

 Universidad Francisco de Paula Santander Ocaña - Colombia Vigencia Minutoeducación	UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA			
	Documento	Código	Fecha	Revisión
	FORMATO HOJA DE RESUMEN PARA TRABAJO DE GRADO	F-AC-DBL-007	10-04-2012	A
	Dependencia	Aprobado	Pág.	
DIVISIÓN DE BIBLIOTECA	SUBDIRECTOR ACADEMICO	i(72)		

RESUMEN – TRABAJO DE GRADO

AUTORES	LUIS HENRRY RICO SÁNCHEZ LEINY LICETH TAMAYO CONTRERAS
FACULTAD	FACULTAD DE EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES
PLAN DE ESTUDIOS	PLAN DE ESTUDIOS DE DERECHO
DIRECTOR	EDGAR RIVERO SÁNCHEZ
TÍTULO DE LA TESIS	CRITERIOS DEL OPERADOR JUDICIAL PARA OTORGAR LA PRISIÓN DOMICILIARIA COMO SUSTITUTIVA DE LA PENA DE PRISIÓN FRENTE A LOS TIPOS PENALES CONTEMPLADOS EN LOS ARTÍCULOS 365 Y 376 DE LA LEY 599 DE 2000 EN OCAÑA NORTE DE SANTANDER

RESUMEN

(70 palabras aproximadamente)

ESTA MONOGRAFÍA ANALIZA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PENAL LO CONCERNIENTE A LA DECISIÓN JUDICIAL Y CRITERIOS QUE TIENEN LOS OPERADORES JURÍDICOS DEL MUNICIPIO DE OCAÑA EN LA TOMA DE DECISIONES DE CONCESIÓN DE SUBROGADOS PENALES FRENTE A LOS TIPOS PENALES CONTEMPLADOS EN LOS ARTÍCULOS 365 Y 376 DE LA LEY 599 DE 2000, DONDE SE ANALIZA LA PROHIBICIÓN CONTEMPLADA A NIVEL LEGAL DE CONCEDER BENEFICIOS Y LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE ESTOS POR PARTE DE LOS OPERADORES JURÍDICOS.

CARACTERÍSTICAS

PÁGINAS: 60	PLANOS:	ILUSTRACIONES: 3	CD-ROM: 1
-------------	---------	------------------	-----------



Vía Acolsure, Sede el Algodonal, Ocaña, Colombia - Código postal: 546552
 Línea gratuita nacional: 01 8000 121 022 - PBX: (+57) (7) 569 00 88 - Fax: Ext. 104
 info@ufpso.edu.co - www.ufpso.edu.co

**CRITERIOS DEL OPERADOR JUDICIAL PARA OTORGAR LA PRISIÓN
DOMICILIARIA COMO SUSTITUTIVA DE LA PENA DE PRISION FRENTE A LOS
TIPOS PENALES CONTEMPLADOS EN LOS ARTÍCULOS 365 Y 376 DE LA LEY 599
DE 2000 EN OCAÑA NORTE DE SANTANDER**

AUTORES:

LUIS HENRRY RICO SANCHEZ

LEINY LICETH TAMAYO CONTRERAS

**Trabajo de grado modalidad monografía presentado para obtener el título de
abogados**

DIRECTOR:

EDGAR RIVERO SANCHEZ

UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA

FACULTAD DE EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES

PLAN DE ESTUDIOS DE DERECHO

Ocaña, Colombia

Noviembre, 2017

Índice

Capítulo 1. Criterios del operador judicial para otorgar la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión frente a los tipos penales contemplados en los artículos 365 y 376 de la ley 599 de 2000 en Ocaña, Norte de Santander 10

1.1 Formulación del problema	10
1.1.1 Planteamiento del problema.....	10
1.1.2 Problema jurídico.....	16
1.2. Objetivos	16
1.2.1 Objetivo general.....	16
1.2.2 Objetivos específicos	17
1.3. Justificación	17
1 4. Delimitaciones	21
1.4.1 Delimitación Conceptual	21
1.4.2 Delimitación Geográfica.....	21
1.4.3 Delimitación Temporal	21
1.4.4 Delimitación Operativa.....	21

Capítulo 2. Marco referencial 23

2.1 Marco conceptual.....	23
2.1.1 Criterios.....	23
2.1.1 Prisión domiciliaria y su diferencia con la Medida de Aseguramiento	23
2.1.2 Common Law.....	28
2.1.3 Civil Law	28
2.1.4 Sistema Penal.....	30
2.1.5 Pruebas.....	32
2.2. Marco teórico.....	32
2.3. Marco histórico.....	34
2.3.1 Las medidas de seguridad en la edad antigua.	34

2.3.2. Las medidas de seguridad en la edad media	34
2.3.3 Desarrollo de la Ley penal en Colombia.....	35
2.3.4. La prisión domiciliaria en Colombia.	36
2.4 Marco legal	37
2.4.1 Normatividad Internacional	38
2.4.2 Normatividad constitucional.....	40
2.4.3 Normatividad Legal	42
Capítulo 3. Diseño Metodológico.....	49
3.1 Metodología de la investigación.	49
3.1.1 Tipo de investigación.....	49
3.1.2 Enfoque de la investigación.....	49
3.1.3 Fuentes	49
3.1.4 Técnicas de recolección de información.....	50
3.1.5 Tratamiento de la información.....	50
Capítulo 4. Resultados de la investigación.....	51
4.1 Estudio de los fundamentos legislativos que llevaron a la expedición de la Ley 1773 de 2016 y las interpretaciones que se ha dado a este marco legal por parte de la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia	51
4.1.1 La Política criminal en la expedición de leyes.....	51
4.1.2 La Libertad de configuración legislativa en la Política Criminal e Colombia.....	53
4.1.3 Antecedentes de la Ley 1773 de 2016	56
4.1.4 Pronunciamientos jurisprudenciales entorno a la redención de la pena	58
4.2 Criterios que tienen en cuenta los operadores jurídicos del municipio de Ocaña, Norte de Santander para otorgar la prision domiciliaria frente a los tipos penales contemplados en los artículos 365 y 376 de la ley 599 de 2000	61
4.2.1 Entrevista a los Jueces penales del circuito de Ocaña	63
Conclusiones.....	68

Referencias bibliográficas 70

Lista de tablas

Tabla 1 Diferencia entre medida de aseguramiento y prisión domiciliaria....**¡Error! Marcador no definido.**

Tabla 2 Entrevista al juez primero penal del circuito..... **¡Error! Marcador no definido.**

Tabla 3 Entrevista al juez segundo penal del circuito de Ocaña ... **¡Error! Marcador no definido.**

Lista de figuras

Figura 1. Teorías que avalan las medidas preventivas de la libertad	33
Figura 2 Desarrollo legal del derecho penal en Colombia	36

Capítulo 1. Criterios del operador judicial para otorgar la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión frente a los tipos penales contemplados en los artículos 365 y 376 de la ley 599 de 2000 en Ocaña, Norte de Santander

1.1 Formulación del problema

1.1.1 Planteamiento del problema.

En Colombia el régimen jurídico que ha permitido la conformación de los diferentes estatutos legales ha sido producto de diferentes sistemas jurídicos donde encontramos aquellos que nacen del Civil Law y han tenido su influencia en ámbitos como el derecho laboral, civil o comercial. Y la corriente del Common Law de raíces del sistema inglés que tiene sus principales afluentes en el sistema jurídico norte americano y ha permeado el sistema jurídico colombiano principalmente en la consagración de la ley 906 del 2004 actual Código Procesal Penal.

Mediante dicho código procesal se da aplicación al derecho sustancial que contempla un sinnúmero de delitos bajo el marco normativo de la Ley 599 de 2000, dentro de los cuales se encuentran los delitos contemplados en los artículos 365 y 376 de la ley 599 de 2000 que expresan:

Acordes a lo anterior, se observa que a lo largo de la implementación y aplicación del sistema penal acusatorio regido bajo la Ley 906 de 2004, ha tenido gran protagonismo la comisión de los delitos contemplados en los artículos 365 Y 376 de la ley 599 de 2000 que expresan:

Artículo 365. *Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones.* El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare, porte o tenga en un lugar armas de fuego de defensa personal, sus partes esenciales, accesorios esenciales o municiones, incurrirá en prisión de nueve (9) a doce (12) años.

En la misma pena incurrirá cuando se trate de armas de fuego de fabricación hechiza o artesanal, salvo las escopetas de fisto en zonas rurales.

La pena anteriormente dispuesta se duplicará cuando la conducta se cometa en las siguientes circunstancias

1. Utilizando medios motorizados.
2. Cuando el arma provenga de un delito.
3. Cuando se oponga resistencia en forma violenta a los requerimientos de las autoridades.
4. Cuando se empleen máscaras o elementos similares que sirvan para ocultar la identidad o la dificulten.
5. Obrar en coparticipación criminal.
6. Cuando las armas o municiones hayan sido modificadas en sus características de fabricación u origen, que aumenten su letalidad.
7. Cuando el autor pertenezca o haga parte de un grupo de delincuencia organizado.

