



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado ponente

AP3348-2022

Radicación n.º 61616

Aprobado acta n.º 171

Bogotá D. C., veintisiete (27) de julio de dos mil veintidós (2022).

I. VISTOS

La Corte decide el recurso de apelación interpuesto por el sentenciado **RODRIGO ALDANA LARRAZÁBAL**, contra el auto proferido el 2 de marzo de 2022 por el Juzgado Veinte de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, mediante el cual le negó el subrogado de la libertad condicional.

II. HECHOS

Así fueron reseñados por esta Corporación en la sentencia CSJ SP14985–2017, 20 sep. 2017, rad. 50366:

*A través de Resolución número 01654 del 13 de septiembre de 2012, el entonces Fiscal General de la Nación varió la asignación de seis actuaciones, de lavado de activos y extinción de dominio, entre ellas la radicada bajo el número 11028, en fase inicial y al interior de la cual, con el patrocinio de la Embajada Británica¹, se perseguían los bienes del clan criminal de los hermanos Álvarez Meyendorff (Juan Fernando e Ignacio), encomendándosela, de manera especial, al entonces Fiscal Cuarenta (luego Doce) Especializado adscrito a la Unidad Nacional para la Extinción del Derecho de Dominio y contra el Lavado de Activos **RODRIGO ALDANA LARRAZÁBAL** «o quien haga sus veces».*

*A la postre, mediante Resolución número 02169 del 24 de diciembre de 2014, **ALDANA LARRAZÁBAL** fue ascendido y, en consecuencia, nombrado «**FISCAL DELEGADO ANTE TRIBUNAL DEL DISTRITO**» (negrilla del texto original), tomando posesión de dicho empleo el 2 de enero de 2015.*

*Por razón del ejercicio del nuevo cargo, **ALDANA LARRAZÁBAL** no podía conocer, menos gestionar ni sustanciar, asuntos relacionados con extinción de dominio y lavado de activos, al ser asignado a un eje temático diverso –corrupción en la administración de justicia–.*

Sin embargo, se negó a entregar las carpetas contentivas de las actuaciones reasignadas especialmente, incluyendo la correspondiente al radicado 11028 y otras de lavado de activos y extinción de dominio, alegando que conservaba competencia para gestionar tales asuntos y pese a la insistencia formal concretada por las Direcciones de Articulación de Fiscalías Nacionales Especializadas y de Fiscalía Nacional Especializada para la Extinción del Derecho de Dominio y la verbal proveniente de la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada Antinarcóticos y Lavado de Activos.

Al respecto, el artículo 20 de la Ley 1708 del 20 de enero de 2014, por cuyo medio se expidió el Código de Extinción de Dominio, dispone que «los fiscales, jueces y magistrados que conocen de los procesos de extinción de dominio se dedicarán en forma exclusiva a ellos y no conocerán de otro tipo de asuntos».

¹ [cita inserta en el texto transcrito] A través del grupo de trabajo denominado «GELA».

*Contrariado el precepto normativo referido, así como la Resolución número 01654 del 13 de septiembre de 2012, **ALDANA LARRAZÁBAL**, fungiendo como Fiscal Primero Delegado de la Dirección de Fiscalías Nacionales –Eje Temático de Corrupción en la Administración de Justicia–, proyectó, en el radicado 11028, resolución de decreto de improcedencia extraordinaria de la acción de extinción de dominio, en beneficio de la Sociedad Agropecuaria El Central S. A. y de [O.N.B.B.].*

Dicho proyecto de decisión fue hallado como archivo de Microsoft Word en una memoria USB entregada por [B.B.], tras ser capturado por el caso denominado Odebrecht y, al ser analizado (tal elemento material probatorio) por peritos informáticos de la DIJIN, fue posible develar las siguientes propiedades: «Autores RODRIGO ALDANA LARRAZABAL, guardado por RODRIGO ALDANA LARRAZABAL, No[.] de revisión 12, contenido creado el 03-06-2015 a las 8:45 am, guardado el 26-06-2015 a las 11:48 am.»

*Además, tal proyecto fue fechado el 30 de junio de 2015 y en él, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 793 de 2002 (derogada a partir del 20 de julio de 2014 por el artículo 218 de la Ley 1708 de 2014), modificado por la Ley 1453 de 2011, se consignó que en dicho trámite se comprobó «la actividad económica y legal del señor [O.N.B.B.], así como el desarrollo del objeto social de la sociedad **AGROPECUARIA EL CENTRAL S.A.**, que le permitió obtener los recursos necesarios para la compra del inmueble y el pago del crédito hipotecario con dineros habidos legalmente, pruebas que se encuentran dentro del expediente y que solventan los ingresos de los aquí afectados.» (Negrilla del texto original).*

*De esta manera, **ALDANA LARRAZÁBAL** pretendió reconocerle a [O.N.B.B.], así como a la Sociedad Agropecuaria El Central S. A., controlada por éste, la calidad de terceros de «**BUENA FE CUALIFICADA** creadora de derecho o exenta de culpa» (negrilla de la Sala para llamar la atención) y, en consecuencia, disponer el levantamiento de las medidas cautelares que afectaban tres bienes rurales ubicados en el municipio de Sahagún-Córdoba de 650, 50 y 23 hectáreas.*

*Finalmente, **ALDANA LARRAZÁBAL** optó por entregar las carpetas anexas (originales y copias) contentivas del radicado 11028 el 27 de agosto de 2015.*

*Pero la postura de **ALDANA LARRAZÁBAL** frente a los procesos asignados mediante Resolución número 01654 del 13 de septiembre de 2012, incluyendo el radicado 11028, desempeñándose como «**FISCAL DELEGADO ANTE TRIBUNAL DEL DISTRITO**» (negrilla del texto original) no estuvo motivada por la propia convicción razonable. Su verdadera inspiración fue la entrega real y material del apartamento 1117 de la torre 2 del*

conjunto residencial Pentagrama, ubicado en la calle 74 n.º 86–40 de Bogotá, edificado por la constructora Umbral con sede en Medellín y avaluado en \$235'945.412, a [M.M.U.M.], quien fuera su compañera sentimental, previo acuerdo con ella.

Dicho inmueble hizo parte del pago de un negocio efectuado entre [B.B.] y la constructora Umbral respecto de un lote de éste ubicado en la ciudad de Pereira. Así las cosas, el citado ciudadano ([B.B.]) dispuso que los derechos de área de dicho inmueble fueran asignados a [U.M.] quien, dicho sea de paso, no contaba con capacidad financiera para sufragar el precio del bien reseñado [negrilla original del texto].

III. ANTECEDENTES PROCESALES

El 22 de abril de 2017, ante un magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, actuando en función de control de garantías², la Fiscalía General de la Nación le imputó a **RODRIGO ALDANA LARRAZÁBAL**, a título de autor, los delitos de cohecho propio y prevaricato por omisión agravado y, como coautor, el injusto de asociación para la comisión de un delito contra la administración pública (artículos 405, 414, 415 y 434 del Código Penal), infracciones delictivas cometidas en su desempeño como Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito, cargos que en principio no aceptó.

No obstante, una vez culminada la audiencia de formulación de imputación, al día siguiente, **RODRIGO ALDANA LARRAZÁBAL** se allanó a la totalidad de los cargos imputados. Agotado el trámite correspondiente a la verificación de legalidad del allanamiento a cargos, de inmediato, a solicitud

² Ley 906 de 2004. Artículo 39. Parágrafo 1º: «En los casos que conozca la Corte Suprema de Justicia, la función de Juez de Control de Garantías será ejercida por un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá».

del ente instructor, se impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad consistente en detención preventiva en establecimiento de reclusión.

Superada la audiencia de individualización de pena y sentencia, mediante providencia CSJ SP14985–2017, rad. 50366, expedida el 20 de septiembre de 2017, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia lo condenó –en su momento en única instancia–, a las penas de 109 meses y 6 días de prisión, multa en cuantía equivalente a 75,495 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 131 meses y 28 días. Negó cualquier mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad.

El apoderado de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, víctima reconocida en la actuación penal, promovió incidente de reparación integral, el cual, ante la implementación³ del Acto Legislativo n.º 1 de 2018⁴, fue remitido el 19 de julio de 2018 a la Sala Especial de Primera Instancia de esta Corporación.

El 11 de noviembre de 2020, previa solicitud de *«reconocimiento de la garantía de la doble instancia»* efectuada

³ Cfr. Acuerdo PCSJA18–11037, expedido el 5 de julio de 2018 por el Consejo Superior de la Judicatura *«Por el cual se implementa el Acto Legislativo 01 de 2018, se define la estructura de las Salas Especiales de Instrucción y de Primera Instancia en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y se dictan otras disposiciones»*. El mencionado acto administrativo definió la estructura de las Salas Especiales de Instrucción y de Primera Instancia en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

⁴ *Por medio del cual se modifican los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política y se implementan el derecho a la doble instancia y a impugnar la primera sentencia condenatoria.*

por el procesado, esta Sala, mediante auto CSJ AP3068–2020, rad. 50366, concedió la impugnación especial interpuesta contra la sentencia condenatoria, debidamente sustentada por la defensa material y técnica.

Al resolver el recurso en ejercicio de la garantía de la doble conformidad judicial, a través de sentencia CSJ SP4238–2021, 22 sep. 2021, rad. 58625, la Corte modificó parcialmente la condena, en cuanto confirmó la atribución de responsabilidad en contra del procesado, pero redujo las penas a 104 meses y 15 días de prisión, multa de 73,491 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 126 meses y 28 días. El resto del fallo se mantuvo incólume.

El 2 de marzo de 2022⁵, el Juzgado Veinte de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, despacho judicial que vigila la pena de **RODRIGO ALDANA LARRAZÁBAL**, le negó la libertad condicional, decisión contra la cual aquél interpuso recurso de apelación.

El 30 de marzo de 2022, la Sala Especial de Primera Instancia profirió la decisión CSJ SEP024–2022, rad. 50366, dando por terminado el trámite de incidente de reparación integral «*por conciliación*».

⁵ Aunque en el encabezado del texto del auto recurrido se especifica en letras «*cuatro*», el despacho *a quo* al conceder el recurso de apelación mencionó que la fecha de expedición correspondía al «*2 de marzo de 2022*», razón por la cual esta última es la que asume la Corte. Cfr. Folios 84 a 88 y 149, Carpeta Digital [en adelante C.D.] 003Cuaderno n.º 2–juzgadoepmsbogotá

IV. DECISIÓN IMPUGNADA

El juzgado ejecutor expuso que, por cuenta de este proceso, **RODRIGO ALDANA LARRAZÁBAL** está privado de la libertad desde el 22 de abril de 2017. De igual manera, que desde el 12 de marzo de 2021 le fue sustituida la prisión intramural por domiciliaria y que, durante la ejecución de la pena, por estudio y trabajo, ha redimido un total de 10 meses y 26 días de prisión.

Frente a los requisitos para acceder a la libertad condicional (artículo 64 del Código Penal) indicó que, hasta la fecha de la providencia, incluyendo las redenciones concedidas, el sentenciado ha descontado 69 meses y 7 días de prisión de la pena impuesta, vale decir, reunía el requisito objetivo del cumplimiento de las tres quintas (3/5) partes de la pena⁶.

