del Código de Procedimiento Penal. Esto quiere decir que 89 personas que pudieron haber accedido a un subrogado, por cumplir todos los requisitos legales, no pudieron hacerlo por una falla estatal. Como se ha mostrado en este documento la situación carcelaria del país es tan grave que tener 89 personas menos en una cárcel significa la protección de los derechos fundamentales de estas personas.

Pago de la Multa

En cuarto lugar, con cierta frecuencia se encontraron autos en los cuales los jueces no aplicaron la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de multa. En el año 2012, la Corte Constitucional en la sentencia T-309, reiteró su jurisprudencia frente a la multa, y sostuvo que ante la insolvencia del condenado

procede la concesión de subrogados penales sin el pago de la multa. En este punto resulta importante resaltar que en muchas ocasiones los jueces citan la jurisprudencia de la Corte para negar por el no pago de la multa, pero se limitan a sostener que el requisito del pago de la multa fue declarado constitucional. Lo anterior significa que, si bien los jueces conocen las sentencias de la Corte, estos se limitan a motivar sus decisiones con base en la parte resolutive de éstas, y no tienen en cuenta las consideraciones expuestas por esta Corporación.

Análisis de tendencias y conclusiones de la información obtenida en las entrevistas

A partir de Agosto de 2013 se hicieron una serie de entrevistas a partir de las cuales se ha podido recopilar y analizar información importante sobre la aplicación de los subrogados descritos. A continuación se presenta la opinión de 12 jueces de los 29 que están operando en la ciudad de Bogotá.

Gravedad y modalidad

En este punto el factor que más inquietudes generaba entre los jueces era la necesidad de ceñirse a lo establecido en el fallo anterior que determinó la responsabilidad penal del preso, al momento de analizar la gravedad de la conducta. Once de los doce jueces interrogados sobre este punto fueron enfáticos en señalar que el análisis de gravedad y modalidad, que realizan en sede de ejecución de penas, está atado a la valoración realizada por el juez fallador. Lo anterior evidencia que existe un consenso en cuanto a la forma de realizar este análisis, y se está frente a una interpretación casi unánime de la norma que estableció esto, y de la jurisprudencia que la ha interpretado.

Sin embargo, también fue posible evidenciar críticas frente a este criterio por parte de los jueces, quienes consideraron que esta práctica desconoce el fin resocializador de la pena, y en algunos casos puede llegar a ser considerada como una violación al principio de non bis in ídem. Unido a esto, algunos jueces plantearon que este elemento de juicio limita su capacidad de análisis, y los somete de forma arbitraria a decisiones previas, lo que no les permite ahondar en un estudio de la resocialización de los presos. A pesar de estas críticas, los jueces se ven inhabilitados para expresar estas posiciones en sus fallos, ya que la ley y la jurisprudencia han sido claras en el tema, y apartarse de esto podría conllevar a una posible sanción disciplinaria o una investigación al respecto.

Decisión previa como parámetro a tener en cuenta

Frente al punto de si el JEP debe considerar que hay cosa juzgada, frente a una decisión del juez de conocimiento que resuelve la concesión de un subrogado, fueron preguntados ocho jueces. Cinco de ellos consideran que sí existe cosa juzgada en la materia, mientras que tres jueces consideran que el juez de ejecución de penas puede pronunciarse con independencia sobre la posibilidad de conceder un subrogado que ha sido previamente analizado por el juez de conocimiento.

Dos de los cinco jueces que establecieron la existencia de una cosa juzgada en este punto afirmaron que la misma no es absoluta. Por ejemplo, uno de los jueces afirmó que «debido a la constitucionalización del derecho penal se hace necesario evaluar el caso en concreto y analizar si con esta situación se vulneran derechos fundamentales». Otro de los jueces afirmó que aun cuando exista una decisión previa debe hacerse un análisis de las situaciones fácticas en cada caso, y evaluar si éstas han cambiado a tal punto que sea posible alterar el sentido de la decisión.