Artículo 376. *Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.* El que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en

los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas, incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a trescientos sesenta (360) meses y multa de mil trescientos treinta y cuatro (1.334) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cantidad de droga no excede de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o veinte (20) gramos de derivados de la amapola, doscientos (200) gramos de droga sintética, sesenta (60) gramos de nitrato de amilo, sesenta (60) gramos de ketamina y GHB, la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses de prisión y multa de dos (2) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cantidad de droga excede los límites máximos previstos en el inciso anterior sin pasar de diez mil (10.000) gramos de marihuana, tres mil (3.000) gramos de hachís, dos mil (2.000) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o sesenta (60) gramos de derivados de la amapola, cuatro mil (4.000) gramos de droga sintética, quinientos (500) gramos de nitrato de amilo, quinientos (500) gramos de ketamina y GHB, la pena será de noventa y seis (96) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y multa de ciento veinte y cuatro (124) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Las sanciones previstas en este artículo, no aplicarán para el uso médico y científico del cannabis siempre y cuando se tengan las licencias otorgadas, ya sea por el Ministerio de Salud y Protección Social o el Ministerio de Justicia y del Derecho, según sus competencias.

Según el Informe Estadístico diciembre 2016, elaborado por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) a través de la oficina Asesora de Planeación y el Grupo Estadística, muestra que al finalizar el año 2016, las cinco trasgresiones a la ley de mayor ocurrencia fueron: Hurto (29.205), Homicidio (28.774), *trafico fabricación o porte de estupefacientes (24.468), fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones (23.883)* y concierto para delinquir (18.532). (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Acordes a lo anterior, se observa que a lo largo de la implementación y aplicación del sistema penal acusatorio regido bajo la Ley 906 de 2004, ha tenido gran protagonismo la comisión de los delitos contemplados en los artículos 365 y 376 de la Ley 599 de 2000.

Ubicados en el anterior contexto ideológico y teniendo en cuenta por una parte la sanción de la Ley 1709 de 2014 que en lo correspondiente a la prisión domiciliaria modifico el artículo 38 del Código Penal, y, por otra parte la Sanción de la ley 1773 de 2016 que en lo correspondiente a beneficios y subrogados penales modifico el segundo inciso del Artículo 68A de la Ley 599 de 2000, los cuales expresan:

Artículo 38. *La prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión.* La prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión consistirá en la privación de la libertad en el lugar de residencia o morada del condenado o en el lugar que el Juez determine.

El sustituto podrá ser solicitado por el condenado independientemente de que se encuentre con orden de captura o privado de su libertad, salvo cuando la persona haya evadido voluntariamente la acción de la justicia.

Parágrafo. La detención preventiva puede ser sustituida por la detención en el lugar de residencia en los mismos casos en los que procede la prisión domiciliaria. En estos casos se aplicará el mismo régimen previsto para este mecanismo sustitutivo de la prisión.

Artículo 38B. *Requisitos para conceder la prisión domiciliaria.* Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria:

1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.

2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68^a de la Ley 599 de 2000.

3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado.

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

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

a) No cambiar de residencia sin autorización, previa del funcionario judicial;

b) Que dentro del término que fije el juez sean reparados los daños ocasionados con el delito. El pago de la indemnización debe asegurarse mediante garantía personal, real, bancaria o mediante acuerdo con la víctima, salvo que demuestre insolvencia;

c) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello;

d) Permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión. Además, deberá cumplir las condiciones de seguridad que le hayan sido impuestas en la sentencia, las contenidas en los reglamentos del Inpec para el cumplimiento de la prisión domiciliaria y las adicionales que impusiere el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

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

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

importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal.

Se hace pertinente analizar en la presente investigación cuales son los criterios del operador judicial para otorgar la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión frente a los tipos penales contemplados en los artículos 365 y 376 de la ley 599 de 2000, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares y los delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes; es decir, que estos son delitos sin beneficios en la legislación penal colombiana.

1.1.2 Problema jurídico

¿Qué criterios debe tener en cuenta el operador judicial para otorgar la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión frente a los tipos penales contemplados en los artículos 365 y 376 de la ley 599 de 2000, en el municipio de Ocaña, Norte de Santander?

1.2. Objetivos

1.2.1 Objetivo general.

Determinar los criterios del operador jurídico en el sistema penal colombiano para decretar el beneficio de la prisión domiciliaria como mecanismo sustitutivo de la pena, frente a los tipos penales contemplados en los artículos 365 y 376 de la ley 599 de 2000, en el municipio de Ocaña, Norte de Santander.

1.2.2 Objetivos específicos

Realizar un estudio de los fundamentos legislativos que llevaron a la expedición de la Ley 1773 de 2016 y las interpretaciones que se ha dado a este marco legal por parte de la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia y las salas penales de tribunales, como el tribunal de Medellín.

Recopilar los criterios que tienen en cuenta los operadores jurídicos del municipio de Ocaña, Norte de Santander para otorgar la prisión domiciliaria frente a los tipos penales contemplados en los artículos 365 y 376 de la ley 599 de 2000.

1.3. Justificación

El Catatumbo es una subregión ubicada en el departamento Norte de Santander, conformada por 11 municipios: Abrego, Convención, El Carmen, El tarra, Hacarì, La Playa, San Calixto, Sardinata, Teorama, Tibù y Ocaña.

Esta zona colombiana se ha destacado por ser cuna de distintos grupos armados al margen de la ley, como las FARC, el ELN, el EPL, pues sus excelentes condiciones climáticas y la idoneidad de sus suelos facilitan el cultivo de la hoja de coca a gran escala, que se constituye como la materia prima primordial para el desarrollo de su actividad económica principal que son el cultivo, procesamiento y comercialización de estupefacientes, para lo cual tienen diseñadas rutas estratégicas para el tráfico y exportación de las mismas; es por ello; que la disputa del dominio del territorio con otros grupos armados ilegales como los paramilitares que convergen en esta región es muy marcada.

Dentro de las consecuencias que este problema genera se encuentran desde luego, el abandono del Estado hacia este territorio, lo que ha favorecido el auge de la violencia, la pobreza, la inseguridad, los altos índices de narcotráfico; entre otros factores que han propendido a que este sea un territorio como zona roja.

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos decir entonces, que Ocaña se encuentra situada en el corazón del Catatumbo, lo cual ha contribuido a que el municipio se vea afectado de manera directa; de un lado, porque debido a su ubicación geográfica este se ha convertido en un corredor de paso utilizado para el transporte y comercialización de dichos estupefacientes, y de otro lado, porque el miedo y la inseguridad que agobia a los habitantes al ser considerada una “zona roja”, ejercen influencia sobre la necesidad de portar sus propias medidas de protección personal, repercutiendo esto en la trasgresión de la normatividad penal en delitos tales como son el tráfico de estupefacientes y el porte de armas, acrecentando uno de los mayores problemas que afrontan los distintos establecimientos carcelarios en el país como lo es la sobrepoblación que viven los internos.

La comisión de una conducta punible trae como consecuencia jurídica la imposición de una pena por parte del Estado quien posee la facultad sancionatoria “ius puniendi” como forma de castigo a quien quebrante la ley penal, es decir qué; la pena es un medio utilizado para reaccionar frente al delito. Al respecto la Corte Constitucional ha manifestado que:

La imposición de la pena, además de su carga sancionatoria y de cumplir una función disuasiva que inhiba a las personas de incurrir en conductas punibles con el fin de preservar la convivencia armónica y pacífica de los asociados, debe incorporar una dimensión resocializadora que permita reincorporar al autor del delito a la sociedad, para que pueda de nuevo ser parte

activa de la misma una vez cumplida su pena, en iguales condiciones que los demás ciudadanos. (Sentencia C-329 de 2003, MP Álvaro Tafur Galvis).

Dentro de las penas que se pueden imponer tal y como lo consagran las disposiciones del Código Penal tenemos las Penas principales entre las que encontramos la privativa de la libertad de prisión y la pecuniaria de multa y Penas sustitutivas dentro de las cuales tenemos la prisión domiciliaria; es decir, que la legislación colombiana contempla la prisión domiciliaria como mecanismo sustitutivo de la pena de prisión, otorgándole al condenado la posibilidad de cumplir la pena privativa de la libertad en el domicilio, permitiéndole un grado más alto de libertad de locomoción de la que pueda tener en un centro penitenciario siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos por el legislador, dentro de los cuales se encuentran entre otros, que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2º del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.

De este modo, si bien el sistema penal acusatorio es relativamente nuevo ya que comenzó a regir en Colombia en el año 2005 y específicamente en Norte de Santander en el año 2008, podemos decir que al día de hoy hay jurisprudencia y doctrina que permiten entender las diferentes disposiciones procesales propias de un sistema acusatorio que han repercutido en los operadores en general y de Ocaña en particular a la hora de tomar las decisiones correspondientes a los beneficios de prisión domiciliaria de los culpables de los delitos de mayor concurrencia local, como son el porte ilegal de armas y el tráfico de estupefacientes y porte ilegal de armas.

De igual forma se debe resalta que, si bien el sistema penal acusatorio es relativamente nuevo ya que comenzó a regir en Colombia que a en el año 2005 y específicamente en Norte de

Santander en el año 2008, podemos decir que al día de hoy hay gran jurisprudencia y doctrina que permiten entender las diferentes disposiciones procesales propias de un sistema acusatorio. Que han repercutido en los operadores judiciales en general y de Ocaña en particular a la hora de tomar las decisiones correspondientes a los beneficios de prisión domiciliaria de los culpables de los delitos de mayor concurrencia local, como son el porte de armas y el tráfico de estupefacientes.