También expresó que se satisfacían los requisitos de: (i) buen comportamiento, calificado como «*ejemplar*» por las autoridades del establecimiento carcelario mediante resolución n.º 3741 del 4 de noviembre de 2021, (ii) pago de daños y perjuicios a la víctima, según certificación n.º 02070-2019 del 26 de diciembre de 2019, suscrita por la Secretaría Técnica del Comité Nacional de Defensa Judicial y Conciliación de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, que admitió la propuesta conciliatoria, y (iii) arraigo

⁶ Como quiera que la pena finalmente impuesta fue de 104 meses y 15 días de prisión, las 3/5 partes equivalen a 62 meses y 21 días, según lo precisó el juzgado de primera instancia en el auto recurrido. *Cfr.* Folio 85, *ib.*

social y familiar, como consta en informe del 18 de junio de 2021, expedido por la asistente social del despacho judicial.

En cuanto a la valoración de la conducta punible, expuso que la Corte la calificó y valoró en la sentencia condenatoria proferida el 20 de septiembre de 2017, de la cual citó varios apartes, para luego agregar que la misma *«de manera incuestionable debe calificarse de extrema gravedad»* pues *«refleja irrespeto e irreverencia para la sociedad, así como desconocimiento de la norma penal, no pudiéndose dejar de lado, en tratándose de la ejecución de la pena de prisión, las funciones de ésta relativas a la prevención general y a la retribución justa»* [subrayado fuera de texto].

Concluyó que la libertad condicional no debía prosperar, pues entre *«mayor sea la gravedad del delito y la intensidad del grado de culpabilidad»*, la consecuencia es que *«el Estado no puede obviar las necesidades preventivas generales para la preservación del mínimo social»* [énfasis agregado] y que, en el caso concreto, la conducta *«denotó desprecio por la justicia colombiana»*.

Lo anterior, con independencia de los argumentos sobre el propósito resocializador de la pena, de la calificación de conducta *«ejemplar»* del penado durante la privación de su libertad, de las consideraciones sobre su situación económica y de la atención especial en salud que requiere su hija menor de edad.

V. RECURSO DE APELACIÓN

RODRIGO ALDANA LARRAZÁBAL solicitó a la Sala la revocatoria de la decisión de primera instancia y, en su lugar, conceder a su favor el subrogado de la libertad condicional⁷. Los motivos de disenso se sintetizan así:

El juez de conocimiento ya valoró la conducta punible al momento de imponer la pena en el fallo condenatorio. Un nuevo examen sobre el particular en la fase de ejecución de la sanción «*genera un doble castigo para el condenado*», en contravía del principio del *non bis in ídem*, pues evade cualquier consideración respecto de su buen comportamiento intramural y desconoce la función resocializadora de la pena.

La labor del juez de ejecución de penas se circunscribe a vigilar el cumplimiento de la sanción impuesta, «*sin que le sea otorgada la función de agravar lo ya definido por el juez que impuso la condena*». Además, debe valorar si resulta necesario que el sentenciado cumpla el fin de la pena impuesta y se reincorpore a la comunidad, con lo cual se generaría un «*alto espectro de resocialización*».

Existe «*inconformidad entre los operadores judiciales y profesionales del derecho*» sobre el acceso de los penados a la libertad condicional, ocasionada por el tránsito legislativo entre la redacción original del Código Penal, que no

⁷ Cfr. Folios 129 a 140, *ib.*

establecía como requisito la valoración de la conducta y las posteriores reformas incorporadas con las leyes 890 de 2004 y 1709 de 2014, que consignaron dicho requisito.

En la práctica, la valoración de la conducta punible, pese a los alcances interpretativos dados por la Corte Constitucional en las sentencias CC C-194-2005 y C-757-2014, ha dado lugar a que los jueces de ejecución de penas dejen por fuera del análisis el buen comportamiento del privado de la libertad y, sin carga argumentativa adicional, «ech[en] mano del comodín “*gravedad de la conducta*”» para con ello negar el subrogado. Esa situación equipara a los procesados por delitos graves con quienes tienen «*un pésimo comportamiento en el penal y se rehúsa[n] a la resocialización*».

Según lo precisó la providencia CC C-757-2014, la valoración de la conducta punible al estudiar la libertad condicional debe «*guardar relación con la efectuada*» por el juez de conocimiento en el fallo. Y si bien en este caso se analizó dicha conducta, la primera instancia no tuvo en cuenta aspectos favorables, por ejemplo, que hubo aceptación de cargos en la etapa inicial del proceso, evitando así el desgaste de la administración de justicia. Para negar el subrogado, el análisis se limitó a la «*gravedad de la conducta*» y desechó el cumplimiento de los demás requisitos exigidos por la norma.

El análisis de la conducta punible, aunado a los demás factores que hacen procedente la libertad condicional,

encuentra respaldo en decisiones de tutela de la Sala de Casación Penal (cita: CSJ STP15806–2019, 19 nov. 2019, rad. 107644; CSJ STP4236–2020, 30 jun. 2020, rad. 111106; CSJ STP10556–2020, 24 nov. 2020, rad. 113803; y CSJ STP15008–2021, 21 oct. 2021, rad. 119724) y de la Corte Constitucional (cita: CC C–233–2016, T–265–2017 y T–640–2017), las cuales responden a *«la finalidad constitucional de la resocialización como garantía de la dignidad humana»*.

Por último, el sentenciado explicó que la autoridad judicial de primera instancia desestimó que la solicitud de libertad condicional está atada a la condición de salud de su hija menor de edad, quien tiene diagnóstico de *«trastorno del espectro autista»*, toda vez que no resulta suficiente compartir actualmente el mismo domicilio, sino que para tratar la enfermedad también se exige su traslado constante a centros de salud, labor que solo puede ser apoyada por sus padres.

VI. CONSIDERACIONES

6.1 Competencia

En virtud de lo previsto en el párrafo primero del artículo 38 de la Ley 906 de 2004⁸, estatuto procesal que rigió la actuación, y en atención a lo decantado por la jurisprudencia (Cfr. CSJ AP1780–2019, 15 may. 2019, rad. 55138), la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de

⁸ Ley 906 de 2004. Artículo 38. Párrafo [1º]: *«Cuando se trate de condenados que gocen de fuero constitucional o legal, la competencia para la ejecución de las sanciones penales corresponderá, en primera instancia, a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad del lugar donde se encuentre cumpliendo la pena. La segunda instancia corresponderá al respectivo juez de conocimiento»*.

Justicia es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por **RODRIGO ALDANA LARRAZÁBAL** contra el auto proferido el 2 de marzo de 2022 por el Juzgado Veinte de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, que le negó la libertad condicional, dado que se emitió dentro del trámite de ejecución de la pena impuesta por esta Corporación, como juez de conocimiento, en sentencia condenatoria CSJ SP14985–2017, 20 sep. 2017, rad. 50366 –antes de la entrada en vigor del Acto Legislativo n.º 1 de 2018–, modificada a través de la providencia CSJ SP4238–2021, 22 sep. 2021, rad. 58625.

6.2 Delimitación del problema jurídico

La Corte deberá definir si **RODRIGO ALDANA LARRAZÁBAL** tiene derecho a la libertad condicional.

Para el juez que vigila la pena, la valoración de las conductas punibles cometidas por el sentenciado impide acceder al subrogado en cuestión, pese a que cumple los demás requisitos establecidos en el artículo 64 del Estatuto Punitivo. El penado, por su parte, considera que se hace merecedor a la gracia liberatoria, toda vez que su procedencia no se limita al análisis de la gravedad de las conductas, sino que han de observarse aspectos que le son favorables, tesis que apoya en precedentes constitucionales que realzan el fin resocializador de la pena.

Con miras a resolver este problema jurídico, la Sala: (i) recordará los principios de las sanciones penales y de las

funciones de la pena, *(ii)* hará énfasis en la resocialización como función y fin primordial de la pena en un Estado Social de Derecho y aspecto preponderante a la hora de abordar el estudio de la libertad condicional, *(iii)* analizará el marco normativo del subrogado de la libertad condicional, *(iv)* evocará la forma en que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Sala se han ocupado de la valoración de la conducta punible al momento de resolver una solicitud de libertad condicional, y *(v)* resolverá el caso concreto.

6.3 De los principios de las sanciones penales y de las funciones de la pena

En nuestro sistema jurídico, la pena tiene diversas finalidades en cada una de sus fases, que van desde su previsión hasta su ejecución (*Cfr.* CC C-430-1996):

(i) preventiva o disuasiva, que en esencia se concreta en el momento en que el legislador fija la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal por el daño que se hace a la sociedad ante la violación de la prohibición normativa. Es la fase de conminación legal y responde a un objetivo de prevención general que se justifica en la protección de diversos bienes jurídicos, necesarios para preservar la coexistencia de la colectividad,

(ii) retributiva, que se exterioriza en la imposición judicial de la pena. En esta fase se entremezclan fines preventivos generales y especiales, aunque prevalecen los primeros. La individualización e imposición de la sanción

confirma la vigencia de la norma y actualiza la amenaza abstracta tipificada en la ley. La prevención especial se patentiza en los casos en que el funcionario judicial, del catálogo de mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, valora el cumplimiento de los requisitos legales que provean una alternativa a la ejecución intramural. Y,

(iii) resocializadora, propia de la fase de ejecución de la pena, orientada a la prevalencia de principios que respeten la autonomía y dignidad de los condenados y, por ende, persigue un objeto preventivo especial que decididamente influye en su readaptación social. Este fin es el que hace que la pena privativa de la libertad sea constitucionalmente válida.

El artículo 3º del Código Penal (principios de las sanciones penales) establece que la imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, y agrega que el principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan.

Por su parte, el artículo 4º *idem* dispone que la pena cumple las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. Así mismo, precisa que la prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

En la sentencia CC C-328-2016, la Corte Constitucional se ocupó ampliamente de la trascendencia de la pena privativa de la libertad, como quiera que ella refleja la sanción más significativa en lo concerniente a restricción de diversos derechos de rango constitucional, principalmente el de locomoción.

La pena, entendida como sanción legal y expresión del poder punitivo estatal frente a la realización de un acto considerado típicamente como delito, se justifica a partir de diversas teorías y escuelas en torno a su función y finalidad, que el señalado precedente constitucional se encargó de explicar⁹.

Para lo que ahora interesa, la Corte Constitucional recordó el análisis efectuado por su propia jurisprudencia¹⁰ en torno a los fines constitucionales de la pena e hizo énfasis en el objetivo de resocialización ligado a la función preventiva especial.

Explíquese que la connatural afectación de garantías fundamentales, producto de la limitación de la libertad, apareja complejas dinámicas que muchas veces impiden que la pena cumpla su cometido constitucional, escenario en el que los mecanismos alternativos o sustitutivos se presentan

⁹ En cuanto a las teorías de la pena, el fallo constitucional recordó las teorías absolutas (de la expiación y de la retribución), las relativas (de la prevención general negativa, de la prevención general positiva o de respeto al orden social y de la prevención especial) y teorías mixtas (las que otorgan preferencia a la retribución y las que no lo hacen y le confieren a la pena un fin exclusivamente preventivo).