Restricciones legales

Sobre aquellas causales objetivas por las cuales los jueces de ejecución de penas niegan la concesión de subrogados penales, basados en restricciones de tipo legal (antecedentes y delitos excluidos), fueron indagados doce jueces. De estos, 8 consideraron que tales prohibiciones son inconvenientes, mientras que 4 se mostraron a favor. Para algunos jueces críticos de estas reformas las restricciones inciden notablemente en las tasas de hacinamiento, al excluir de dichos beneficios a un porcentaje significativo de la población carcelaria. A su vez, otros jueces afirmaban que bajo su criterio debería concederse el subrogado en atención al proceso de resocialización.

Una de las posiciones que resultó interesante en este trabajo fue la expresada por uno de los jueces, quien afirmó que con estas reformas se limita cada vez más la posibilidad de que el operador judicial valore la situación particular del condenado: su comportamiento, el proceso de aprendizaje, o el desempeño laboral. Según él, están privando a los jueces de hacer una valoración del proceso de resocialización del condenado, relegándolos al papel de simples «notarios», que se limitan a certificar ciertos comportamientos, y a realizar cálculos matemáticos sobre redención de penas.

Por otro lado, quienes consideraron adecuadas las reformas legales que dieron lugar a la restricción de tipo objetivo en la aplicación de subrogados,

manifestaron que hay una necesidad de endurecer el sistema penal y volverlo más restrictivo, ya que existen delincuentes que se aprovechan de estos beneficios para seguir delinquiendo. Para estos jueces las reformas son una respuesta lógica y coherente al grave problema social que atraviesa el país, y a la elevada delincuencia que esto conlleva.

Falta de documentación por parte del IMPEC

Sobre el punto de la documentación por parte del INPEC los jueces se pronunciaron sobre dos aspectos. Por una parte fueron indagados acerca de la necesidad de tener a su disposición los documentos en poder del INPEC (cartilla biográfica y resolución favorable) para poder pronunciarse en un caso en concreto. 10 de 11 jueces a los que se les preguntó manifestaron que ellos no resuelven la solicitud de un subrogado hasta tanto el INPEC no allegue los documentos respectivos para este análisis, mientras que sólo uno de los jueces aseguró seguir adelante sin verse limitado por el acceso a estos documentos. Ahora bien, a pesar de que fue mayoritario el número de jueces que señalaron que existía la obligación de contar con estos documentos, fueron varios los que a su vez manifestaron cierta desconfianza frente a la veracidad en el contenido de los mismos, hasta el punto de que algunos llegaron a catalogar a los mismos como productos de actos fraudulentos y corruptos. Ejemplo de lo anterior fue la opinión de uno de los jueces que estableció que la corrupción interna de la entidad no le permite considerar como confiable la información suscrita en las cartillas. Así mismo, un juez manifestó que en casos de resolución desfavorable por parte de esta entidad, y cuando obre queja del condenado por el dictamen proferido por el establecimiento carcelario, el juzgado de manera oficiosa investiga el mérito de la denuncia, y si se le vulneraron efectivamente los derechos al solicitante.

Dentro de la investigación sólo uno de los jueces consideró que su función es fallar con los elementos que tiene a su disposición, sin importar que estén o no los requeridos al INPEC, ya que frente a la libertad de una persona no deben existir limitantes de tipo procesal.

Por otra parte se habló sobre el desempeño del INPEC en su labor de colaboración con los JEP. Se pudo determinar que 6 de los jueces entrevistados manifestaron serias críticas frente a la labor desempeñada por el INPEC. Un juez consideró que estas demoras tienen incidencia en la congestión judicial, pues el juzgado recibe muchas tutelas contra el establecimiento carcelario y el INPEC, en las cuales se alega que la información ha tomado un tiempo excesivo para ser

enviada. Por otra parte, un juez manifestó que en muchas ocasiones el INPEC hace un análisis previo al envío de los documentos, en el que determina si el penado ha cumplido con las 2/3 o 3/5 partes (según el régimen aplicable) de la condena, para acceder a la libertad condicional. Esto en su opinión es problemático, ya que pueden desconocer las redenciones de pena aplicables al caso en concreto, y adicionalmente no es su competencia realizar este tipo de juicios.

Una propuesta tentativa que surgió por parte de algunos jueces fue la de fortalecer las oficinas jurídicas de los establecimientos carcelarios, y pensar en la posibilidad de que las oficinas de los jueces se localicen mucho más cerca de los centros penitenciarios, con el fin de que no se presenten mayores demoras por cuestiones logísticas.