No obstante también existen temas poco abordados como los correspondientes a los criterios que tienen en cuenta los operadores jurídicos para brindar los subrogados penales como mecanismos sustitutivos de la prisión intramural, por lo cual se permitirá en la presente investigación ahondar en reglas de la ciencia, la experiencia y la lógica propias de la interpretación probatoria, las cuales permitirán al juez tomar importantes decisiones, entre otras las concernientes a el otorgamiento de la prisión domiciliaria en los delitos de tráfico de estupefacientes y porte ilegal de armas.

Igualmente, el desarrollo de esta investigación permite que como estudiantes ahondemos en temas poco desarrollados en nuestra universidad como es lo correspondiente a la cátedra del derecho probatorio, ya que toda la investigación gira en torno a las pruebas, la cantidad e idoneidad probatoria; que necesita el operador jurídico para llegar a la toma de su decisión, que permitirá satisfacer los criterios que se deben tener en cuenta por los jueces en general y en particular los operadores judiciales en lo penal del municipio de Ocaña, Norte de Santander.

Para terminar este trabajo propende aportar nuevos cimientos en la interpretación legislativa del marco regulado bajo la Ley 1773 de 2016 y las interpretaciones que se ha dado a

este marco legal por parte de la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia y las salas penales de tribunales, como el tribunal de Medellín.

1 4. Delimitaciones

1.4.1 Delimitación Conceptual

Nuestra investigación tiene como conceptos importantes a desarrollar para el cabal entendimiento del tema los siguientes:

Criterios, Prisión domiciliaria y su diferencia con la medida de aseguramiento, Common Law, Civil Law, Sistema Penal, Pruebas.

1.4.2 Delimitación Geográfica

El análisis del presente trabajo se desarrollará a nivel nacional en lo que corresponde al análisis de los pronunciamientos e interpretaciones de la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia. No obstante, se desarrollará el trabajo de campo acorde a los criterios de los operadores jurídicos para otorgar la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión frente a los delitos contemplados en los artículos 365 y 367, en el municipio de Ocaña, Norte de Santander.

1.4.3 Delimitación Temporal

El desarrollo se llevará a cabo en el término de 8 semanas. Acordes con el cronograma que se incorporara en el anteproyecto

1.4.4 Delimitación Operativa

La investigación se realizará a través del análisis documental principalmente en la jurisdicción penal a través de pronunciamientos por parte de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia sala penal y salas penales de tribunales, como el tribunal de Medellín.

De igual forma, será material de análisis las sentencias proferidas en el municipio de Ocaña, donde se determinen los criterios e interpretaciones en que se han basado los operadores jurídicos para decretar la prisión domiciliaria en los delitos de tráfico de estupefacientes y porte de armas.

Capítulo 2. Marco referencial

2.1 Marco conceptual

En el desarrollo del presente marco conceptual, desarrollara los conceptos que hacen parte de la delimitación conceptual, los cuales son pertinentes para un completo desarrollo de esta investigación.

2.1.1 Criterios

Según la definición dada al término criterio por Pérez & Marino, (2009) expresan que “tiene su origen en un vocablo griego que significa –Juzgar-. El criterio es el juicio o discernimiento de una persona” este discernimiento, es en sí, un juicio de valor o una interpretación subjetiva, que se da, una vez analizadas las cualidades de un objeto o sujeto.

En el ámbito jurídico, los criterios, están relacionados con las decisiones judiciales, las cuales emiten los operadores jurídicos a través de autos o sentencias, teniendo repercusión los criterios tomados por el juez en la valoración de las pruebas.

2.1.1 Prisión domiciliaria y su diferencia con la Medida de Aseguramiento

La pena de prisión, ha trascendido a nivel histórico, haciendo parte de los antecedentes del castigo, encontrándose esta en primer lugar como medio de control en la edad media, donde se castigaba a quienes no seguían la religión católica, trascendiendo este medio de castigo al ámbito penal, consistente en una privación de la libertad corporal a quien se halle culpable de un delito, quien deberá cumplir su condena en un establecimiento penitenciario “cárcel”, para cumplir con los fines de la pena que permite la protección del condenado así como la reinserción social y la protección a la comunidad.

Entendido el concepto anterior, entonces podemos decir, que la prisión domiciliaria es un mecanismo sustitutivo de la pena de prisión contemplado en la legislación penal colombiana, que permite que quien ha sido condenado a la pena de prisión se le pueda cambiar o sustituir el lugar de la privación de la libertad, de un establecimiento penitenciario, se pasa a cumplir la pena privativa en el domicilio.

No obstante, como medida preliminar se ha estipulado la medida de aseguramiento, estando supeditada al transcurso del proceso penal, y siendo la pena de prisión, la medida final y general para castigar al sujeto activo en la comisión de un tipo penal.

Según nuestro ordenamiento jurídico, la medida de aseguramiento busca evitar riesgos de carácter esencialmente procesal, que afecte en la administración de justicia. Dentro de estos riesgos se encuentran (i) la probabilidad de no comparecencia u obstrucción de la justicia, (ii) el peligro para la comunidad, (iii) el peligro para las víctimas. No obstante, ha dicho la corte constitucional respecto a las medidas de aseguramiento que:

Deben someterse al cumplimiento de estrictas exigencias fundamentales que estructuran su legalidad, a saber: (i) deben ser decretadas por intermedio de una autoridad judicial, en el desarrollo de un proceso al cual acceden o accederán; (ii) con carácter eminentemente provisional o temporal; y (iii) bajo el cumplimiento de los estrictos requisitos que la Constitución y la ley prevén. Adicionalmente, (iv) deben estar fundamentadas en alguna de las finalidades constitucionalmente admisibles para su imposición. El artículo 250 numeral 1° de la Constitución destaca el criterio de necesidad como guía que debe orientar la imposición de una medida de aseguramiento, parámetro que se encuentra a su vez vinculado a las tres finalidades allí establecidas: (i) asegurar la comparecencia de los imputados al proceso penal; (ii) la conservación de la prueba; y (iii) la protección de la comunidad, en especial de las víctimas. (Sentencia C 318 de 2008, MP Dr. Jaime Córdoba Triviño)

De acuerdo a lo anterior la medida de aseguramiento es una medida preventiva diferente a la prisión domiciliaria, en esta diferencia, se encuentra:

Tabla 1.*Diferencia entre medida de aseguramiento y prisión domiciliaria*

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO O DETENCIÓN PREVENTIVA	PRISIÓN DOMICILIARIA
LEY 906 DE 2004	LEY 906 DE 2004
<p>Artículo 313. Procedencia de la detención preventiva. Satisfechos los requisitos señalados en el artículo <u>308</u>, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados. 2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años. 3. En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal, cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes. 4. <Numeral modificado por el artículo <u>7</u> de la Ley 1826 de 2017. Rige a partir del 12 de julio de 2017, consultar en Legislación Anterior el texto vigente hasta esta fecha. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando la persona haya sido capturada por conducta 	<p>Artículo 461. Sustitución de la ejecución de la pena. El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad podrá ordenar al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario la sustitución de la ejecución de la pena, previa caución, en los mismos casos de la sustitución de la detención preventiva.</p> <p style="text-align: center;">LEY 599 DE 2000</p> <p>Artículo 38. La prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión. La prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión consistirá en la privación de la libertad en el lugar de residencia o morada del condenado o en el lugar que el Juez determine.</p> <p>El sustituto podrá ser solicitado por el condenado independientemente de que se encuentre con orden de captura o privado de su libertad, salvo cuando la persona haya evadido voluntariamente la acción de la justicia.</p> <p>PARÁGRAFO. La detención preventiva puede ser sustituida por la detención en el</p>

constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso de los tres años anteriores, contados a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente.

En el supuesto contemplado por el inciso anterior, se entenderá que la libertad del capturado representa peligro futuro para la sociedad en los términos de los artículos 308 y 310 de este código.

lugar de residencia en los mismos casos en los que procede la prisión domiciliaria. En estos casos se aplicará el mismo régimen previsto para este mecanismo sustitutivo de la prisión.

Artículo 38B. Requisitos para conceder la prisión domiciliaria. Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria:

1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.
2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.
3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado.
En todo caso corresponde al juez de conocimiento, que imponga la medida, establecer con todos los elementos de prueba allegados a la actuación la existencia o inexistencia del arraigo.
4. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:

- a) No cambiar de residencia sin

autorización, previa del funcionario judicial;

b) Que dentro del término que fije el juez sean reparados los daños ocasionados con el delito. El pago de la indemnización debe asegurarse mediante garantía personal, real, bancaria o mediante acuerdo con la víctima, salvo que demuestre insolvencia;

c) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello;

d) Permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión. Además deberá cumplir las condiciones de seguridad que le hayan sido impuestas en la sentencia, las contenidas en los reglamentos del Inpec para el cumplimiento de la prisión domiciliaria y las adicionales que impusiere el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

Nota. La tabla presenta la diferencia entre la medida de aseguramiento y la prisión intramural, analizándose el marco legal del sistema procesal colombiano (Ley 906 de 2004)

Del anterior marco, se concluye que, la detención domiciliaria tiene que ver con el decurso del proceso; la prisión domiciliaria, con el proferimiento del fallo, y la sustitución de la pena, con la efectividad corporal de esta. Se trata, entonces, de fenómenos jurídicos bien diversos, que cumplen funciones en diferentes momentos de la actuación procesal.