¹⁰ En su análisis, citó las providencias CC C-261-1996, C-430-1996, C-144-1997, C-806-2002, C-061-2008, T-388-2013, T-267-2015 y T-718-2015.

como la mejor manera de afrontar el proceso de resocialización.

La función preventiva especial se proyecta en los denominados mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, establecidos por el legislador en ejercicio de su facultad de configuración, siempre y cuando se orienten a: (i) la efectiva resocialización de los sentenciados, (ii) favorezcan el desestimulo de la criminalidad, y (iii) promuevan la reinserción del delincuente a la vida en sociedad.

Específicamente en lo atinente al principio de necesidad y a la prevención especial de la pena, la Corte Constitucional ha explicado (Cfr. CC C-806-2002) que si un condenado, bajo determinadas condiciones y circunstancias, no necesita de la privación física de su libertad para readaptarse a la comunidad, ha de brindársele la oportunidad de cumplir su condena mediante instrumentos que comporten una menor aflicción, lo cual no implica que no sean eficaces.

Ello, en sintonía con lo afirmado de vieja data, en el sentido que *«la pena debe ser un instrumento adecuado para servir a sus fines de prevención[,] retribución, protección o resocialización. Si los fines de la pena pueden conseguirse por otros medios menos costosos o menos aflictivos, la pena no es necesaria y por lo tanto no puede ser útil»* (Cfr. CC T-596-1992).

Por ende, sin llegar al extremo de corrientes abolicionistas, el legislador colombiano ha contemplado el

instituto de los subrogados penales como una forma de evitar que los condenados a pena privativa de la libertad permanezcan en los centros de reclusión, con la finalidad de aplicar, en concreto, la función resocializadora de la pena.

En otras palabras, el fundamento que inspira los subrogados penales es el derecho del sentenciado a su resocialización, a rectificar y readecuar su conducta al estándar que el legislador ha previsto como de obligatorio cumplimiento para la convivencia en sociedad, buscando no excluirlo de ella, sino propiciando su reinserción a la misma.

6.4 La resocialización como función y fin primordial de la pena en un Estado Social de Derecho y aspecto preponderante a la hora de abordar el estudio de la libertad condicional

El concepto de resocialización ingresó a la Carta Política de 1991 con la promulgación del Acto Legislativo n.º 01 de 2020 *«por medio del cual se modifica el artículo 34 de la Constitución Política, suprimiendo la prohibición de la pena de prisión perpetua y estableciendo la prisión perpetua revisable»*.

Aquella reforma constitucional fue objeto de pronunciamiento por la Corte Constitucional mediante sentencia CC C-294-2021, en la que se realizó un escrupuloso examen de la política criminal colombiana y de la resocialización como función principal de la pena en un Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la dignidad humana del condenado, a quien el Estado ha de brindarle

alternativas que le permitan reconocer el daño causado al conglomerado social, pero, de igual manera, incentivar un nuevo inicio afuera del centro de reclusión, de regreso a la comunidad y bajo el acatamiento de normas mínimas de convivencia.

La providencia explicó que la *«resocialización puede ser entendida como un conjunto de medidas, actividades o técnicas de tratamiento social o clínico que pretenden «cambiar la conducta del interno. Volver a socializarse, lo que significa aprender las expectativas sociales e interiorizar normas de conducta. Resocializarse es volver a valer como ser social conforme quiere la sociedad, esto implica reconocimiento. La técnica que se maneja es el cambio de actitud y de valores. Se confunde con el cambio de delincuente en un buen interno».*¹¹».

También se trajeron a colación diversos instrumentos internacionales que se integran a nuestra Carta Política por la vía del bloque de constitucionalidad y se refieren al tópico de la resocialización. Por ejemplo, el numeral 6 del artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹² (Pacto de San José) señala *«Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados»*. Y el numeral 3 del artículo 10 del

¹¹ [cita inserta en el texto transcrito] Hernández Jiménez, Norberto. *«El fracaso de la resocialización en Colombia»*. *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, 49: 1-41, (2018). Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n49/0121-8697-dere-49-2.pdf>

¹² San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹³ establece: «El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados...», cuyo contenido fue precisado por el Comité de Derechos Humanos en su Observación General n.º 21¹⁴, al enunciar que «ningún sistema penitenciario debe estar orientado solamente al castigo; esencialmente, debe tratar de lograr la reforma y la readaptación social del preso».

Luego de citar sus precedentes¹⁵, el alto Tribunal Constitucional expuso que a lo largo de su jurisprudencia ha mantenido una posición tendiente a proteger todas aquellas garantías que permiten la resocialización de los condenados. Finalmente concluyó que:

[l]a cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho somete el ejercicio del poder punitivo del Estado a unos límites indiscutibles, como lo son la dignidad humana, la igualdad y la libertad. Por tanto, la política criminal diseñada e implementada en un Estado de esta naturaleza se caracteriza por basarse [en] unos principios humanitarios que reconocen a la persona procesada penalmente, y posteriormente condenada, unos derechos inalienables que, aún habiendo causado un daño grave a la convivencia en comunidad por la comisión de un delito, deben ser asegurados y protegidos por el Estado. La función preventiva especial de la pena privativa de la libertad es esencial en la política criminal humanista y garantista. Por ello, figuras como la redención de penas y subrogados penales son mecanismos que incentivan a la persona condenada a realizar actividades de resocialización, que al final es una expresión del reconocimiento de su dignidad humana [subrayado fuera de texto].

¹³ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución n.º 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976. Disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/ccpr_SP.pdf

¹⁴ Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 10 – Trato humano de las personas privadas de libertad, 44º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 176 (1992).

¹⁵ En su análisis, citó las providencias CC C-275-1993, C-565-1993, C-261-1996, C-144-1997, C-806-2002, C-271-2003, C-061-2008, T-718-2015, C-552-2016, C-407-2020 y SU-433-2020.

Como los sistemas penal y penitenciario están teleológicamente vinculados, en consonancia con las actividades de resocialización se halla el Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993), cuyo texto –de hecho, anterior al actual Código Penal– contempla importantes expresiones del reconocimiento de la dignidad humana en el propósito de retornar al delincuente al seno de la sociedad.

Por ejemplo, el artículo 9 expresa que *«la pena tiene función protectora y preventiva, pero su fin fundamental es la resocialización...»* y el 10 establece como finalidad del tratamiento penitenciario *«alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario»*.

El canon 79 (modificado por el artículo 55 de la Ley 1709 de 2014) explica que el *trabajo penitenciario* es un derecho de la persona privada de la libertad y un *«medio terapéutico adecuado a los fines de la resocialización»*, asunto que reitera el precepto 94 frente a la *educación* como *«base fundamental de la resocialización»*.

El artículo 142 expone como objetivo del tratamiento penitenciario *«preparar al condenado, mediante su resocialización para la vida en libertad»*, escenario que contempla un carácter progresivo integrado por las siguientes fases (canon 144 *ejusdem*): (i) observación,

diagnóstico y clasificación del interno, *(ii)* alta seguridad, que comprende el período cerrado, *(iii)* mediana seguridad, que corresponde al período semiabierto, *(iv)* mínima seguridad o período abierto, y *(v)* de confianza, que coincide con la libertad condicional.

Las fases de rehabilitación y resocialización en el proceso penitenciario preparan a los sentenciados para la reincorporación a la vida en comunidad y conforme a su carácter progresivo, permite concluir que en los diferentes períodos por los que atraviesan va disminuyendo la rigidez en la limitación del derecho a la libertad, en especial el de locomoción al interior del establecimiento de reclusión y paulatinamente por fuera de él (*Cfr.* CC T-895-2013 y T-581-2017).

De ese modo, el tratamiento penitenciario posee dos aspectos basales, de un lado, la readaptación social del condenado y, del otro, la relación que hay entre el derecho a acceder a programas de estudio y trabajo que permitan redimir pena e incidan en el derecho a la libertad.

Es a través de la resocialización que la permanencia en los establecimientos de reclusión pasa de ser una simple consecuencia jurídica por las conductas del pasado, a convertirse en una oportunidad de integración social de la persona que ha incurrido en una conducta lesiva de un bien jurídico penalmente relevante (*Cfr.* CC A-121-2018).

Por último, tráiganse a colación las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)*¹⁶:

Regla 4

1. Los objetivos de las penas y medidas privativas de libertad son principalmente proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reincidencia. Esos objetivos solo pueden alcanzarse si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, la reinserción de los ex reclusos en la sociedad tras su puesta en libertad, de modo que puedan vivir conforme a la ley y mantenerse con el producto de su trabajo.

2. Para lograr ese propósito, las administraciones penitenciarias y otras autoridades competentes deberán ofrecer educación, formación profesional y trabajo, así como otras formas de asistencia apropiadas y disponibles, incluidas las de carácter recuperativo, moral, espiritual y social y las basadas en la salud y el deporte. Todos esos programas, actividades y servicios se ofrecerán en atención a las necesidades de tratamiento individuales de los reclusos.

Regla 5

1. El régimen penitenciario procurará reducir al mínimo las diferencias entre la vida en prisión y la vida en libertad que tiendan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a su dignidad como ser humano (...)

Y algunos de los principios rectores aplicables a categorías especiales de reclusos, en este caso los penados, son:

Regla 87

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

Regla 88

¹⁶ Resolución n.º 70/175 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 2015, septuagésimo período de sesiones. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10266.pdf>

1. En el tratamiento de los reclusos no se hará hincapié en el hecho de su exclusión de la sociedad, sino, por el contrario, en el hecho de que continúan formando parte de ella. Con ese fin se buscará, en lo posible, la cooperación de organismos de la comunidad que ayuden al personal del establecimiento penitenciario en la tarea de reinsertar a los reclusos en la sociedad (...)

En conclusión, el fin resocializador de la pena se inscribe dentro de lo que se conoce como función de prevención especial positiva, eje articulador central de nuestro sistema penal donde se abandonan las ideas de intimidación, retaliación social o venganza. En su lugar, la noción de resocialización del sentenciado, como principio legitimador y objetivo supremo de la ejecución de la pena, constituye el centro de gravedad, consecuencia obligada de la definición de Colombia como Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la dignidad humana (artículo 1º de la Constitución Política).

«[E]l objeto del derecho penal en un Estado de este tipo no es excluir al delincuente del pacto social sino buscar su reinserción en el mismo» (Cfr. CC C-261-1996). Por contera, sólo son compatibles con los derechos humanos aquellas penas orientadas a la resocialización del condenado, de otra manera se desvanecería el componente de dignidad inherente al Estado Social de Derecho.

6.5 El subrogado de la libertad condicional. Marco normativo

6.5.1 Los subrogados penales son mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad que se

conceden a los condenados, siempre y cuando cumplan, de forma concurrente, los requisitos objetivos y subjetivos establecidos en la ley.

Para lo que a este asunto interesa, uno de esos mecanismos es la libertad condicional, instituto que brinda la oportunidad al sentenciado privado de la libertad (en establecimiento carcelario o en prisión domiciliaria) de recobrarla antes del cumplimiento total de la pena intramural impuesta en la sentencia, sin que ello signifique la modificación de su duración, menos su extinción.

Es decir, repítase, previo el cumplimiento de todos los presupuestos legales, la figura en comento permite al condenado cumplir la pena privativa de la libertad por fuera del sitio de reclusión bajo ciertas obligaciones, restricciones o condiciones, so pena de su revocatoria, en una especie de *libertad a prueba*.