Pago de la multa

Frente a la exigencia del pago de la multa como requisito para conceder los subrogados existe una completa división entre los 12 jueces entrevistados. Seis de los jueces entrevistados afirmaron que el pago de la multa es exigible, ya que la ley así lo establece, y la jurisprudencia declaró la constitucionalidad de este aparte. Los otros seis jueces afirman que la jurisprudencia ha ido más allá, y les ha permitido conceder la libertad a pesar de que se presenten casos de no pago de la multa.

Los jueces que exigen el pago de la multa afirman que la ley sigue vigente, y que la misma señala éste como un requisito esencial para poder conceder el subrogado. Sin embargo, mientras que 4 de los 6 jueces que consideraron necesario el pago de la multa afirman que es posible que las personas realicen un acuerdo de pago y una amortización de su deuda, los 2 restantes señalan que el pago debe ser efectivo en su totalidad. Los 4 jueces que sostienen la posibilidad de amortizar la deuda, o de generar garantías de pago, se valen de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que contempla esta posibilidad.

Por su parte, los 6 jueces que no ven como obligatorio el pago de la multa para todos los casos, hacen uso de la jurisprudencia reciente de la Corte Constitucional, que permitió la posibilidad de conceder la libertad sin que el condenado deba pagar la multa, o generar una garantía de pago. Según estos lineamientos, el juez, al considerar que el preso no tiene capacidad de pago y se encuentra en insolvencia, deja de tener en cuenta este requisito dentro de su

análisis. De esta manera todo lo concerniente al pago de la multa es trasladado a la competencia de la oficina de cobro coactivo.

Prisión domiciliaria y las problemáticas al momento de concederla

Los jueces consideran que al momento de conceder este subrogado se entra en varias consideraciones de tipo subjetivo, jurisprudencial, y legal. En términos generales lo que se logra vislumbrar es la existencia de algunos parámetros jurisprudenciales que se siguen de manera precisa. Por ejemplo, el análisis acerca de si los hijos se encuentran en un estado de real abandono, en el caso de las madres y padres cabeza de hogar. Así mismo, para conceder este subrogado gran parte del estudio se centra en el arraigo social de la persona; para lo cual, de una u otra forma se tiene en consideración el análisis que realizan los psicólogos y trabajadores sociales a disposición del juzgado.

Los doce jueces consultados coincidieron en destacar la importancia de la labor que desempeñan los trabajadores sociales auxiliares del juzgado, para determinar si conceden o no la prisión domiciliaria; son ellos quienes se desplazan hasta el lugar de residencia, verifican el arraigo de la persona, y emiten un concepto sobre el impacto que tendría conceder el subrogado penal. De otra parte, algunos jueces manifestaron que a la hora de resolver una solicitud de esta índole tienen en cuenta en primer lugar la gravedad y modalidad de la conducta por la cual se encuentra condenada la persona. Un juez aseguró que sin importar si la persona acredita su condición de cabeza de hogar o grave enfermedad, si la conducta a su juicio ha sido grave no hay lugar al otorgamiento de la prisión domiciliaria.

Otro aspecto que, como se anotó, mereció amplias consideraciones por parte de los jueces entrevistados tiene que ver con la acreditación de la jefatura de hogar del condenado. Cinco jueces resaltaron que para la certificación de la calidad de padre o madre cabeza de familia no basta con probar que se tiene hijos, sino que es necesario que se miren las condiciones en que viven los menores: con quiénes viven, qué comen, quién los cuida, en dónde viven. Para el juez, sólo en los casos en que realmente se vea la necesidad de los menores de tener a sus padres cerca, se procede a otorgar el subrogado. Un juez recordó que a tal conclusión se llega a partir de la jurisprudencia y de la lectura de la Ley 82 de 1993, la cual exige que para que se considere la jefatura de hogar, la persona debe

tener una «deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar». Los jueces entrevistados sobre este punto manifestaron que no se debe perder de vista que el objeto de la prisión domiciliaria, en esta modalidad, es el interés superior del menor. En opinión de algunos jueces es incluso preferible que el menor esté en manos del ICBF antes de conceder la prisión domiciliaria. Un juez por su parte señaló que en su juzgado realizan un test de ponderación entre el interés superior del menor vs. la seguridad de la comunidad.