2.1.2 Common Law

Hablar de Common Law es referirse a una corriente de interpretación jurídico normativa la cual es propia de países que adoptan el derecho anglosajón son por lo general aquellos que formaron parte de las colonias y protectorados ingleses, incluyendo a los Estados Unidos. Las características del derecho anglosajón incluyen:

1. No siempre existe una constitución escrita o leyes codificadas;
2. Generalmente, todo está permitido si no está prohibido por ley.

Por lo general, un sistema de derecho anglosajón existe un predominio jurisprudencia el cual se impone por encima de la ley y es menos preceptivo que un sistema de derecho civil. Frente a lo cual se ha dicho que el Common Law es el gran avance en esta materia procede del mundo anglosajón y sobre todo norteamericano, que con las llamadas «exclusory rules», las «Miranda rules», la prohibición de «utilización de los frutos del árbol prohibido» y su teoría del «due process» y de la «fairness» ha influenciado enormemente la teoría y la praxis del proceso penal en los países regidos por el sistema procesal continental europeo; una buena recopilación de las principales sentencias en esta materia de la Corte Suprema de los Estados Unidos puede ver en el libro «Criminal Justice Decisions of the United States Supreme Court», editado por Maureen Harrison y Steve Gilbert, Carlsbad, California (para una clara y breve exposición en idioma español sobre el derecho a no declarar o a no declararse culpable en el proceso penal americano. (Muñoz Conde, 2009)

2.1.3 Civil Law

En lo que respecta al sistema jurídico de interpretación normativa, corriente del Civil Law podemos decir que los países que se rigen bajo un sistema de derecho civil son típicamente

aquellos que fueron colonias o protectorados franceses, holandeses, alemanes, españoles o portugueses, incluyendo varios de Centroamérica y Sudamérica, así mismo como la mayoría de Europa Central, Oriental y Asia del Este.

No obstante, el sistema de derecho civil es un sistema de leyes codificadas. Su origen es el derecho romano. Las características del sistema del derecho civil es que “Generalmente, existe una constitución escrita basada en códigos de la ley específicos”. Finalmente un sistema de derecho civil es más preceptivo que un sistema de derecho anglosajón, frente a lo que se ha pronunciado Muñoz Conde, (2009) expresando que el sistema de derecho civil es un sistema de leyes codificadas. Su origen es el derecho romano. Las características del sistema del derecho civil incluyen son las siguientes:

- Generalmente, existe una constitución escrita basada en códigos de ley específicos (por ejemplo, códigos que cubren el derecho corporativo, el derecho administrativo, el derecho arancelario y el derecho constitucional) consagrando derechos y responsabilidades básicas. Sin embargo, el derecho administrativo tiende a ser menos codificado y los jueces del derecho administrativo se comportan más como jueces del Common Law.
- Only legislative enactments are considered binding for all. There is little scope for judge-made law in civil, criminal and commercial courts, although in practice judges tend to follow previous judicial decisions; consitutional and administrative courts can nullify laws and regulations and their decisions in such cases are binding for all. Solamente las promulgaciones legislativas son consideradas con fuerza de ley. Los jueces tienen poco alcance...

- En algunos sistemas, como Alemania, las publicaciones de catedráticos del derecho tienen una influencia significativa en las cortes.
- Courts specific to the underlying codes – there are therefore usually separate constitutional court, administrative court and civil court systems that opine on consistency of legislation and administrative acts with and interpret that specific code;
falta traducir
- Existe menos libertad para contratar - Por ley, hay muchas provisiones implícitas dentro del contrato y las partes no pueden contratar fuera de ciertas provisiones.(p.12)

Un sistema de derecho civil es más preceptivo que un sistema de derecho anglosajón. Sin embargo, el gobierno aún debe considerar si se necesita una legislación específica para que ya sea límite el alcance de cierta restricción o de una legislación específica para un sector, para permitir el éxito del proyecto de infraestructura.

2.1.4 Sistema Penal

El sistema penal es constitutivo de representaciones y relaciones sociales, de políticas públicas, de discursos de poder, e incluso de su propia configuración lingüística, la ley penal; en suma representa lo cotidiano de las sociedades actuales. Por ello resulta necesario evaluar el estado del sistema penal y el papel que juega en la democratización del poder punitivo. (Salcedo Arosquipa, 2008). Siguiendo esa línea de interpretación encontramos que:

Cuando las instancias informales del control social fracasan o el comportamiento del individuo reviste una particular relevancia social o gravedad, La sociedad se ve obligada a recurrir al mecanismo artificial del sistema penal a fin de controlar lo que los medios naturales

no pueden. El sistema penal es el control social punitivo institucionalizado. Este sistema emerge como medio desocialización sustitutivo sólo cuando los mecanismos primarios del control social informal fracasan. (Salcedo Arosquipa, 2008)

Acordes con lo anterior el sistema penal es el conjunto de relaciones y procesos derivados del ejercicio de la facultad punitiva del Estado. Lo que permite tomar en cuenta relaciones "del control penal" que no estén dentro de los límites jurídicos "fuera del límite", con lo que cabe más allá del control formalizado tener en cuenta al control punitivo no formalizado, al que opera bajo el sistema penal subterráneo, es decir, aquel que implica una punición (restricción o supresión relevante de derechos humanos). (Orlando Gomez , 1998). La asunción de esta noción de sistema permite evidenciar entonces la relevancia política de la relación deregulación del Derecho Limitador y delimitador sobre el poder punitivo, contextualizando en el escenario social la intervención punitiva.

Finalmente el sistema penal está configurado, entonces, mediante procesos de creación de un ordenamiento jurídico específico, constituido por leyes de fondo penales y de forma procesales. Pero, asimismo, se ha dicho que:

En la aplicación del sistema penal debe necesariamente existir unas instancias de aplicación de ese aparato legislativo, con la misión de concretar ensituaciones, comportamientos y actores cuándo se comete un delito y cómo este se controla. El sistema penal estático o abstracto designa aquel nivel de los sistemas penales que únicamente se ocupan (por parte de los juristas) de la producción y estudio del sistema de preceptos, reglas o normas que definen los conceptos de delito y pena. (Salcedo Arosquipa, 2008)

2.1.5 Pruebas

En lo que respecta a las pruebas podemos decir que son los ensayos que se hacen para saber cómo resultará algo en su forma definitiva, o los argumentos y medios que pretenden demostrar la verdad o falsedad de algo. Una prueba también puede ser una evaluación o un examen que se hace para que alguien demuestre sus conocimientos y aptitudes sobre una cierta materia.

En materia jurídica las pruebas constituyen el fundamento de las demandas, de las pretensiones, es decir, de las peticiones al juez dentro del proceso las cuales son cumbre de la decisión judicial para Carnelutti, (2004):

Los hechos que el juez mira o escucha se llaman pruebas. Las pruebas (de probare) son hechos presentes sobre los cuales se construye la probabilidad de la existencia o inexistencia de un hecho pasado; la certeza se resuelve, en rigor, en una máxima probabilidad. Un juicio sin pruebas no se puede pronunciar; un proceso no se puede hacer sin pruebas. Todo modo de ser del mundo exterior puede constituir una prueba (p.57-58)

No obstante, ha dicho Azula Camacho, (1998) citando a Mascardo, (s.f) que “la prueba es el alma del proceso”. (p.31).

2.2. Marco teórico

La privación de la libertad ha sido a lo largo de la historia una medida extrema que los defensores del pacto social, elaboraron una completa teoría acerca de la función y de los límites de la pena, lo cual, tuvo en cuenta las consideraciones propias del ser humano en general y del delincuente en particular, y su responsabilidad sobre los actos que para los defensores del pacto social estaba basada principalmente en las ideas del libre albedrío, que con el paso del tiempo y

la interpretación de las normas de conducta humana permitieron la construcción de una lógica sobre el funcionamiento y la justificación del derecho penal.

Las teorías que avalan la pena o medida de aseguramiento, pretenden determinar la función de la sanción penal, que se desarrolla a través del mecanismo de represión jurídico-penal. Es así, como existen cuatro grandes teorías que acogen la teoría de la pena, entre las que se destacan las siguientes.