Conforme a la jurisprudencia constitucional, la libertad condicional posee un doble carácter: (i) moral, en cuanto estimula positivamente al condenado que ha dado verdadera muestra de readaptación y enmienda y, (ii) social, pues motiva a la restante población carcelaria a seguir su ejemplo, con lo cual se logra la finalidad rehabilitadora de la pena.

El análisis que adelanta el juez de ejecución de penas a la hora de resolver una solicitud de libertad condicional apunta a una finalidad específica: establecer la necesidad de

continuar el tratamiento penitenciario, a partir del comportamiento carcelario del condenado.

6.5.2 El subrogado de la libertad condicional en el Código Penal de 2000 (Ley 599), ha sufrido distintas modificaciones a través del tiempo.

6.5.2.1 El original¹⁷ artículo 64 establecía:

El juez concederá la libertad condicional al condenado a pena privativa de la libertad, cuando haya cumplido las tres quintas partes de la condena, siempre que de su buena conducta en el establecimiento carcelario pueda el juez deducir, motivadamente, que no existe necesidad para continuar con la ejecución de la pena.

No podrá negarse el beneficio de la libertad condicional atendiendo a las circunstancias y antecedentes tenidos en cuenta para la dosificación de la pena.

El período de prueba será el que falte para el cumplimiento total de la condena [negrilla fuera de texto].

6.5.2.2 El artículo 5º de la Ley 890 de 2004 modificó la norma anterior y señaló:

*El juez podrá conceder la libertad condicional al condenado a pena privativa de la libertad **previa valoración de la gravedad de la conducta punible**, cuando haya cumplido las dos terceras partes de la pena y su buena conducta durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución de la pena. En todo caso su concesión estará supeditada al pago total de la multa y de la reparación a la víctima¹⁸.*

¹⁷ Luego de la declaratoria de inexecutable por la Corte Constitucional de la expresión «*mayor de tres (3) años*». Cfr. CC C-806-2002.

¹⁸ En la sentencia CC C-823-2005, la Corte Constitucional declaró condicionalmente exequible la expresión subrayada, en el entendido que, «*en caso de demostrarse ante el juez de ejecución de penas –previa posibilidad de contradicción por la víctima y el Ministerio Público– la insolvencia actual del condenado, el no pago previo de la reparación a la víctima no impedirá la concesión excepcional del subrogado de libertad condicional*».

El tiempo que falte para el cumplimiento de la pena se tendrá como período de prueba. Cuando este sea inferior a tres años, el juez podrá aumentarlo hasta en otro tanto [énfasis agregado].

En la sentencia CC C-194-2005, a propósito de la demanda de inexecuibilidad contra la expresión «*previa valoración de la gravedad de la conducta punible*», la Corte Constitucional precisó que el juez de ejecución de penas en su específica función valorativa, determinante para el acto de concesión del subrogado penal en cuestión, no podía apartarse del contenido y juicio de la providencia de condena al momento de evaluar la procedencia de la libertad condicional, sujeción que garantizaba un margen restringido al funcionario ejecutor, en el entendido que su decisión no versaba sobre la responsabilidad penal del condenado, temática ya resuelta en la instancia correspondiente ante el juez de la causa.

Así, se dijo que «*el funcionario deberá tener en cuenta la gravedad del comportamiento punible, calificado y valorado previamente en la sentencia condenatoria por el juez de conocimiento, como criterio para conceder el subrogado penal*», pero agregó que el examen implica el estudio de hechos distintos a los que son objeto de reproche en la sentencia de condena, esto es, los ocurridos con posterioridad a ella y necesariamente vinculados con el comportamiento del sentenciado en reclusión.

6.5.2.3 El artículo 25 de la Ley 1453 de 2011, denominado «*detención domiciliaria para favorecer la reintegración del condenado*», introdujo una nueva

modificación al artículo 64 del Código Penal, al adicionar un párrafo relacionado no propiamente con la libertad condicional, sino con la prisión domiciliaria por el cumplimiento de la mitad de la condena, bajo ciertos presupuestos y prohibiciones. Es decir, básicamente lo que hoy día corresponde a la arquitectura del artículo 38G del Código Penal.

Sin embargo, en lo que corresponde a la precisa materia de la libertad condicional, el subrogado se mantuvo como se regulaba desde la reforma de 2004, agregándose solamente que el pago de la multa y la reparación a la víctima podían asegurarse mediante garantía personal, prendaria, bancaria o acuerdo de pago.

6.5.2.4 En el año 2013, el Ministerio de Justicia y del Derecho presentó ante la Cámara de Representantes el Proyecto de Ley n.º 256¹⁹ –Proyecto de Ley 23 de 2013 Senado, 256 de 2013 Cámara–, con el propósito de enfrentar de manera efectiva los problemas estructurales del tratamiento penitenciario, superar la crisis carcelaria y garantizar los derechos humanos de la población privada de la libertad.

En la exposición de motivos se explicó que esta problemática se originaba en: (i) la falta de planeación en la construcción de infraestructura penitenciaria y carcelaria, (ii)

¹⁹ Gaceta del Congreso n.º 117 del 21 de marzo de 2013. Disponible en: <https://www.comisionprimerasenado.com/proyectos-de-ley-en-tramite/144-proyecto-de-ley-no-23-de-2013-senado-256-de-2013-camara-por-medio-de-la-cual-se-reforman-algunos-articulos-de-la-ley-65-de-1993-y-se-dictan-otras-disposiciones>

las oleadas de criminalidad vivenciadas en nuestro país, (iii) la ausencia de una política criminal, penitenciaria y carcelaria coherente y, (iv) la despreocupación que genera en la sociedad en general la situación de las personas privadas de la libertad.

El proyecto, entre otras razones, advirtió lo siguiente:

*c) Penas intramurales como último recurso. Esta propuesta tiene como eje central poner en acción el principio del derecho penal como ultima ratio. En ese sentido, se busca que las personas, que **objetivamente** cumplan los requisitos establecidos en la ley accedan efectivamente a los beneficios de libertad. Actualmente, la existencia de **criterios subjetivos**, dada la alta discrecionalidad de la que gozan los jueces, impide el otorgamiento de dichos beneficios, a pesar de que muchas de estas personas podrían acceder a ellos y contribuir así a la descongestión de los establecimientos.*

Así mismo, se establecen sanciones penales y disciplinarias para los funcionarios, que teniendo la obligación de ordenar la excarcelación, omitan la misma [subrayado y negrilla fuera de texto].

El mencionado proyecto finalmente se convirtió en la Ley 1709 de 2014 y constituye la modificación más reciente²⁰ a la figura de la libertad condicional, cuyo artículo 30 así la describe:

*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*

²⁰ No se incluye en este estudio la adición de un último inciso que al artículo 64 del Código Penal hizo el artículo 5º de la Ley 2098 de 2021, el cual fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional a través de la sentencia CC C-155-2022.

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 [énfasis agregado].

La Corte Constitucional, en sentencia CC C-757-2014, declaró condicionalmente exequible la expresión «*previa valoración de la conducta punible*». Indicó que se trata de un requisito que debe ser analizado «*como un elemento dentro de un conjunto de circunstancias. Sólo una de tales circunstancias es la conducta punible*». Además, la nueva redacción de la norma excluyó la referencia a la gravedad de la conducta punible, lo cual indica que el juez ejecutor ha de entrar a valorar otros aspectos y elementos de ella.

Al volver sobre sus precedentes, especialmente la sentencia CC C-194-2005, el alto Tribunal Constitucional explicó que esa Corporación ya había restringido las posibilidades hermenéuticas en relación con la anterior arquitectura del artículo 64 del Código Penal, por considerar que algunas de ellas resultaban contrarias a la Carta Política.

Con todo, al reescribir la nueva versión de la norma, el legislador no sólo desconoció el condicionamiento introducido al artículo 5º de la Ley 890 de 2004, sino que agregó un factor adicional de ambigüedad al remover la alusión a la gravedad de la conducta punible como uno de los factores que se deben tener en cuenta para decidir sobre la libertad condicional.

De ese modo, declaró la norma ajustada al texto constitucional:

En el entendido de que las valoraciones de la conducta punible hechas por los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad para decidir sobre la libertad condicional de los condenados tengan en cuenta las circunstancias, elementos y consideraciones hechas por el juez penal en la sentencia condenatoria, sean éstas favorables o desfavorables al otorgamiento de la libertad condicional.

6.5.3 Del recorrido normativo efectuado, amén de las modificaciones a los diversos requisitos que apuntan: (i) al término de cumplimiento de pena (dos terceras o tres quintas partes), (ii) al desempeño, conducta o comportamiento durante el tratamiento penitenciario, (iii) a la acreditación de un arraigo familiar y social, (iv) a la reparación de la víctima, (v) el aseguramiento del pago de la multa o, (vi) la duración del periodo de prueba, lo cierto es que fácilmente se advierte que se pasó de una primigenia prohibición a considerar «*circunstancias y antecedentes tenidos en cuenta para la dosificación de la pena*», a la valoración previa de la «*gravedad*» de la conducta punible, para finalmente establecerse una «*previa valoración de la conducta punible*».

Ese conciso parangón insinúa que sólo el legislador de 2000 se atuvo a los contornos históricos de la figura de la libertad condicional que, en atención al carácter progresivo del sistema penitenciario, acentúa el comportamiento carcelario del condenado como el principal elemento subjetivo a verificar a la hora de permitir que termine de cumplir su pena en libertad. Sobre ello se volverá más adelante.

Baste recordar (Cfr. CC C-194-2005) que:

[e]l juicio que adelanta el Juez de Ejecución de Penas tiene una finalidad específica, cual es la de establecer la necesidad de continuar con el tratamiento penitenciario a partir del comportamiento carcelario del condenado... el estudio del Juez de Ejecución no se hace desde la perspectiva de la responsabilidad penal del condenado –resuelta ya en la instancia correspondiente, ante el juez de conocimiento– sino desde la necesidad de cumplir una pena ya impuesta... el estudio versa sobre hechos distintos a los que fueron objeto de reproche en la sentencia condenatoria, cuales son los ocurridos con posterioridad a la misma, vinculados con el comportamiento del sentenciado en reclusión.

6.6 De la valoración de la conducta punible al momento de resolver una solicitud de libertad condicional. Jurisprudencia relacionada

6.6.1 Corte Constitucional

Sin pretender agotar la línea jurisprudencial del alto Tribunal Constitucional al respecto, ha de recordarse que en la sentencia CC C-757-2014 (reiterada en CC C-233-2016 y C-328-2016), en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad sobre la expresión «*previa valoración de la conducta punible*», contenida en el artículo 64 del Código Penal modificado por el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014, se

explicó que el principio de legalidad, como elemento del debido proceso en materia penal, se vulnera cuando el legislador establece que los jueces de ejecución de penas valoren la conducta punible para decidir sobre la libertad condicional, sin darles los parámetros para ello.

Expresó que una norma que exige a los jueces ejecutores valorar la conducta punible de los condenados a penas privativas de su libertad al momento de decidir acerca de su libertad condicional, sólo es exequible si la valoración comprende *«todas las circunstancias, elementos y consideraciones hechas por el juez penal en la sentencia condenatoria, sean éstas favorables o desfavorables al otorgamiento de la libertad condicional»*.