Vigilancia electrónica y los defectos de su implementación

De los 8 jueces preguntados en esta investigación acerca de su opinión frente al subrogado de vigilancia electrónica, la totalidad de estos manifestaron su desconfianza frente a este mecanismo. Para el total de jueces, los presos han logrado generar mecanismos para evadir y burlar esta medida, lo cual ha llevado a que se tengan prevenciones al momento de analizar el otorgamiento del subrogado. Varios jueces también manifestaron que han existido fallas en la implementación, como la falta de familiaridad y preparación de ellos mismos para conocer este mecanismo sustitutivo, y el mal manejo administrativo y tecnológico que el INPEC le da al mismo

Finalidad de los subrogados

Un punto interesante de la investigación fue determinar qué finalidad daban los JEP a los subrogados penales, ya que de la forma como los entienden y conciben depende la aplicación que hagan de los mismos.

De los doce jueces consultados sobre este punto ninguno consideró que la finalidad de los subrogados fuera reducir las tasas de sobrepoblación de los establecimientos carcelarios. Si acaso, algunos consideraron que es un efecto colateral que tiene la aplicación de la medida. Los jueces entrevistados señalaron en cambio que la finalidad principal de estos mecanismos es darle la oportunidad a los condenados que, bajo el cumplimiento de ciertas obligaciones, no sean sometidos al rigor del establecimiento carcelario. Tal posibilidad nace, según manifestaron algunos, de la valoración que hacen en sede de ejecución de penas, y del proceso de resocialización del condenado. Otros jueces en cambio consideraron que el factor de resocialización no está muy presente hoy por hoy a la hora de decidir sobre concesiones de subrogados, debido a que este fin de la pena no tiene vigencia práctica en el sistema carcelario en Colombia.

Más que un análisis de si la persona se ha resocializado, manifestó un juez, los subrogados se han entendido como la decisión que se origina de la vigilancia en el desempeño del preso dentro de la cárcel.

Relación entre subrogados, hacinamiento y papel de los JEP

De los jueces consultados acerca de este punto, sólo tres reconocieron que las decisiones que ellos toman frente a la concesión de subrogados tiene una relación directa con las tasas de sobrepoblación carcelaria. A juicio de ellos, en la medida en que se imponga mayores talanqueras y obstáculos para conceder un subrogado, mayor será el número presos que estén en la cárceles.

Otros tres jueces consideran que su labor puede tener un relativo impacto en las tasas de sobrepoblación en las cárceles. Sin embargo, aclaran que tal consecuencia no obedece a su voluntad. Estos JEP tienen una concepción pasiva del rol que desempeñan. Son jueces que se ven a sí mismos como simples bocas de la ley, tal como lo resumió uno de ellos, quien afirmó que «si la ley nos señala que no se puede aplicar un subrogado para determinado delito, nosotros no podemos hacer nada».

Otros seis jueces consideran que el rol que desempeñan los JEP tiene una incidencia menor. A juicio de uno de estos jueces, las razones del hacinamiento hay que rastrearlas en otros factores, entre estos una legislación equivocada, o incluso el aumento de la criminalidad por factores sociales y económicos en la población colombiana.

Incidencia del número de casos en el desempeño de los JEP

Frente a este punto se lograron obtener 12 respuestas, dentro de las cuales 10 coincidieron en afirmar que el número de casos que tiene cada juzgado es excesivo, y que la cantidad de solicitudes que se debe resolver es muy alta; mientras que las dos posiciones restantes afirmaron que la carga de trabajo no es tan excesiva, y no tienen quejas frente al número de casos asignados.

De los 10 jueces que expresaron su inconformidad con la cantidad de solicitudes que deben analizar, 6 jueces señalaron que la enorme cantidad de casos que tienen no les permite analizarlos de manera consciente y tranquila. Uno de los jueces incluso expresó que en cada tema existe todo un debate interpretativo, pero que no es posible ahondar en este tipo de consideraciones por falta de tiempo. Así mismo, otro de estos jueces expresó que más que el excesivo

número de casos, el verdadero responsable de la sobrecarga que deben afrontar es el legislador, que realiza constantemente reformas legislativas. En su opinión, estas reformas conllevan un tránsito legal que genera toda clase de interpretaciones, y hace que los reclusos sientan que ha surgido una nueva oportunidad para que su caso pueda ser analizado, por lo cual presentan más solicitudes.