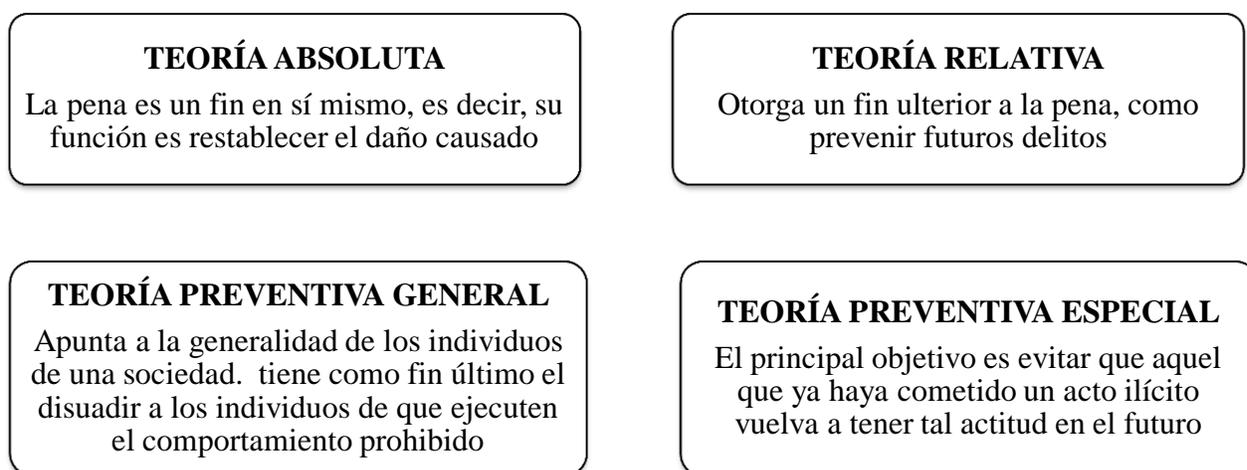


Figura 1. Teorías que avalan las medidas preventivas de la libertad

Frente a las anteriores teorías, el sistema penal colombiano ha consagrado o acogido como funciones de la pena la prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. (Ley 599 de 2000, art 4) al respecto ha manifestado la Corte constitucional que:

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

efectivamente, con el rigor requerido, aquellos delitos abominables. (Sentencias C 565 de 1993, MP Hernando Herrera Vergara)

2.3. Marco histórico

2.3.1 Las medidas de seguridad en la edad antigua.

Al analizar la antigüedad de la figura de las medidas de aseguramiento encontramos que según no se aplicó la figura de la pena privativa de la libertad por la comisión de una falta sino como una forma de asegurar la presencia del procesado ante el tribunal o la persona que se encargaría de juzgarlo y de imponerle la sanción que mereciera. (González Harker, 2000). Es de resaltar que en estas épocas las penas de prisión seguían el modelo actual, el cual consiste en un aislamiento del culpable del delito, forzándosele a trabajos fuertes como la construcción o pila de rocas, atado con guillotines a las piernas para evitar su posible huida.

2.3.2. Las medidas de seguridad en la edad media

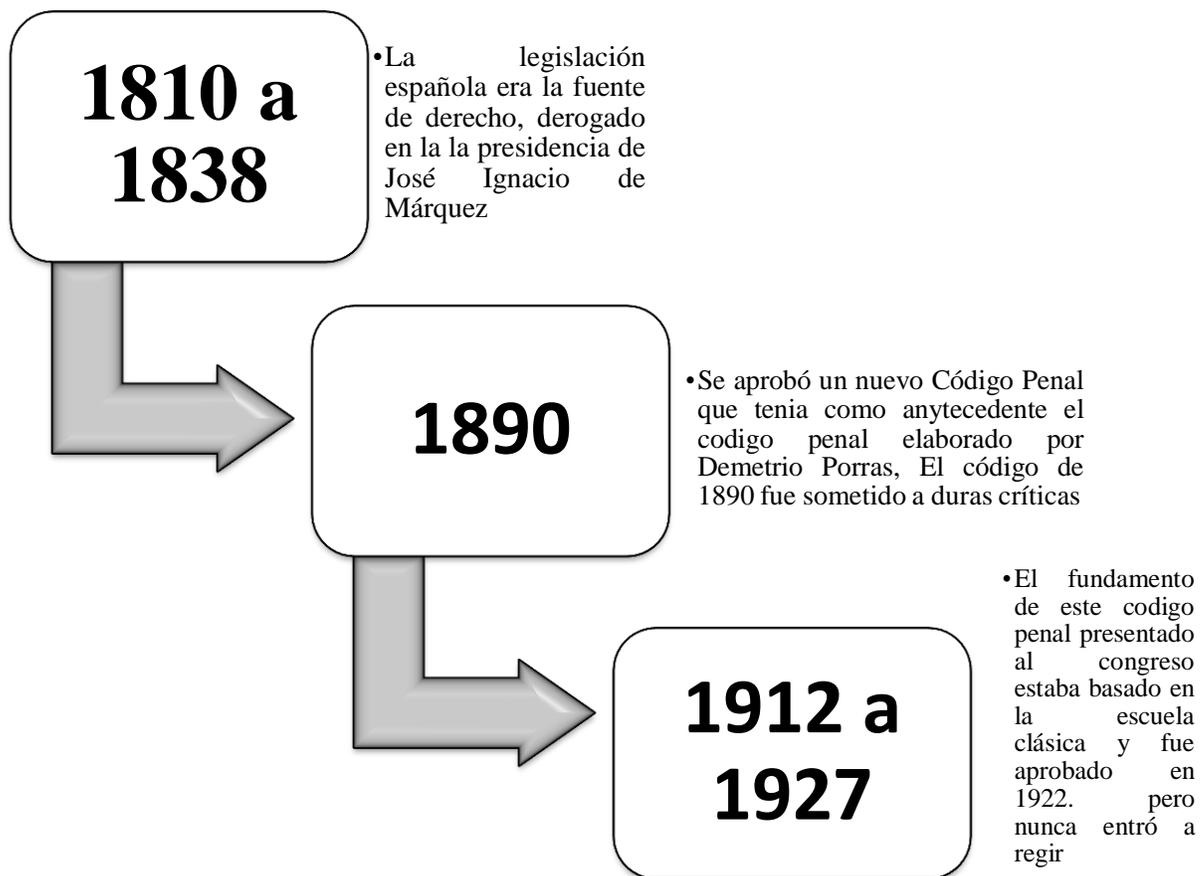
Para esta época, manifiesta González Harker, (2000) que:

Las particularidades de esta época produjeron un excesivo desvío del derecho penal con relación a sus fines, que, como es obvio, encuentran su pilar fundamental en el hecho de servir a la organización social, y no, como sí aconteció en este tiempo, en el hecho de favorecer a una clase determinada”(p.8).

De acuerdo a la anterior posición, encontramos una regulación penal con un gran margen de progresión, a la protección y favorecimiento de las clases sociales más favorables. Donde las cárceles eran integradas en su mayoría por personas de menores clases sociales, consideradas por las clases altas de la época como cuna de los delincuentes, esto es lo que lleva al nacimiento de la teoría del etiquetamiento, donde las clases sociales altas consideraban a las clases bajas como delincuentes, a quienes se les debía aplicar el castigo de ser recluidos en las cárceles de la época, y sumado a esto, dejarlos desprovistos de cualquier beneficio, ya que se pensaba que los beneficios contribuían a la reincidencia en los delitos.

2.3.3 Desarrollo de la Ley penal en Colombia

A continuación, se expondrán los principales cambios legislativos en la historia penal de Colombia



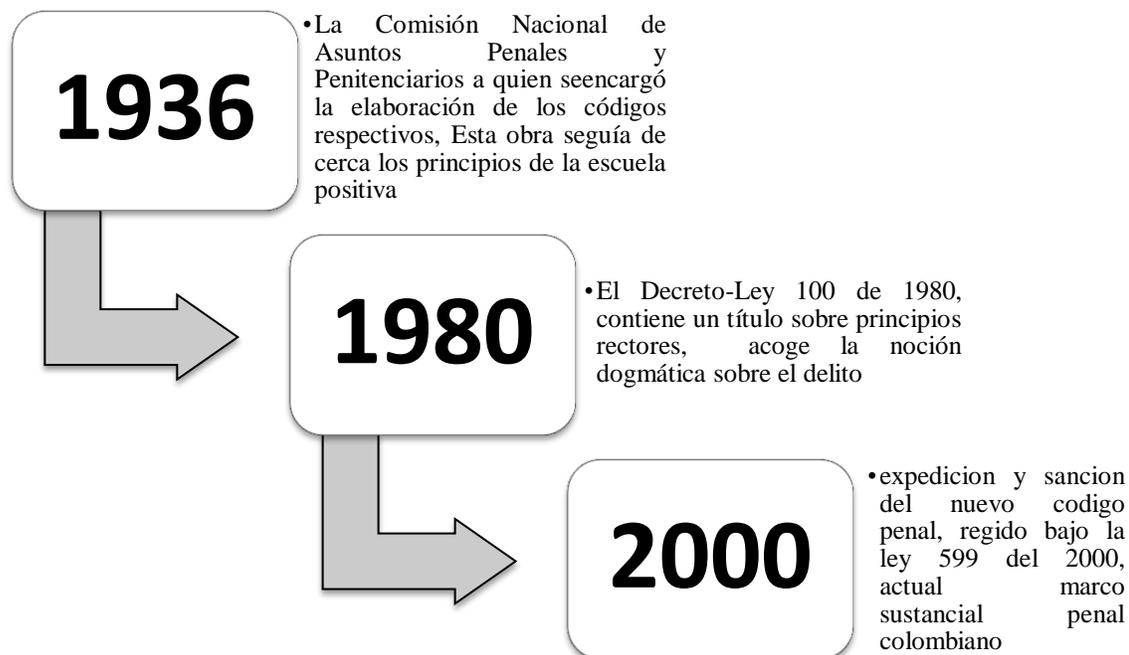


Figura 2 .Desarrollo legal del derecho penal en Colombia

Del anterior recuento histórico-penal, de Colombia, se resalta en lo pertinente a la presente investigación, que en el marco legal sancionado en la época de 1936 fue el primero en aceptar la teoría de la defensa social, ya que según este marco normativo la responsabilidad se fundaba en la actividad psicofísica del sujeto activo, viendo al delincuente como una personalidad antisocial, dividía las sanciones en penas y medidas de seguridad, que tenían como fin, brindar protección a toda la sociedad privando de la libertad aquellos sujetos que se mostraran peligrosos para la convivencia social.