En la sentencia CC T-019-2017, aunque el problema jurídico principal estribó en la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal, la Corte Constitucional recalcó que al *«[e]studiar los subrogados penales consagrados en la legislación... tendrá[n] relevancia las circunstancias y consideraciones efectuadas por el juez penal en la sentencia condenatoria, sean estas favorables o desfavorables al condenado, lo anterior, siguiendo el precedente de la Corporación en cuanto a que debe valorarse la conducta punible»*.

En la providencia CC T-265-2017, al realizar un estudio sobre los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad existentes, en punto a la libertad condicional,

simplemente reiteró la *ratio decidendi* de la sentencia CC C-757-2014. En el mismo sentido la CC T-640-2017.

6.6.2 Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

La Sala de Casación Penal se ha ocupado del asunto en múltiples pronunciamientos, bien al momento de resolver en segunda instancia la petición de libertad condicional elevada por aforados constitucionales o legales, o en los casos en que ha fungido como juez constitucional a través de sus diversas salas de decisión de tutela.

6.6.2.1 Dentro de los primeros podemos enunciar:

En proveído CSJ AP3558-2015, 24 jun. 2015, rad. 46119, se explicó que la expresión «valoración de la conducta», *«va más allá del análisis de la gravedad, extendiéndose a aspectos relacionados con la misma, sin que el juez executor de la pena tenga facultad para soslayar su evaluación, como lo señaló la Corte Constitucional en la Sentencia C-757 del 15 de octubre de 2014»*, reiterado en auto CSJ AP8301-2016, 30 nov. 2016, rad. 49278, en el que se dijo que *«siendo la valoración de la conducta punible un elemento dentro de un conjunto de circunstancias que habrá de tener el juez que decida sobre la libertad condicional, no hay lugar a dejarla de lado, como lo pretende el recurrente, para dar paso a situaciones ajenas a los requisitos fijados por el legislador en el artículo 64 del Código Penal»*. Este último reiterado en CSJ

AP3617–2019, 27 ag. 2019, rad. 55887 y en CSJ AP5297–2019, 9 dic. 2019, rad. 55312.

En CSJ AP260–2021, 3 feb. 2021, rad. 58799, se dijo:

[l]as consideraciones que en el fallo de condena se hicieron acerca de la gravedad de los delitos objeto de sanción, resultaban vinculantes para el juez de ejecución de penas al momento de decidir sobre la libertad condicional (...) Así entonces, el a quo obró correctamente al negar dicho beneficio dadas las razones sobre la gravedad de la conducta señaladas en [el] fallo condenatorio como son: (...) En síntesis, como quiera [que el] análisis sobre la gravedad de la conducta efectuada en la sentencia no arroja un pronóstico positivo respecto de la libertad condicional del sentenciado, resulta procedente su negativa y con ello el cumplimiento efectivo de la prisión a fin de garantizar los fines de prevención especial y general de la pena (...)

Y en CSJ AP4142–2021, 15 sep. 2021, rad. 59888, se expuso:

Precisó el Alto Tribunal Constitucional que con la modificación legislativa introducida por el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014, el análisis no se agota en la gravedad de la conducta, sino en todos sus elementos, de suerte que el análisis que debe emprender el juez ejecutor de la pena es más amplio, pues en el ejercicio de ponderación debe tener en cuenta todas las circunstancias abordadas por el juez de conocimiento en la sentencia de condena.

Postura reiterada en sentencias C–233 de 2016, T–640 de 2017 y T–265 de 2017, en las que el Tribunal Constitucional resaltó que, en el examen de la conducta, el juez debe abordar el análisis desde las funciones de la pena y sin olvidar su finalidad constitucional de resocialización.

(...)

Así, es claro que para la concesión de la libertad condicional, resulta imperioso que el juez valore la conducta por la cual se emitió la condena, no obstante, se insiste, tal examen debe afrontarse de cara a la necesidad de cumplir una sanción ya impuesta, por lo que no se trata de un mero y aislado examen de la gravedad de la conducta, sino de un estudio de la personalidad y los antecedentes de [todo] orden del sentenciado, para de esta forma evaluar su proceso de readaptación social, por lo que en la apreciación de estos factores debe conjugarse el «impacto social que genera la comisión

del delito bajo la égida de los fines de la pena, los cuales, para estos efectos, son complementarios, no excluyentes»²¹.

6.6.2.2 Dentro de los segundos, valiosa se advierte la providencia CSJ STP15806–2019, 19 nov. 2019, rad. 107644, en la cual se explicó que:

***i)** No puede tenerse como razón suficiente para negar la libertad condicional la alusión a la lesividad de la conducta punible frente a los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal, pues ello solo es compatible con prohibiciones expresas frente a ciertos delitos, como sucede con el artículo 68 A del Código Penal.*

En este sentido, la valoración no puede hacerse, tampoco, con base en criterios morales para determinar la gravedad del delito, pues la explicación de las distintas pautas que informan las decisiones de los jueces no puede hallarse en las diferentes visiones de los valores morales, sino en los principios constitucionales;

***ii)** La alusión al bien jurídico afectado es solo una de las facetas de la conducta punible, como también lo son las circunstancias de mayor y de menor punibilidad, los agravantes y los atenuantes, entre otras. Por lo que el juez de ejecución de penas debe valorar, por igual, todas y cada una de éstas;*

***iii)** Contemplada la conducta punible en su integridad, según lo declarado por el juez que profiere la sentencia condenatoria, éste es solo uno de los distintos factores que debe tener en cuenta el juez de ejecución de penas para decidir sobre la libertad condicional, pues este dato debe armonizarse con el comportamiento del procesado en prisión y los demás elementos útiles que permitan analizar la necesidad de continuar con la ejecución de la pena privativa de la libertad, como bien lo es, por ejemplo, la participación del condenado en las actividades programadas en la estrategia de readaptación social en el proceso de resocialización.*

Por tanto, la sola alusión a una de las facetas de la conducta punible, esto es, en el caso concreto, solo al bien jurídico, no puede tenerse, bajo ninguna circunstancia, como motivación suficiente para negar la concesión del subrogado penal.

Esto, por supuesto, no significa que el juez de ejecución de penas no pueda referirse a la lesividad de la conducta punible para valorarla, sino que no puede quedarse allí. Debe, por el contrario, realizar el análisis completo.

²¹ [cita inserta en el texto transcrito] CSJ AHP5065–2021

iv) El cumplimiento de esta carga motivacional también es importante para garantizar la igualdad y la seguridad jurídica, pues supone la evaluación de cada situación en detalle y justifica, en cada caso, el tratamiento diferenciado al que pueda llegar el juez de ejecución de penas para cada condenado [negrilla original del texto].

El anterior precedente, en lo fundamental, ha sido sistemáticamente reiterado por la Corte Suprema de Justicia a través de sus diversas salas de decisión de tutela. Baste citar solo algunas sentencias de reciente data: CSJ STP2144-2022, 27 en. 2022, rad. 121238; CSJ STP1342-2022, 8 feb. 2022, rad. 121607; CSJ STP2501-2022, 17 feb. 2022, rad. 121768; CSJ STP2671-2022, 8 mar. 2022, rad. 122088; CSJ STP2773-2022, 8 mar. 2022, rad. 122114; CSJ STP3588-2022, 10 mar. 2022, rad. 122323; CSJ STP3000-2022, 15 mar. 2022, rad. 122566; CSJ STP3369-2022, 22 mar. 2022, rad. 122571; CSJ STP4537-2022, 19 abr. 2022, rad. 123225; CSJ STP5224-2022, 2 may. 2022, rad. 123676; CSJ STP5650-2022, 5 may. 2022, rad. 123305; CSJ STP5583-2022, 10 may. 2022, rad. 123715; CSJ STP6302-2022, 17 may. 2022, rad. 123738; CSJ STP7409-2022, 9 jun. 2022, rad. 124029 y CSJ STP7971-2022, 21 jun. 2022, rad. 124621.

6.6.2.3 Por último, obligado resulta traer a colación el auto de segunda instancia CSJ AP2977-2022, 12 jul. 2022, rad. 61471, no solo por su cercano proferimiento, sino por identificarse con la temática bajo examen, razón por la cual su trascendente alcance irradia al asunto que concita la presente decisión. En el mencionado proveído, así se discurrió:

[e]l análisis de la modalidad de las conductas no puede agotarse en su gravedad y tampoco se erige en el único factor para determinar la concesión o no del beneficio punitivo, pues ello contraría el principio de dignidad humana que irradia todo el

ordenamiento penal, dado el carácter antropocéntrico que orienta el Estado Social de Derecho adoptado por Colombia en la Constitución Política de 1991; y al mismo tiempo desvirtuaría toda función del tratamiento penitenciario orientado a la resocialización.

La anterior es una de las maneras más razonables de interpretar lo expresado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-757 de 2014 (declaró exequible la expresión: «previa valoración de la conducta» del artículo 64 del Códig[o P]enal), en el sentido que al analizar la procedencia de la libertad condicional el [j]uez de [e]jecución de [p]enas deberá:

«establecer la necesidad de continuar con el tratamiento penitenciario a partir del comportamiento carcelario del condenado.»

Es así como el examen de la conducta por la que se emitió condena debe ponderarse con el fin de prevención especial y el de readaptación a la sociedad por parte del sentenciado, pues no de otra forma se cumple con el fin primordial establecido para la sanción privativa de la libertad, que no es otro distinto a la recuperación y reinserción del infractor tal como lo estipulan los artículos 6º numeral 5º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10º numeral 3º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, integrados a nuestro ordenamiento interno por virtud del [b]loque de [c]onstitucionalidad (Artículo 93 de la Constitución Nacional).

30.3 *Corolario de ello, un juicio de ponderación para determinar la necesidad de continuar con la ejecución de la sanción privativa de la libertad, debe asignarle un peso importante al proceso de readaptación y resocialización del interno, sobre aspectos como la escueta gravedad de la conducta (analizada en forma individual); pues si así no fuera, la retribución justa podría traducirse en decisiones semejantes a una respuesta de venganza colectiva, que en nada contribuyen con la reconstrucción del tejido social y anulan la dignidad del ser humano.*

(...)

30.4 *Bajo ese entendido, la prisión debe entenderse como parte de un proceso que busca, no solamente los aspectos draconianos de las sanciones penales; entre ellos, que el conglomerado se comporte normativamente (prevención general); y que, tras recibir la retribución justa, el condenado no vuelva a delinquir (prevención especial); aunado a tales aspectos, las penas, en especial las restrictivas de la libertad, también se deben encaminar a que el condenado se prepare para la reinserción social, fin este que conlleva necesariamente a que el tratamiento penitenciario y el comportamiento del condenado durante este, sea valorado,*

analizado, estudiado y tenga consecuencias en la manera en que se ejecuta la sanción.

Lo anterior, justamente con el fin de incentivar en el infractor, esperanza y motivos para participar en su proceso de reinserción, asegurar la progresividad del tratamiento penitenciario, así como para brindar herramientas útiles al penado que le permitan prepararse para retornar a la vida en sociedad cuando recobre la libertad.

30.5 *Entenderlo de otra manera, sería tanto como establecer una prohibición generalizada que no ha sido prevista por el legislador para todos aquellos eventos en los que la conducta se evidencie objetivamente grave.*

(...)