Los jueces que no consideran que la excesiva carga de trabajo, a pesar de existir, influya en su decisión, fueron cuatro. A pesar de que son críticos con la forma como se reparten los casos y la enorme cantidad de solicitudes, consideran que éste es un factor que por ninguna razón puede afectar su desempeño, sus decisiones, y el análisis que realizan de cada caso. Para ellos éste es un tema preocupante en lo relativo a la distribución de recursos y al reparto que realiza la rama judicial, pero no consideran que esto pueda ser empleado como un argumento para justificar el contenido de sus fallos: consideran que es misión del juez resolver los casos de manera completa y analítica, y sortear la enorme cantidad de trabajo que llega a su despacho.

Por último, es importante señalar que dos de los jueces entrevistados consideraron que no existe una cantidad elevada de solicitudes, y que éste no es un problema significativo. Estos dos operadores jurídicos afirmaron que en sus juzgados existe organización y eficacia, por lo que han podido cumplir todas sus solicitudes en el término establecido por la ley. Uno de ellos afirmó que, a diferencia de sus compañeros, él se encuentra a gusto con su trabajo y desempeño, y considera que esto es producto de su metodología de trabajo, lo cual afirma es algo de lo que carecen en otros juzgados.

Conclusiones

Como se ha podido apreciar la problemática de hacinamiento que atraviesa el sistema penitenciario colombiano no tiene su origen en un sólo fenómeno, sino que es la suma de diversos factores, siendo uno de ellos la aplicación de los subrogados penales. Aunque como lo han dicho los jueces, el subrogado no tiene como propósito fundamental el conjurar el hacinamiento carcelario, el hecho de que funcione como medida sustitutiva a la reclusión, o como un mecanismo para permitir que los condenados salgan más rápido de las cárceles, de ser aplicado de manera adecuada, sí puede tener como resultado reducir las cifras de hacinamiento. Sin embargo, estos efectos y aún el propósito del subrogado como un aliciente para la resocialización del condenado, no son tenidos en cuenta por el legislador ni por el juez al momento de regular la concesión de

estos mecanismos. Los subrogados se han visto limitados en su aplicación por el legislador, que ha visto en estos un foco de impunidad y de incentivo para la delincuencia. A su vez, la jurisprudencia ha creado criterios de análisis que han terminado por limitar la aplicación de los mismos.

Lo anterior trae como consecuencia que los JEP tengan una perspectiva escéptica y coercitiva sobre la concesión de estos. Los jueces se encuentran permeados por un contexto político en el cual los operadores jurídicos, y la sociedad en general tienen una concepción castigadora del derecho penal, según la cual cualquier medida tendente a brindar privilegios y derechos a los penados debe ser restringida. Y en segunda medida se tiene también como repercusión que aquellos jueces dispuestos a aplicar con justicia los subrogados se encuentran de manos atadas, pues la ley y la jurisprudencia no les dan margen de acción.

Las entrevistas con los jueces permitieron entender la concepción que estos tienen de su labor, y la problemática que esto conlleva. A pesar de que existen temas en los cuales la ley es clara y los jueces no tienen posibilidad alguna de alejarse de ésta, se logró determinar que en algunos temas relativos a la aplicación de subrogados no se encuentra una posición clara y unánime; y que hay debates alrededor de la interpretación que debe dársele a algunas normas, por ejemplo el pago de la multa. Ante estos vacíos y ambigüedades, el juez podría dar una interpretación progresista y protectora de los derechos fundamentales de los presos si así lo deseara. Sin embargo, no lo hacen, argumentando que se encuentran atados de manos, a pesar de que el tema se presta para una diversidad de interpretaciones. Lo anterior ocurre debido a que estos operadores jurídicos no son conscientes de la importancia del rol que desempeñan, ni de las posibilidades con las que cuentan para que a través de su jurisprudencia propongan nuevas formas de interpretar y entender el derecho penal, y específicamente la aplicación de subrogados. Mientras los jueces no sean conscientes de que pertenecen a una rama independiente del poder público, capaz de tomar sus propias decisiones, y con autonomía para generar cambios sociales a través de estas providencias, se verán sometidos a los otros poderes, y podrán ser pocos los avances que realicen en la protección de derechos de los ciudadanos, y en este caso de los presos.