2.3.4. La prisión domiciliaria en Colombia.

La prisión domiciliaria en el ámbito jurídico colombiano, es una medida que busca satisfacer los estándares de penas que consagran los fines de la pena, los cuales se encuentran consagrados en el artículo 4 de la Ley 599 de 2000 que expresa “La pena cumplirá las funciones

de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado” fines que se cumplen de igual medida humanizando la pena y permitiendo en algunos delitos y bajo algunos parámetros como son que la pena que contempla el delito sea igual o inferior a cinco años, la reparación económica de la víctima. La prisión domiciliaria, cumple con los fines de la pena, respecto de la finalidad de la pena, ha señalado esta Corte que:

Ella tiene en nuestro sistema jurídico un fin preventivo, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones; un fin retributivo, que se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena, y un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma, de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas. (Corte Constitucional, C 806 de 2002, MP Clara Inés Vargas Hernández)

Es decir que estos fines que consagra la pena, además de estar acorde con la normatividad constitucional e internacional, debe propender a la resocialización del condenado, fin que se puede cumplir brindado subrogados a la pena, ya que estos:

Son compatibles con los derechos humanos penas que tiendan a la resocialización del condenado, esto es a su incorporación a la sociedad como un sujeto que la engrandece, con lo cual además se contribuye a la prevención general y la seguridad de la coexistencia, todo lo cual excluye la posibilidad de imponer la pena capital. (Corte Constitucional, C 806 de 2002, MP Clara Inés Vargas Hernández).

Del anterior contexto de ideas, la prisión domiciliaria también se ha instituido como un modelo de justicia que busca la descongestión carcelaria, ya que hay centros de reclusión que presentan una situación de sobrepoblación del número de reclusos en sus instalaciones.

2.4 Marco legal

Para el desarrollo del presente marco se exaltarán las normas que propenden a la libertad, en conjunto con aquellas que consagran la necesidad de la medida de aseguramiento como respuesta al delito.

2.4.1 Normatividad Internacional

a. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Artículo 9

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

Artículo 10

1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas;

b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.

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

b. Convención Americana Sobre Derechos Humanos

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

2.4.2 Normatividad constitucional

Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Artículo 28: Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de

mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, para que este adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles.

Una ley estatutaria reglamentará la forma en que, sin previa orden judicial, las autoridades que ella señale puedan realizar detenciones, allanamientos y registros domiciliarios, con aviso inmediato a la Procuraduría General de la Nación y control judicial posterior dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, siempre que existan serios motivos para prevenir la comisión de actos terroristas. Al iniciar cada período de sesiones el Gobierno rendirá informe al Congreso sobre el uso que se haya hecho de esta facultad.

Los funcionarios que abusen de las medidas a que se refiere este artículo incurrirán en falta gravísima, sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar.

Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

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

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

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

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

2.4.3 Normatividad Legal

a. Ley 599 de 2000

Artículo 3°. *Principios de las sanciones penales.* La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

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

Artículo 4°. *Funciones de la pena.* La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

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

Artículo 5°. *Funciones de la medida de seguridad.* En el momento de la ejecución de la medida de seguridad operan las funciones de protección, curación, tutela y rehabilitación.

Artículo 34. *De las penas.* Las penas que se pueden imponer con arreglo a éste código son principales, sustitutivas y accesorias privativas de otros derechos cuando no obren como principales.

En los eventos de delitos culposos o con penas no privativas de la libertad, cuando las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad, se podrá prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria.

Artículo 35. *Penas principales.* Son penas principales la privativa de la libertad de prisión, la pecuniaria de multa y las demás privativas de otros derechos que como tal se consagren en la parte especial.

Artículo 36. *Penas sustitutivas.* La prisión domiciliaria es sustitutiva de la pena de prisión y el arresto de fin de semana convertible en arresto ininterrumpido es sustitutivo de la multa.

Artículo 37. *La prisión.* La pena de prisión se sujetará a las siguientes reglas:

1. La pena de prisión para los tipos penales tendrá una duración máxima de cincuenta (50) años, excepto en los casos de concurso.
2. Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan la reducción de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las leyes y en el presente código.
3. La detención preventiva no se reputa como pena. Sin embargo, en caso de condena, el tiempo cumplido bajo tal circunstancia se computará como parte cumplida de la pena.

Artículo 38. *La prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión.* La prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión consistirá en la privación de la libertad en el lugar de residencia o morada del condenado o en el lugar que el Juez determine.

El sustituto podrá ser solicitado por el condenado independientemente de que se encuentre con orden de captura o privado de su libertad, salvo cuando la persona haya evadido voluntariamente la acción de la justicia.

Parágrafo. La detención preventiva puede ser sustituida por la detención en el lugar de residencia en los mismos casos en los que procede la prisión domiciliaria. En estos casos se aplicará el mismo régimen previsto para este mecanismo sustitutivo de la prisión.

Artículo 38B. *Requisitos para conceder la prisión domiciliaria.* Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria:

1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.
2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.
3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado.

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

4. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:
 - a) No cambiar de residencia sin autorización, previa del funcionario judicial;

b) Que dentro del término que fije el juez sean reparados los daños ocasionados con el delito. El pago de la indemnización debe asegurarse mediante garantía personal, real, bancaria o mediante acuerdo con la víctima, salvo que demuestre insolvencia;

c) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello;

d) Permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión. Además, deberá cumplir las condiciones de seguridad que le hayan sido impuestas en la sentencia, las contenidas en los reglamentos del Inpec para el cumplimiento de la prisión domiciliaria y las adicionales que impusiere el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

Artículo 38C. *Control de la medida de prisión domiciliaria.* <Artículo adicionado por el artículo 24 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> El control sobre esta medida sustitutiva será ejercido por el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad con apoyo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec).

El Inpec deberá realizar visitas periódicas a la residencia del condenado y le informará al Despacho Judicial respectivo sobre el cumplimiento de la pena.

Con el fin de contar con medios adicionales de control, el Inpec suministrará la información de las personas cobijadas con esta medida a la Policía Nacional, mediante el sistema de información que se acuerde entre estas entidades.

Parágrafo. La persona sometida a prisión domiciliaria será responsable de su propio traslado a las respectivas diligencias judiciales, pero en todos los casos requerirá de autorización del Inpec para llevar a cabo el desplazamiento.

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

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

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

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

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

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

B. Ley 906 de 2004

Artículo 2º. Libertad. . Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad. Nadie podrá ser molestado en su persona ni privado de su libertad sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley.

El juez de control de garantías, previa solicitud de la Fiscalía General de la Nación, ordenará la restricción de la libertad del imputado cuando resulte necesaria para garantizar su comparecencia o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial, de las

víctimas. Igualmente, por petición de cualquiera de las partes, en los términos señalados en este código, dispondrá la modificación o revocación de la medida restrictiva si las circunstancias hubieren variado y la convirtieren en irrazonable o desproporcionada.

En las capturas en flagrancia y en aquellas en donde la Fiscalía General de la Nación, existiendo motivos fundados, razonablemente carezca de la oportunidad de solicitar el mandamiento escrito, el capturado deberá ponerse a disposición del juez de control de garantías en el menor tiempo posible sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes.

Capítulo 3. Diseño Metodológico

3.1 Metodología de la investigación.

El presente estudio investigativo, es de carácter mixto, ya que en principio para desarrollar el primer objetivo debe recurrirse al estudio documental, es decir un análisis cualitativo. No obstante, para el desarrollo del segundo objetivo que contiene trabajo de campo, como entrevistas a jueces penales del municipio de Ocaña, Norte de Santander se aplicara un estudio cuantitativo, a través del cual se obtendrá preguntara cuales son los criterios que tienen en cuenta para decretar el beneficio de la prisión domiciliaria.

3.1.1 Tipo de investigación

La investigación será de tipo exploratorio y descriptivo, ya que una vez determinados los criterios que debe tener en cuenta el operador jurídico penal, para decretar la prisión domiciliaria en los delitos de tráfico de estupefacientes y porte de armas, se describirá la situación o criterios jurisprudenciales para dicha determinación.

3.1.2 Enfoque de la investigación

De acuerdo al anterior enfoque, se realizará una identificación clara y precisa de los elementos conceptuales que configuran el tema de los criterios para decretar la medida de aseguramiento.

3.1.3 Fuentes

Se emplearán fuentes primarias y secundarias. Dentro de las primarias se encuentran: la legislación colombiana, la Constitución Política y la jurisprudencia. Como fuentes secundarias se tienen: obras bibliográficas, artículos de revistas, documentos de Internet, trabajos de grado, artículos de prensa, y las entrevistas obtenidas del trabajo de campo realizado en el palacio de justicia de Ocaña, Norte de Santander entre otros.

3.1.4 Técnicas de recolección de información

La información se obtendrá a través de un proceso de documentación bibliográfica, jurídica, jurisprudencial. para luego ser analizada en contexto con la información obtenida en el trabajo de campo.

3.1.5 Tratamiento de la información

La información se analizará de manera sistemática, se irá avanzando en la consecución de un texto que evidencie el logro de los objetivos planteados. De igual manera, se tendrán presentes las sugerencias propuestas por los asesores, director de la investigación doctor Edgar Rivero y jurados designados por la Universidad Francisco de Paula Santander, una vez finalizado el proceso de investigación.