30.6 *En ese orden de ideas, entender que la gravedad objetiva de la conducta es sinónimo de negación de la libertad condicional, equivaldría a extender los efectos de una prohibición normativa específica, sobre todos los casos que se estimen de notoria gravedad, sin haber sido así previsto en la ley; y tal expansión no es compatible con los derechos fundamentales de los condenados; pues los dejaría sin la expectativa de que su arrepentimiento e interés de cambio sean factores a valorar durante el tratamiento penitenciario, erradicando los incentivos y con ello, el interés en la resocialización, pues lo único que quedaría, es el cumplimiento total de la pena al interior de un establecimiento carcelario [negrilla original del texto].*

6.6.2.4 A las anteriores consideraciones, que en su integridad se ratifican, sólo es dable agregar lo siguiente:

Toda conducta punible es considerada un acto grave contra la sociedad, al punto que el legislador reprime su comisión a través de la punición. De cualquier manera, a raíz del resquebrajamiento de las relaciones humanas, ella afecta los valores que condicionan la existencia, conservación y desarrollo de la vida en comunidad. En últimas, además del daño privado, el delito siempre ocasiona un daño público directamente relacionado con la transgresión de las normas

establecidas por el legislador penal, necesarias para la convivencia pacífica.

La condición de *grave* o *leve* de una infracción delictiva da lugar a intensos e inacabados debates. Nadie ha de negar que existen cierto tipo de comportamientos que por su naturaleza –o por lo menos desde una perspectiva simplemente objetiva–, implican una mayor afectación a valores sensibles para el conglomerado social, verbigracia, los vinculados a bienes jurídicos que tutelan la vida, la integridad personal, la libertad en todas sus aristas o la administración pública, para citar solo algunos, lo que de contera genera unánime rechazo social. Sin embargo, ello no soluciona la problemática a la hora de calificar el injusto.

La praxis judicial enseña que en torno a la valoración de la conducta punible se elaboran múltiples reflexiones para justificar su gravedad –todas válidas si se quiere–, una por cada tipo penal que el Estatuto Punitivo contempla, pero en el fondo sólo confluyen en un argumento circular que asume por punto de partida las razones que tuvo en cuenta el legislador para considerar que determinado proceder debía ser objeto de represión por el Estado.

La previa valoración del injusto típico introduce a la discusión argumentos de índole subjetivo que en nada contribuyen a superar la ambigüedad generada por el legislador de 2014 en el artículo 64 del Código Penal.

Por ejemplo, cómo negar la percepción y el reclamo del menor de edad, quien considera sumamente grave el hecho que sus ascendientes, sin justa causa, no provean los alimentos necesarios para su subsistencia (inasistencia alimentaria), o el del padre o madre cabeza de familia a la que hurtan su humilde venta de golosinas, que por su situación económica constituía el único medio de ingreso económico del núcleo familiar. Y la lista sería interminable si se pretendiera continuar el ejercicio casuístico.

Algunos argumentan que un criterio que permite identificar la gravedad del delito está dado por la severidad de la pena a imponer. No obstante, nuevamente la práctica judicial enseña lo contrario, en virtud de un fenómeno que ha dado en llamarse *hiperinflación* o *populismo punitivo*, producto de la irreflexiva política criminal colombiana²², que en la vehemente búsqueda de encontrar en el derecho penal la solución a todos los problemas de la sociedad, simplemente ofrece sanciones graves, retribución –por no decir venganza– y castigos *ejemplarizantes*, dejando de lado la noción de

²² En la sentencia CC T-388-2013, la Corte Constitucional reiteró la existencia de un estado de cosas inconstitucional en el Sistema Penitenciario y Carcelario del país (que ya había sido declarado en la sentencia CC T-153-1998), oportunidad en la que mencionó que «la política criminal colombiana se ha caracterizado por ser reactiva, desprovista de una adecuada fundamentación empírica, incoherente, tendiente al endurecimiento punitivo, populista, poco reflexiva frente a los retos del contexto nacional, subordinada a la política de seguridad, volátil y débil. Estas características resultan problemáticas, en tanto, desligan la política criminal de sus objetivos principales: combatir la criminalidad y lograr la efectiva resocialización de los condenados». Postura reiterada en la sentencia CC T-762-2015, en la que se dijo que «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 masiva de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad e impide, en la actualidad, lograr el fin resocializador de la pena».

resocialización y acercándose en mucho a criterios de segregación y exclusión del penado del entramado social.

Otro sencillo ejemplo lo demuestra: bajo el anterior supuesto, para el legislador penal hoy día es *más grave* el comportamiento de aquel individuo que porta un arma de fuego sin permiso de autoridad competente y utiliza cualquier elemento que permita ocultar su identidad o la dificulte (porte de arma de fuego agravado: numeral 4º del artículo 365 del Código Penal), que aquel que mata a otro (homicidio: artículo 103 *ídem*), pues, mientras la primera conducta se reprime con una pena mínima de 216 meses, la segunda corresponde en su mínimo a 208 meses. Y eso para apenas mencionar dos delitos de común ocurrencia en el país.

Importa acotar que la Sala, por obvias razones, no se refiere a aquellas conductas que el propio legislador, en uso de su libertad de configuración normativa, excluyó del subrogado de la libertad condicional, asunto que ocupó la atención de la Corte Constitucional en sentencia CC C-073-2010, en la cual se estudió la constitucionalidad del artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, «*[p]or la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones*».

En su decisión, el alto Tribunal Constitucional explicó que, en punto de concesión de beneficios penales: (i) el legislador cuenta con amplio margen de configuración normativa, manifestación de su competencia para fijar la política criminal del Estado, (ii) se ajustan, *prima facie*, a la

Constitución Política, las medidas legislativas que restrinjan la concesión de beneficios penales en casos de delitos considerados particularmente graves para la sociedad o que causan un elevado impacto social y, (iii) el Estado colombiano ha asumido compromisos internacionales en materia de combate contra el terrorismo, razón de más para que el legislador limite la concesión de beneficios penales en la materia.

En la sentencia en cita, también se recordó que el legislador ha limitado igualmente el reconocimiento de beneficios penales para los casos de conductas punibles que considera particularmente graves en función, por ejemplo, de la calidad de la víctima, verbigracia, el caso del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 *«[p]or la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia»*, norma que contiene diversas restricciones, algunas de las cuales las consideró ajustadas a la Carta Política (Cfr. CC C-738-2008).

Por ello, precisó que *«[e]l legislador puede establecer, merced a un amplio margen de configuración, sobre cuáles delitos permite qué tipo de beneficios penales y sobre cuáles no. Dentro de esos criterios, los más importantes son: (i) el análisis de la gravedad del delito y (ii) la naturaleza propia del diseño de las políticas criminales, cuyo sentido incluye razones políticas de las cuales no puede apropiarse el juez constitucional»*.

Las anteriores enseñanzas han sido reiteradas en las sentencias CC T-019-2017 y T-640-2017 –posteriores a la

Ley 1709 de 2014– en las cuales explicó que el juez de ejecución de penas, a efectos de conceder el subrogado de libertad condicional, debe revisar: (i) si la conducta fue considerada especialmente grave por el legislador, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 26 de la Ley 1121 de 2006 y 199 de la Ley 1098 de 2006 y, (ii) solo si esto es viable, es decir, si aplicado ese filtro resulta jurídicamente posible la concesión del subrogado, por no estar prohibido por la normatividad legal, debe verificarse el lleno de todos los requisitos exigidos en el canon 64 del Estatuto Punitivo, sin detenerse en el solo estudio de la conducta delictiva.

Sustentar la negación del otorgamiento de la libertad condicional en la sola alusión a la gravedad o lesividad de la conducta punible, solo es posible frente a casos en los cuales el legislador ha prohibido el otorgamiento del subrogado por dicho motivo, como sucede con los previstos en los artículos 26 de la Ley 1121 y 199 de la Ley 1098 de 2006, pues, como se dijo en la decisión CSJ STP15806–2019, 19 nov. 2019, rad. 107644, atrás citada, *«no puede tenerse como razón suficiente para negar la libertad condicional la alusión a la lesividad de la conducta punible frente a los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal, pues ello solo es compatible con prohibiciones expresas frente a ciertos delitos»*

El artículo 64 del Código Penal (modificado por el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014), con la exequibilidad condicionada declarada por la Corte Constitucional en la sentencia CC C–757–2014, enseña que la finalidad del

subrogado de la libertad condicional es permitir que el condenado pueda cumplir por fuera del centro de reclusión parte de la pena privativa de la libertad impuesta en la sentencia, cuando la conducta punible cometida, los aspectos favorables que se desprendan del análisis efectuado por el juez de conocimiento en la sentencia –en su totalidad–, el adecuado comportamiento durante el tiempo que ha permanecido privado de la libertad y la manifestación que el proceso de resocialización ha hecho efecto en el caso concreto –lo cual traduce un pronóstico positivo de rehabilitación–, permiten concluir que en su caso resulta innecesario continuar la ejecución de la sanción bajo la restricción de su libertad (artículo 64 numeral 2º del código penal).

Sólo de esa forma se hace palpable la progresividad del sistema penitenciario, cuya culminación es la fase de confianza de la libertad condicional, que presupone la enmienda y readaptación del delincuente y efectiviza su reinserción a la sociedad, lográndose la finalidad rehabilitadora de la pena.

La perspectiva en clave de libertad principalmente apuesta por las posibilidades de resocialización o reinserción social de la persona que ha cometido una infracción delictiva, acorde a máximas de rehabilitación, mientras la visión de seguridad apunta a su exclusión social, propias de políticas intimidatorias e inocuizadoras o de aislamiento del condenado, que contrarrestan su reintegro a las dinámicas comunitarias.

Por supuesto, sólo el primer enfoque posee efectos personales y sociales favorables al condenado, toda vez que persigue objetivos de prevención especial cifrados en la confianza en neutralizar el riesgo de reincidencia criminal a través de la incorporación del infractor a la sociedad. Al paso que el segundo pretende alcanzar objetivos preventivos, pero a través de la exclusión del delincuente del conglomerado social.

La integración holística que el artículo 64 del Código Penal impone al juez vigía de la pena, conduce a que la previa valoración de la conducta no ha de ser entendida como la reedición de ésta, pues ello supondría juzgar de nuevo lo que en su momento definió el funcionario judicial de conocimiento en la fase de imposición de la sanción. Tampoco significa considerar en abstracto la gravedad de la conducta punible, en un ejercicio de valoración apenas coincidente con la motivación que tuvo en cuenta el legislador al establecer como delictivo el comportamiento cometido. Menos implica que el injusto ejecutado, aun de haber sido considerado grave, impida la concesión del subrogado, pues ello simplemente significaría la inoperancia del beneficio liberatorio, en contravía del principio de dignidad humana fundante del Estado Social de Derecho.

Una lectura diferente de lo pretendido por el legislador y de lo definido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad condicionada de la norma en cuestión: *(i)* la aleja del talante resocializador de la pena, *(ii)* desvirtúa el componente progresivo del

tratamiento penitenciario, (iii) muta el norte rehabilitador que inspira el mecanismo sustitutivo, hacia un discurso de venganza estatal, y (iv) obstaculiza la reconstrucción del tejido social trocado por el delito.