Como lo decían los jueces, el problema del hacinamiento es algo que hay que mirar de forma global. Hay que mirar todos los problemas que aquejan a nuestra sociedad, y que llevan a que las personas delincan. Hay que ver si la cárcel es la pena idónea para frenar los delitos, o si más bien es necesario pensar en políticas que brinden bienestar a las personas, de manera que no sea necesario que

recurren a la comisión de delitos para su sustento. Es preciso que la legislación en materia penal atienda a una política criminal pensada a largo plazo, y que no se dé de manera coyuntural y populista. Es importante además que a los operadores jurídicos se les instruya acerca del papel fundamental que juegan dentro de esta problemática carcelaria, y que se les brinden las herramientas necesarias para que puedan actuar sin miedo ni presiones.

Se ha visto también que deben ser reformuladas las instituciones administrativas, pues es claro que ellas inciden de manera negativa en la problemática que se viene analizando. El ejemplo paradigmático de esto es el INPEC, el cual ha dificultado la aplicación de subrogados debido a su torpe labor, la cual se manifiesta, entre otras cosas, en las fallas con respecto al envío de los documentos necesarios. Con base en los autos analizados y las impresiones que nos han compartido los jueces es posible ver que dentro de los defectos que deben ser subsanados en el INPEC se encuentran una estructura interna permeada por la corrupción, y una baja cantidad de funcionarios en proporción a los penados, que dificulta aún más la realización eficiente de sus funciones. Esto hace pensar que tal vez algunos de los presos siguen encerrados, a pesar de que tienen la posibilidad y el derecho de estar en libertad. Esto ocurre por un mal manejo administrativo.

Ahora bien, no es que los subrogados se vean, desde un punto de vista utilitarista, como un mecanismo para que muchos presos salgan de las cárceles, y así darle fin al hacinamiento. Se deben entender más bien como una forma de concebir nuestra sociedad. Los subrogados surgen de un nuevo concepto de lo que significan la pena y su fin. Desde esta nueva perspectiva debe superarse la idea de que los criminales deben ser enviados a una sitio para ser castigados. Por el contrario, la cárcel debe ser vista como un lugar donde la persona pueda vivir un proceso integral que le permita reintegrarse a la sociedad. Así la pena no siempre debe ser la cárcel, sino que la persona en momentos puede tener una mejor reintegración desde otros escenarios, y no permaneciendo en un centro penitenciario. En este punto surge la necesidad de conocer si los jueces de ejecución de penas conciben de esta forma los subrogados, o si tienen otra idea de los mismos, y si esto afecta la aplicación de la figura. Entender la forma de actuar, pensar y decidir del juez de ejecución de penas es lo que se debe ahondar dentro de esta investigación, para poder entender en parte los resultados que se obtuvieron.

Bibliografía

- Ardila, Ángela. (2008). *Maternidad encarcelada, experiencias de maternidad encarcelada*, Bogotá: Universidad Nacional.
- Berrío, Julián. (2012). *Sistema penitenciario ¿cuál es el problema?*, Bogotá: Oficina del alto comisionado para los derechos humanos, Disponible en: http://www.hchr.org.co/acnudh/index.php?option=com_content&view=article&id=1492:sistema-penitenciario-icual-es-el-problema&catid=110:carceles&Itemid=83.
- CONPES. (2004). Documento 3277, *Estrategia para la expansión de la oferta nacional de grupos penitenciarios y carcelarios*, Bogotá, Disponible en: <https://www.dnp.gov.co/Portals/0/archivos/documentos/Subdireccion/Conpes/3277.pdf>
- CONPES. (2009). Documento 3575, Bogotá: Ministerio de Hacienda, Disponible en: <http://www.dnp.gov.co/Portals/0/archivos/documentos/Subdireccion/Conpes/3575.pdf>.
- Consejo Superior de la Judicatura, Acuerdo No. PSAA12-9635 del 2 de agosto de 2012.
- Consejo Superior de la Judicatura, Acuerdo No. PSAA12-9781 del 18 de diciembre de 2012.
- Consejo Superior de la Judicatura, Acuerdo No. PSAA13-9848 del 25 de febrero de 2013.
- Corporación Excelencia en la Justicia. (2012). *Balance del funcionamiento del sistema penal acusatorio. Boletín de actualización 2010-2011*, Bogotá.
- Corte Constitucional, Auto 041 de 2011
- Corte Constitucional, C-154 de 2007, M.P. Gerardo Monroy.
- Corte Constitucional, C-184 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda.
- Corte Constitucional, C-185 de 2011, M.P. Humberto Sierra.
- Corte Constitucional, C-185 de 2011, M.P. Humberto Sierra.
- Corte Constitucional, C-194 de 2008, M.P. Humberto Sierra.