Capítulo 4. Resultados de la investigación

4.1 Estudio de los fundamentos legislativos que llevaron a la expedición de la Ley 1773 de 2016 y las interpretaciones que se ha dado a este marco legal por parte de la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia

En el presente capítulo se analizarán los fundamentos que llevaron a la expedición de la Ley 1773 de 2016, donde resalta la importancia de analizar las nociones de Política Criminal que ruge en nuestro país, para así, determinar cuál es la libertad y límites del legislativo en la regulación penal Colombia, realizado lo anterior, se analizará los fundamentos que permitieron la expedición de la Ley 1773 de 2016, resaltándose la exposición de motivos que permitieron la sanción de la Ley en mención, finalmente, se analizará la interpretación jurisprudencial que han hecho las altas Cortes de este marco normativo, principalmente, la sala penal de la Corte Suprema de Justicia

4.1.1 La Política criminal en la expedición de leyes

El término Política Criminal, en principio podría pensarse que corresponde al análisis e importancia dada en el ámbito jurídico penal, por las ciencias criminológicas, que a través de distintas teorías han hecho frente a los casos de criminalidad, donde la creación de los primeros estatutos penales, ya han sido el nacimiento de la Política Criminal, y cada reforma a los medios de castigo, represión, sanción, pactados en las primeras respuestas punitivas, un medio de evolución.

En el análisis de la evolución de la Política Criminal, desde sus fundamentos, se ha dicho que:

Esta fue abordada casi exclusivamente por penalistas y correccionalistas, los primeros sumergidos con predominancia en el delito como ente jurídico, y los segundos, en la rehabilitación del delincuente sin ocuparse detenidamente de la correlación existente entre criminalidad y desarrollo, que dicha correlación era fenoméricamente inherente a toda sociedad y que sólo modificando amplia y profundamente la estructura de ésta podría reducirse la criminalidad a una extensión soportable. (López & Arrojo, 1985, p.148).

De acuerdo a lo visto, definir la Política Criminal es un proceso, sin embargo, con el apoyo de algunos criminólogos se tratará de dar aproximaciones conceptuales sobre Política Criminal, Zipf , (1979) ha expresado que:

Política Criminal es un sector objetivamente delimitado de la política jurídica general, en consecuencia, ésta se refiere a la determinación del cometido, función de la justicia criminal, consecución de un modelo determinado de regulación en este campo, su configuración y realización práctica en virtud de la función. (p.3-4).

Por su parte, Delmas-Marty (1986) define a la Política Criminal como “el conjunto de métodos con los que el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal” (p. 19). Finalmente, la Política Criminal plantea contiene los criterios básicos del sistema de justicia penal, que integra al delincuente, el delito y la sociedad, siendo la sociedad la peticionaria de los cambios en la respuesta estatal a los casos de criminalidad, y debiendo a esta el Estado a través del congreso de la república, regular lo concerniente a la protección y prevención de la sociedad, en palabras de la Corte Constitucional, la Política Criminal en Colombia, es:

El conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole.

Puede ser social, como cuando se promueve que los vecinos de un mismo barrio se hagan responsables de alertar a las autoridades acerca de la presencia de sucesos extraños que puedan estar asociados a la comisión de un delito.

También puede ser jurídica, como cuando se reforman las normas penales. Además, puede ser económica, como cuando se crean incentivos para estimular un determinado comportamiento o desincentivos para incrementarles los costos a quienes realicen conductas reprochables. Igualmente puede ser cultural, como cuando se adoptan campañas publicitarias por los medios masivos de comunicación para generar conciencia sobre las bondades o consecuencias nocivas de un determinado comportamiento que causa un grave perjuicio social.

Adicionalmente pueden ser administrativas, como cuando se aumentan las medidas de seguridad carcelaria. Inclusive pueden ser tecnológicas, como cuando se decide emplear de manera sistemática un nuevo descubrimiento científico para obtener la prueba de un hecho constitutivo de una conducta típica. (Sentencia C 646 de 2001, MP Manuel Josu Cepeda Espinosa).

4.1.2 La Libertad de configuración legislativa en la Política Criminal e Colombia.

En Colombia, la Constitución Política faculta al Poder Legislativo a emitir las leyes que sean necesarias para la contribución a la convivencia pacífica es decir para lograr los fines del Estado, donde a las leyes promulgadas por el congreso de la república se le incorporan los principios constitucionales como fundamento de la misma.

De acuerdo a lo anterior, las funciones legislativas actúan acordes con principios como la libertad, la democracia y el pluralismo; los cuales son para Silva Garcia & Villeda Ayala, (2017) “conceptos que implican necesariamente un sistema jurídico esencialmente abierto, lo que supone el libre acceso de todos al proceso político y a los instrumentos del cambio político” (p.179). En ese orden de ideas, si bien es verdad que la ley ha de producirse de una manera acorde a la Constitución, lo cierto es que el legislador actúa con plena libertad de configuración, es decir, en auténtica libertad política de realización de contenidos normativos, lo cuál ha sido avalado por la Corte Constitucional al expresar que:

El diseño de una política es la etapa central y, en ocasiones más técnica, de la toma de decisiones públicas. Diseñar una política es establecer sus elementos constitutivos, definir la relación entre ellos, ordenar prioridades, articular sus componentes de una manera inteligible para sus destinatarios, programar de qué forma, por qué medios, y a qué ritmo se alcanzarán las metas trazadas. Sin duda, el diseño de una política puede ser plasmada en un documento político o en un instrumento jurídico. En el segundo caso, el instrumento puede tener la naturaleza de un acto administrativo o de una ley. Puede concretarse también en normas de rango superior o inferior a los mencionados, pero generalmente se emplean estos dos actos jurídicos. (Sentencia C 646 de 2001, MP Manuel José Cepeda Espinosa)

Es decir, que en la articulación jurídica de una política debe, racionalmente, ser antecedida de la definición de sus elementos constitutivos, de las metas, y de las prioridades, en lo que corresponde a estas concepciones en la Política Criminal, se ha dicho por parte de la Corte Constitucional que es ésta el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole. (Sentencia C 646 de 2001, MP Manuel José Cepeda Espinosa). De esta forma, frente a libertad de configuración legislativa en materia penal, se ha establecido que:

En ejercicio de la potestad de configuración normativa, el legislador puede entonces adoptar diversas decisiones, como las de criminalizar o despenalizar conductas, atenuar, agravar, minimizar o maximizar sanciones, regular las etapas propias del procedimiento penal, reconocer o negar beneficios procesales, establecer o no la procedencia de recursos, designar las formas de vinculación, regular las condiciones de acceso al trámite judicial de los distintos sujetos procesales, entre otros, siempre y cuando con ello no comprometa la integridad de los valores, principios y derechos establecidos por la Constitución. (Sentencia C 742 de 2011, MP María Victoria Calle Correa)

No obstante, es de resaltar que dichas facultades del legislador deben respetar cierto margen de movilidad legislativa, teniendo como límite los principios constitucionales, y en particular por los principios de racionalidad y proporcionalidad, donde dichas limitaciones, encuentran adicional sustento en el hecho que en este campo están en juego, no solamente importantes valores sociales como la represión y prevención de delito, sino también derechos fundamentales

de las personas como el derecho a la libertad y al debido proceso. Así las cosas, la Corte ha explicado que:

Si bien el Legislador cuenta con una amplia potestad de configuración normativa para el diseño de la política criminal del Estado y, en consecuencia, para la tipificación de conductas punibles es evidente que no por ello se encuentra vedada la intervención de la Corte cuando se dicten normas que sacrifiquen los valores superiores del ordenamiento jurídico, los principios constitucionales y los derechos fundamentales. (Sentencia C 365 de 2012, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

Finalmente, a modo de conclusión, al Congreso de la República se le asigna competencia en la definición de la Política Criminal del Estado, con fundamento en:

Artículo 114. Corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el gobierno y la administración. El Congreso de la República, estará integrado por el Senado y la Cámara de Representantes.

No obstante, para determinar cuáles conductas que constituyen delitos, que sanciones deben imponerse y el procedimiento a cumplirse, le corresponde al congreso de la república una amplia competencia en materia penal, que encuentra respaldo constitucional en los principios democrático y de soberanía popular entre los que se destacan:

Artículo 3. La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece. (Constitución Política, 1991)

Todo lo anterior respalda la libertad de configuración legislativa en materia penal, siendo el congreso de la república el primer respondiente al control del delito y su regulación.

4.1.3 Antecedentes de la Ley 1773 de 2016

la violencia contra las mujeres, acogió a toda la sociedad a través de los medios de comunicación, dando un rechazo contundente frente a estos flagelos, pidiendo al Estado mayor castigo y sanción en los delitos que se cometan contra una mujer, de esta forma nació la Ley

1773 de 2016 conocida como la ley Natalia Ponce de León, joven atacada con ácido fue la promotora de esta nueva legislación, por medio de la cual se crea el artículo 116a, se modifican los artículos 68a, 104, 113,359, y 374 de la ley 599 de 2000 y se modifica el artículo 351 de la ley 906 de 2004

En la expedición y fundamentos de esta Ley, se buscaba mayor severidad frente a las conductas punibles y se pedía la creación de un tipo penal autónomo de ataque con ácido, en la exposición de motivos se destacó la falta de aprobación de esta nueva reglamentación por parte del Consejo Superior de Política criminal, el cual manifestó que:

La problemática de la violencia de género de la que resultan víctimas las mujeres, merece especial atención por parte del Estado colombiano, sin embargo, enfocar la intervención del mismo en una respuesta netamente penal, además de exonerar a otros gestores de las políticas públicas, buscaría reprimir este tipo de comportamientos solo cuando lleguen a su máxima expresión, es decir cuando se cause la muerte de una mujer, olvidando que la violencia que se ejerce contra ellas no es solo la feminicida, y que respecto de ese otro tipo de violencias las cifras revelan un panorama mucho más preocupante.