La *previa* valoración de la conducta no puede equipararse a *exclusiva* valoración, sobre todo en aspectos desfavorables como la gravedad que con asiduidad se resaltan por los jueces ejecutores, dejando de lado todos los favorables tenidos en cuenta por el funcionario judicial de conocimiento. Si así fuera, el eje gravitatorio de la libertad condicional estaría en la falta cometida y no en el proceso de resocialización. Una postura que no ofrezca la posibilidad de materializar la reinserción del condenado a la comunidad y que contemple la gravedad de la conducta a partir un concepto estático, sin atarse a las funciones de la pena, simplemente es inconstitucional y atribuye a la sanción un específico fin retributivo cercano a la venganza.

La Corte ha de reiterar que cuando el legislador penal de 2014 modificó la exigencia de valoración de la *gravedad* de la conducta punible por la *valoración de la conducta*, acentuó el fin resocializador de la pena, que en esencia apunta a que el reo tenga la posibilidad cierta de recuperar su libertad y reintegrarse al tejido social antes del cumplimiento total de la sanción.

En suma, no es el camino interpretativo correcto, asociar que la sola *gravedad* de la conducta es suficiente para negar el subrogado de la libertad condicional. Ello sería

tanto como asimilar la pena a un oprobioso castigo, ofensa o expiación o dotarla de un sentido de retaliación social que, en contravía del respeto por la dignidad humana, cosifica al individuo que purga sus faltas y con desprecio anula sus derechos fundamentales.

6.7 El caso concreto

En atención a que el fundamento toral de la decisión del Juzgado Veinte de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá que le negó a **RODRIGO ALDANA LARRAZÁBAL** la libertad condicional, estribó en la valoración de las conductas punibles por las que fue condenado, debe la Corte verificar si el escrutinio realizado por el juez vigía de la pena tuvo en cuenta los parámetros acabados de analizar.

Para ello, se tomará en consideración el artículo 64 del Estatuto Punitivo, modificado por el canon 30 de la Ley 1709 de 2014, por ser esta la disposición vigente al momento de la ocurrencia de los hechos.

Adviértase también que dentro de la potestad de configuración legislativa y en atención a la política criminal del Estado, respecto de ciertas infracciones delictivas se ha previsto la exclusión de subrogados y beneficios.

En ese marco, el artículo 68A del Código Penal, en la lista de delitos afectados por esas restricciones, contiene los delitos dolosos contra la administración pública, mismos por los que fuera condenado **RODRIGO ALDANA LARRAZÁBAL**. No

obstante, el párrafo primero de la misma disposición establece que «[l]o dispuesto en el presente artículo no se aplicará a la libertad condicional contemplada en el artículo 64 de este código...».

Por tanto, por expresa voluntad del legislador, la prohibición que la norma establece no resulta aplicable en tratándose del mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad bajo examen.

6.7.1 De la valoración de las conductas punibles

Mediante sentencia CSJ SP14985–2017, 20 sep. 2017, rad. 50366, luego de su allanamiento a cargos, esta Corporación condenó a **RODRIGO ALDANA LARRAZÁBAL** por los delitos de cohecho propio, prevaricato por omisión agravado y asociación para la comisión de un delito contra la administración pública, cometidos en su desempeño como Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

En la referida decisión se reseñó que, en diciembre de 2014, el entonces funcionario judicial fue promovido de Fiscal Especializado adscrito a la Unidad Nacional para la Extinción del Derecho de Dominio y contra el Lavado de Activos, a Fiscal Delegado ante Tribunal de Distrito, asignado al eje temático de «*corrupción en la administración de justicia*».

En ejercicio de este último cargo se negó a entregar algunas carpetas que previamente le habían sido repartidas,

y que, además, fueron reasignadas a otros funcionarios del ente investigador por orden del Fiscal General de la Nación.

En uno de esos expedientes de extinción de dominio proyectó decisiones en beneficio de particulares, considerándolos terceros de buena fe cualificada y, en consecuencia, disponiendo el levantamiento de medidas cautelares que afectaban a tres bienes rurales ubicados en el departamento de Córdoba.

En contraprestación por la antedicha gestión, los beneficiados del proceso de extinción de dominio le transfirieron un inmueble a la expareja del servidor público, previo acuerdo con éste.

En relación con los delitos de cohecho propio y prevaricato por omisión, la Sala consideró que *«se encuentran estrechamente relacionados desde el punto de vista fenomenológico y jurídico y, por ello, ser[ían] analizados de manera articulada o relacionada»*. Se expuso, en concreto:

*Así las cosas, vinculando deductivamente el entendimiento particular de los delitos de cohecho propio y prevaricato por omisión, se encuentra demostrado que **RODRIGO ALDANA LARRAZÁBAL** recibió, para su hoy ex compañera sentimental [M.M.U.M.] (lo fue durante siete años), utilidad, consistente en el apartamento 1117 de la torre 2 del conjunto residencial Pentagrama, ubicado en la calle 74 N° 86-40 de Bogotá, edificado por la constructora Umbral con sede en Medellín y avaluado en \$235'945.412, para omitir un acto propio de su cargo.*

*En el presente evento, no sólo se consumó el delito de cohecho propio (de mera conducta), sino además, se agotó tal comportamiento mediante un evento de inacción que cuenta con plena autonomía delictiva, en tanto **ALDANA LARRAZÁBAL** omitió*

un acto «propio de su cargo» a cambio del referido apartamento avaluado en \$235'945.412.

Y respecto del punible de asociación para la comisión de un delito contra la administración pública, se precisó que:

Se concreta, entonces, la actuación dolosa del acusado, consistente en ponerse de acuerdo con su hoy ex compañera sentimental (particular) [M.M.U.M.], para incurrir en un delito atentatorio contra la administración pública, este es el cohecho propio, el cual, además, se realizó. Por ello, tales reatos concursan de forma efectiva o material, sucesiva y heterogénea junto con el prevaricato por omisión.

La información allegada al dossier ilustra sobre la asociación criminal que tuvo como propósito el recibo de carácter real y material del apartamento 1117 de la torre 2 del conjunto residencial Pentagrama, ubicado en la calle 74 N° 86-40 de Bogotá, edificado por la constructora Umbral con sede en Medellín y avaluado en \$235'945.412, por parte de [U.M.].

Explicó la Sala que, pese a que **RODRIGO ALDANA LARRAZÁBAL** había sido promovido para desempeñarse dentro de la fiscalía en el eje temático de corrupción en la administración de justicia, dirigió su comportamiento a cometer las conductas delictivas «*direccionado a pretextar competencia, acudiendo a subterfugios o ambages normativos*», con el propósito de adoptar decisiones ilegales, en procura de la «*impunidad de los hechos objeto de extinción de dominio*» y de asegurar, en contraposición, la propiedad de un inmueble con destino a su excompañera sentimental.

Concluyó la Corte que el comportamiento del exfiscal «*no puede ser catalogado sino de extremadamente grave*», entre otras cosas, debido a que defraudó las expectativas que se habían depositado en él para «*el desempeño de una labor importante y trascendente como la relacionada con aplicar*

justicia en un entorno inequitativo como el colombiano», en desmedro de la credibilidad de la administración de justicia y de toda la colectividad.

6.7.2 Del tratamiento penitenciario

Como quiera que la procedencia de la libertad condicional no se agota con la sola gravedad de la conducta y tampoco es el único factor a tener en cuenta para ese efecto, han de valorarse las funciones de la pena que operan en la fase de ejecución, esto es, la prevención especial y la reinserción social, señaladas en el artículo 4º de la Ley 599 de 2000.

La gravedad de la conducta debe armonizarse con otros factores, según se expuso, como el comportamiento del procesado en prisión y todos aquellos que permitan determinar si se justifica la continuación de la ejecución de la pena privativa de la libertad.

Al respecto, tal como lo reseñó la primera instancia, con soporte en el expediente digital, en la Resolución n.º 3741 de noviembre 4 de 2021²³, el INPEC se pronunció de manera favorable a que **RODRIGO ALDANA LARRAZÁBAL** accediera a la libertad condicional, en cuyas consideraciones precisó que al privado de la libertad:

*[]le fue concedido el beneficio de **PRISIÓN DOMICILIARIA** el día **24/03/2021** y a la fecha (...) **NO HA TRANSGREDIDO** alguno de los compromisos adquiridos para la ejecución de la pena, entre*

²³ Cfr. Folio 37, C.D. 003Cuaderno nº 2-juzgadoepmsbogotá

*otros el de permanecer en el lugar de domicilio, tener comportamiento intachable con la sociedad y los demás que establece la ley (...) [y que] revisada la documentación que obra en el expediente del privado de la libertad (...), presenta una conducta en el grado de **EJEMPLAR**, según Acta No. 86 del **4/11/2021** [negrilla original del texto, subrayado en esta oportunidad].*

También, en la actuación obra el «*informe [de] verificación de arraigo No. 329*» del 18 de febrero de 2021²⁴ (previo a que le fuera concedida la prisión domiciliaria), en cuyo acápite de «*observaciones*», en relación con sus vínculos familiares y sociales, la asistente social consignó:

La información recaudada indica que el sentenciado cuenta con vínculos en el inmueble (...), pues allí residen su esposa y su hija, personas con quienes éste tiene una buena relación, y quienes han expresado su deseo de que vuelva a residir allí.

En cuanto al desempeño social se ha informado que el penado ha vivido durante más de 12 años en este inmueble, el cual es de su propiedad, manteniendo un adecuado comportamiento y buenas relaciones con los vecinos de la comunidad, por lo cual, nadie se opone a que vuelva a habitar el lugar.

Finalmente, se resalta que la entrevistada ha manifestado que el sentenciado cuenta con todo su apoyo, y que ella está dispuesta a cubrir sus gastos hasta el término de su condena, lo cual se considera como un factor protector para el cumplimiento de las obligaciones que se le impongan en caso de que se le lleque a conceder alguna medida sustitutiva [subrayado fuera de texto].

Los principios de justicia restaurativa también se han hecho efectivos en el caso de **RODRIGO ALDANA LARRAZÁBAL**. La reintegración, la reinserción y la resocialización son producto del previo arrepentimiento y asunción de responsabilidad por los hechos cometidos, consecuencia del contacto con la realidad que le ha movido a tomar conciencia

²⁴ Cfr. Folios 342 a 345, C.D. 002Cuaderno n° 1-juzgadoepmsbogotá

de su falta, reconocer el daño causado y ofrecer actos de reparación, materiales y no materiales.

Incluso ese compromiso se advierte desde el mismo proceso penal en su fase de imposición de la pena, diligenciamiento en el cual, de manera libre y consciente se allanó a los cargos imputados por la fiscalía, logrando las finalidades propuestas con aquella forma de terminación anticipada del trámite, entre otras, humanizar la actuación procesal y la pena y activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito (artículo 348 de la Ley 906 de 2004).

RODRIGO ALDANA LARRAZÁBAL ha mostrado arrepentimiento público por la conducta cometida, como se observa del trámite del incidente de reparación integral adelantado en este proceso, en el que llegó a un acuerdo conciliatorio con la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, en representación de los intereses de la víctima.