- Corte Constitucional, C-425 de 2008, M.P. Gerardo Monroy.
- Corte Constitucional, C-538 de 2011, M.P. Jorge Pretelt.
- Corte Constitucional, C-678 de 1998, M.P. Carlos Gaviria.
- Corte Constitucional, C-823 de 2005, M.P. Álvaro Tafur.
- Corte Constitucional, T-153 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes.
- Corte Constitucional, T-309 de 2012, M.P. Jorge Palacio.
- CSJ, Auto del 22 de febrero de 2003, proceso 17392, M.P. Fernando Arboleda.
- CSJ, Sala de Casación Penal, Auto del 22 de agosto de 2012, Proceso 39431, M.P. Julio Socha.
- CSJ, Sala de casación penal, Sentencia del 1 de junio de 2003, proceso 24764, M.P.: Sigfredo Espinosa.
- CSJ, Sala de casación penal, Sentencia del 2 de marzo de 2005, M.P. Yesid Ramírez.
- CSJ, Sala de Casación Penal, Sentencia del 2 de octubre de 2012, Proceso 63221, M.P. Julio Socha.
- CSJ, Sala de Casación Penal, Sentencia del 27 de febrero de 2013, Proceso 33254, M.P. José Bustos.
- CSJ, Sala de casación penal, sentencia del 27 de junio de 2007, proceso 26931, M.P. Alfredo Gómez.
- 182 CSJ, Sala de casación penal, Sentencia del 31 de agosto de 2009, proceso 31984, M.P. Alfredo Gómez.
- Decreto 1316 de 2009.
- Decreto 177 de 2008.
- Ramírez, H., Díaz-Galvis, M., y Vélez-Gutiérrez, L. M. (2004). Plan de Acción y Sistema de Oportunidades, PASO: una estrategia para el tratamiento penitenciario. Bogotá: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC.
- INPEC. (2011). Impacto de la ley 1453 de 2011, Bogotá.

- INPEC. (2012). Estadísticas del INPEC, población interna en establecimientos de reclusión, Bogotá: Relatoría de Prisiones Facultad de Derecho Universidad de los Andes, Disponible en: <http://relatoresmaticos.uniandes.edu.co/index.php/es/prisiones/relatoria/estadisticas.html>.
- INPEC. (2013). Población de internos por delito. Consolidado Nacional, Bogotá, Disponible en: <http://relatoresmaticos.uniandes.edu.co/images/stories/relatorias/PRISIONES-OCT2011/ENT.ESTATALES/INPEC/ESTADISTICAS/DELITOS/poblacion.por.delito.ene2013.pdf>.
- INPEC. (2006). Resolución 02392, Bogotá.
- Ley 63 de 1995.
- Ley 750 de 2002.
- Ley 906 de 2004.
- Restrepo, D. (2011). El crecimiento de la población reclusa y el hacinamiento en Colombia en perspectiva comparada. Bogotá, Colombia: Subdirección de Justicia y Gobierno de la Dirección de Justicia, Seguridad y Gobierno del DNP.
- Ricaurte, Gustavo. (2012). Entrevista realizada por El Tiempo al general director del INPEC, Bogotá: El Tiempo, Disponible en: http://www.eltiempo.com/politica/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12040906.html.