En cumplimiento de lo acordado, en declaración divulgada en medios de comunicación de circulación nacional, el penado señaló²⁵:

Este comunicado, es el resultado de un acto de reflexión y reconocimiento de mi falla. Pretendo con él, hacer una manifestación pública de excusas especialmente dirigidas a la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial y la Sociedad en General a quienes defraudé con mis acciones.

²⁵ Los términos del acuerdo conciliatorio, el comunicado transcrito y su efectiva divulgación en medios de comunicación fueron descritos en detalle por la Sala Especial de Primera Instancia de esta Corporación en el auto CSJ SEP024-2022, 30 mar. 2022, rad. 50366, donde se resolvió terminar el incidente de reparación integral por conciliación.

Pretendo entonces expresar mi profundo arrepentimiento pues, con la conducta que llevé a cabo, traicioné la confianza en mí depositada para ejercer mis funciones, en especial, en un tema de tanta trascendencia como resulta ser los procesos de extinción de dominio que constituyen una herramienta determinante en la lucha de especiales manifestaciones delictivas de corrupción.

Entiendo que mi actuar resultó especialmente lesivo para la confianza de nuestra sociedad, por lo que mi intención, a partir de este momento, es la de propender por la excelencia y probidad en la administración judicial, mostrando con mi propio ejemplo, las consecuencias nefastas que se pueden derivar de una ilegítima actuación judicial.

Hago votos [porque] mi condena sea un ejemplo para futuras generaciones de funcionarios y que nuestro país encuentre siempre la excelencia en la Rama Judicial, la cual debe ser conformada por funcionarios que observen siempre los principios de probidad y que dentro de su convicción íntima brillen los valores personales de honestidad, responsabilidad, respeto y eficiencia y, de esta manera convertirse en ejemplo para la sociedad que siempre deberá ser en ellos, personas íntegras, con experiencia y siempre respetuosas de su función, fortaleciendo siempre la buena imagen de la Administración de Justicia.

Tampoco pasa desapercibido que durante el tiempo de privación de la libertad (desde el 22 de abril de 2017), **RODRIGO ALDANA LARRAZÁBAL** se ha ocupado de adelantar de manera constante actividades de estudio y trabajo, lo cual le ha permitido acceder al reconocimiento de redención de pena, a tal punto que, para el momento en que elevó la presente solicitud de libertad condicional, había redimido 10 meses y 26 días de prisión²⁶.

Los anteriores aspectos permiten advertir que el penado no ha permanecido ocioso durante el trámite penitenciario, se ha superado a través de labores educativas, ello denota una actitud de readaptación y enmienda, ha asumido de

²⁶ Cfr. Folio 84, C.D. 003Cuaderno n.º 2-juzgadoepmsbogotá

forma adecuada su permanencia en el centro de reclusión, todo lo cual traduce en un pronóstico favorable de rehabilitación.

De lo expuesto hasta ahora, surgen las siguientes conclusiones:

(i) las consideraciones del *a quo* sobre la gravedad de las conductas cometidas por **RODRIGO ALDANA LARRAZÁBAL** son acertadas, pues en su comisión actuó en contravía de las normas cuyo cumplimiento le correspondía acatar y pese a su condición de funcionario judicial y servidor público, antepuso sus propios intereses a los de la sociedad. Y,

(ii) durante su privación de la libertad, el penado ha honrado sus obligaciones ante las autoridades penitenciarias, tanto en el establecimiento carcelario como en su domicilio, actual sitio de reclusión.

Adicional, ha tenido una conducta ejemplar, cuenta con arraigo social y apoyo familiar, mostró arrepentimiento por su falta y redimió pena a través de la educación, lo cual evidencia que el propósito resocializador de la sanción aflictiva de la locomoción y la expectativa de reinserción social del sentenciado, se vienen observando a cabalidad hasta el momento.

Entonces, contrario a lo afirmado por el *a quo*, como consecuencia de este específico requisito no se muestra

necesario que **RODRIGO ALDANA LARRAZÁBAL** continúe con el cumplimiento total de la pena en prisión.

Luego del examen de cada una de las anteriores exigencias, para la Corte, si bien las conductas punibles ejecutadas son graves, en virtud de lo previsto en el segundo inciso del artículo 4º del Código Penal, según el cual, la prevención especial y la reinserción social son las finalidades que operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión, es dable acceder a la libertad condicional peticionada.

De acogerse la argumentación esgrimida en la providencia recurrida, apuntaría a la imposibilidad de conceder el mecanismo sustitutivo en todos aquellos eventos en que la actuación se siga por delitos contra la administración pública. Precisamente la tipificación de estas conductas como delitos, obedece a ese decoro y reproche que merece a quien se confiere la posibilidad de representar al Estado y que, pese a ello, actúa en contra de la institución a la que sirve.

En ese orden, era imperioso que el juez vigía, hubiese tenido en cuenta, además de lo concerniente a la gravedad de la conducta, el proceso de resocialización del privado de la libertad.

Insístase, el análisis integral revela que, aun cuando se trata de conductas graves, en todo caso, se evidencia que el propósito resocializador de la pena se ha satisfecho, pues es

evidente que, sumado a la significativa proporción de la sanción total superada, el comportamiento del reo durante su reclusión permite predicar razonablemente que el cumplimiento total de la condena en confinamiento no resulta necesario.

6.7.3 De los restantes requisitos

Como quiera que la gravedad de las conductas analizadas, aunado a las funciones y finalidad de la pena impuesta, no conducen a la negativa de conceder la libertad condicional en el caso concreto, bastaría entonces confirmar el cumplimiento de las demás exigencias para acceder a dicho subrogado, descritas en el artículo 64 de la Ley 599 de 2000.

Sobre el particular, el Juzgado Veinte de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá afirmó que **RODRIGO ALDANA LARRAZÁBAL**: (i) cumplió las 3/5 partes de la pena impuesta²⁷, (ii) cuenta con calificación de conducta «ejemplar»²⁸ y resolución favorable expedida por el Consejo de Disciplina del COMEB²⁹, (iii) acreditó debidamente el arraigo

²⁷ Como quiera que la pena finalmente impuesta en la sentencia CSJ SP4238–2021, 22 sep. 2021, rad. 58625 fue de 104 meses y 15 días de prisión, las 3/5 partes equivalen a 62 meses y 21 días, según lo precisó el juzgado de primera instancia en el auto recurrido. Cfr. Folio 85, C.D. 003Cuaderno n.º 2–juzgadoepmsbogotá. En este caso, para la fecha del 2 de marzo de 2022, se acreditó un descuento total de pena de 69 meses y 7 días de prisión.

²⁸ Certificado de Calificación de Conducta n.º 8428351. Cfr. Folio 36, *ib.*

²⁹ Resolución n.º 3741 de noviembre 4 de 2021. Cfr. Folio 37, *ib.*

familiar y social³⁰, y (iv) reparó integralmente a la víctima³¹. Todos estos requisitos se corroboran del examen del expediente digital³².

6.7.4 En suma, al no estimarse necesaria la culminación de la totalidad de la pena en prisión, sumado a que convergen los requisitos establecidos en el artículo 64 del Código Penal, modificado por el canon 30 de la Ley 1709 de 2014, se revocará la decisión de primera instancia y, en su lugar, se concederá la libertad condicional a **RODRIGO ALDANA LARRAZÁBAL**.

6.7.5 Para hacer efectivo el mecanismo sustitutivo, el sentenciado deberá garantizar la satisfacción de las obligaciones contenidas en el precepto 65 del Código Penal durante el periodo de prueba que será equivalente al tiempo que resta para el cumplimiento de la pena, mediante la constitución de caución prendaria equivalente a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes que deberá consignar en cuenta de depósitos judiciales a nombre del Juzgado Veinte de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá o garantizar su pago a través de póliza de seguros.

³⁰ Cfr. Folios 342 a 345, *ib.* Informe de la asistente social del Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, de fecha 18 de junio de 2021

³¹ Según certificación n.º 02070-2019 del 26 de diciembre de 2019, suscrita por la Secretaría Técnica del Comité Nacional de Defensa Judicial y Conciliación de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

³² En específico, de la C.D. 003Cuaderno n.º 2-juzgadoepmsbogotá, folios 1 a 150.

Aunque el tiempo que falta para el cumplimiento de la pena es inferior a tres años (30 meses y 13 días), la Sala no considera necesario aumentarlo hasta en otro tanto, conforme lo faculta el inciso final del artículo 64 ejusdem.

El eventual incumplimiento de los anotados compromisos acarreará la revocatoria del mecanismo sustitutivo y conducirá a la ejecución inmediata de la pena en el establecimiento penitenciario dispuesto por el INPEC.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

PRIMERO: Revocar el auto de marzo 2 de 2022, proferido por el Juzgado Veinte de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, mediante el cual negó la libertad condicional al sentenciado **RODRIGO ALDANA LARRAZÁBAL**.

SEGUNDO: Conceder a **RODRIGO ALDANA LARRAZÁBAL** la libertad condicional solicitada, previo pago de la caución prendaria o de su garantía a través de póliza de seguros y la suscripción del acta de compromiso, por un periodo de prueba equivalente al tiempo que resta para el cumplimiento de la pena, conforme se expuso en la parte motiva de esta decisión, lo que deberá verificar la autoridad judicial que vigila el cumplimiento de la pena.

TERCERO: Remitir copia de este proveído al Establecimiento Penitenciario y Carcelario por cuenta del cual se encuentra el interno, para fines de consulta y para que se anexe a su respectiva hoja de vida.

CUARTO: Advertir que contra esta decisión no proceden recursos

Notifíquese y cúmplase.


FABIO OSPITIA GARZÓN
PRESIDENTE


JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA


MYRIAM ÁVILA ROLDÁN



FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

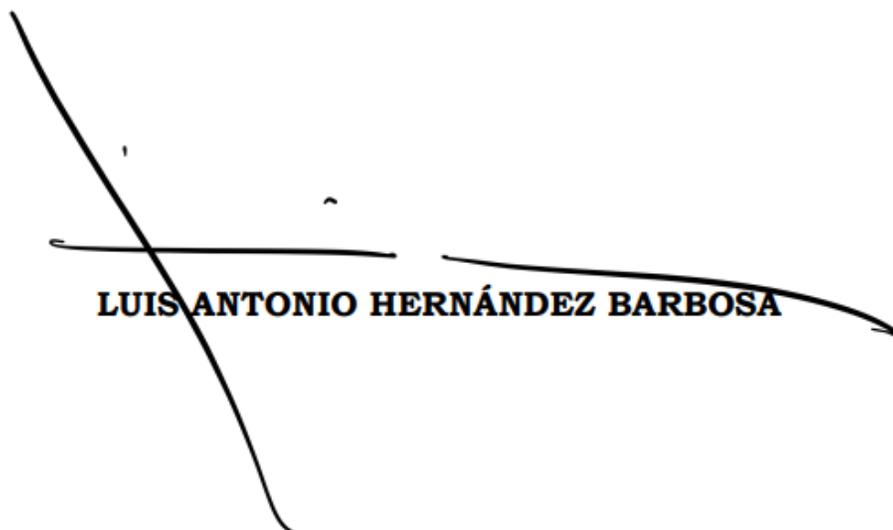


Sal

GERSON CHAVERRA CASTRO



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
SECRETARIA

Sala Casación Penal 2022