El Código Penal, por su parte, además del referido numeral undécimo del artículo 104, consagra disposiciones, en la parte general, que están llamadas a condicionar la parte especial, en las que se entienden introducidas perspectivas de protección de género, o se identifican algunas situaciones con las que pretende incluir con el proyecto de ley (...)

Por lo anterior no es cierto que exista un panorama de desprotección penal a las mujeres como grupo vulnerables dentro de la sociedad. Debe tenerse en cuenta que la redacción de la

propuesta legislativa vulnera los principios de legalidad, taxatividad, tipicidad y que, de quererse incluir la conducta de feminicidio de manera autónoma, la misma debería reformularse, pues, tal como se consagra, se incluyen conductas ajenas a la violencia de género, reduce la pena, elimina una causal de agravación para las lesiones personales reduciendo el ámbito de protección penal y dificulta su aplicación.

La regulación propuesta está llamada a cumplir con una función simbólica, que no propone una respuesta eficiente a la violencia contra la mujer, enfocándose única y exclusivamente en la violencia cuando de la misma se desprenda la muerte. Por todo lo anterior la propuesta examinada no responde a una política criminal articulada y coherente. (Congreso de la República, 2014, Gaceta 693 de 10 de noviembre)

No obstante, la situación carcelaria del país, tuvo eco dentro del congreso de la república, donde se pronunció la Corte Constitucional reconociendo la existencia de cinco problemáticas estructurales en la situación carcelaria del país:

1) desarticulación de la política criminal y el Estado de Cosas Inconstitucional; 2) hacinamiento y otras causas de violación masivas de los derechos humanos; 3) reclusión conjunta de personas sindicadas y condenadas, falta de articulación de las entidades territoriales y el Ministerio de Justicia y Derecho; 4) sistema de salud del sector penitenciario y carcelario del país; y 5) las condiciones de salubridad e higiene son indignas en la mayoría de los establecimientos penitenciarios, y esto constituye un trato cruel e inhumano propiciado por el Estado. (Sentencia T-762 de 2015, M.P. Gloria Ortiz Delgado)

4.1.4 Pronunciamientos jurisprudenciales entorno a la redención de la pena

a. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicación N° 41434 MP Eyder Patiño Cabrera

En el presente caso, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es la llamada a desatar el recurso de apelación contra la sentencia dictada en el presente caso, conforme a lo reglado por el artículo 32.3 de la Ley 906 de 2004, al tratarse de una decisión proferida en primera instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, en un proceso adelantado contra una juez municipal, por conductas realizadas en ejercicio de sus funciones.

En lo referente a la exclusión de los beneficios y subrogados penales que consagra el artículo 68ª del código penal, frente al artículo 63 del mismo estatuto que hace referencia a la suspensión de la ejecución de la pena, expreso la Corte que:

Contrastada la antigua norma con la actual, se puede advertir que la modificación se contrajo, para los efectos que aquí imperan, a suprimir de aquella el requisito cualitativo, de tal suerte que ahora el mecanismo depende de que se satisfagan meras exigencias de orden objetivo.

Dentro de ese contexto, ahora el funcionario carece de todo margen de discrecionalidad para aplicar dicho instrumento y, por tanto, los juicios de valor al respecto, quedaron sin incidencia alguna, los cuales en vigencia del original precepto verdaderamente eran imprescindibles, toda vez que aspectos como los relativos a los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, lo mismo que la modalidad y gravedad de la conducta punible, solo podían diagnosticarse a través de una labor tal.

En efecto, en el numeral 2º del artículo 63 ya transcrito, se señala que el juez concederá la medida, es decir, el subrogado, si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se

trata de uno de los delitos contenidos en el inciso segundo del artículo 68A de la ley 599 de 2000, siempre que se cumpla con el requisito objetivo señalado en el numeral 1° del mismo precepto, valga acotar, que la pena impuesta sea de prisión y no exceda de 4 años, tomando como decisión la sala que:

La justiciable no se hace merecedora al subrogado de la condena de ejecución condicional conforme a la Ley 1709 de 2014, porque los delitos que agotó están expresamente excluidos de dicho beneficio. La misma exclusión, obra en cuanto a la prisión domiciliaria, de acuerdo al artículo 23 ibídem, que adicionó el 38B a la Ley 599 de 2000.

**b. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicación n° 80.464 MP
Eyder Patiño Cabrera**

Se resuelve la acción de tutela promovida por **Estanislao Hurtado Arroyo** contra la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán, por la presunta vulneración de sus derechos al debido proceso, a la libertad y a la igualdad, correspondiendo a la sala, determinar si el Tribunal accionado vulneró los derechos al debido proceso, a la libertad y a la igualdad del interesado, al negarle la redención de la pena, de conformidad con lo estipulado en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006.

Frente a este caso, se tiene que, por medio de la Ley 1121 de 2006, el legislador adoptó normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otros delitos. En el artículo 26 dispuso:

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

El referido artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-073 de 2010, en la cual dijo:

Así las cosas, con base en los precedentes jurisprudenciales se tiene que en materia de concesión de beneficios penales, (i) el legislador cuenta con amplio margen de configuración normativa, en tanto que manifestación de su competencia para fijar la política criminal del Estado; (ii) con todo, la concesión o negación de beneficios penales no puede desconocer el derecho a la igualdad; (iii) se ajustan, prima facie, a la Constitución medidas legislativas mediante las cuales se restringe la concesión de beneficios penales en casos de delitos considerados particularmente graves para la sociedad; (iv) 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.

No obstante, al analizar la norma en forma sistemática con el precepto 64 de la Ley 1709 de 2014 definió en forma explícita la naturaleza jurídica de la redención de pena, con incidencia sobre la posibilidad de reconocimiento del descuento punitivo para personas sentenciadas por los delitos enumerados por el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, se tiene la improcedencia de subrogados de la pena, ya que explícitamente estos, se encuentran excluidos legalmente.

4.2 Criterios que tienen en cuenta los operadores jurídicos del municipio de Ocaña, Norte de Santander para otorgar la prision domiciliaria frente a los tipos penales contemplados en los artículos 365 y 376 de la ley 599 de 2000

El presente capítulo se compone de dos partes, una referente a las entrevistas tomadas a los operadores jurídicos del palacio de justicia de Ocaña, específicamente a los jueces del circuito y una segunda aparte donde se exaltarán sus decisiones entornó al problema de investigación,

extrayéndose en lo pertinente su posición respecto al tema, y analizándose varios casos donde han analizado la procedencia o no de la prisión domiciliaria, en contexto con la prohibición de esos beneficios en los delitos de porte de armas y tráfico de estupefacientes.

Las decisiones de los Jueces se caracterizan por que los faculta para resolver la cuestión sometida a su conocimiento, no solamente para ponerle punto final, sino para tomar decisiones durante el curso del proceso en vistas a ese resultado definitivo.

La sentencia es sin dudas la decisión judicial por excelencia, pues resuelve las cuestiones objeto del litigio ya sea condenando o absolviendo al demandado en los procesos penales, o reconociendo o desconociendo lo pretendido por el demandante en los civiles. En los casos de sentencia de primera instancia, apelables, esta sentencia no pone fin definitivamente al proceso, sino que será revisada, y una vez que se agoten las instancias de apelación recién pasará en autoridad de cosa juzgada.

Las decisiones interlocutorias son las que se dictan durante el proceso, por ejemplo para decidir incidentes, que son planteamientos accesorios, como por ejemplo el pedido de excarcelación en un juicio penal.

También se incluyen como interlocutorias las decisiones que deciden algún artículo, que tiene carácter de definitivo, por ejemplo el que decide sobre la cosa juzgada.

Las decisiones que causan gravamen irreparable, es cuando la cuestión decidida ya no puede volver a tratarse no obstante que el proceso siga, por ejemplo, la no admisión de algún medio de prueba importante.

Es decir que en cada decisión el juez tiene en cuenta unos parámetros que le permiten realizar una interpretación, para saber esto se entrevistó a los jueces del circuito de Ocaña, quienes expresaron las siguientes respuestas.

4.2.1 Entrevista a los Jueces penales del circuito de Ocaña

Tabla 2*Entrevista al juez primero penal del circuito*

ENTREVISTA AL JUEZ PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE OCAÑA

¿Cuáles son los criterios que tiene en cuenta el operador judicial al momento de otorgar la prisión domiciliaria en los tipos penales contemplados en los artículos 365 y 376 de la Ley 599 de 2000?

Como primer criterio se tiene los requisitos que consagra el artículo 38b, no obstante, para el delito previsto en el artículo 376 del C.P hay una prohibición expresa para concederla en el artículo 68ª inciso 2

¿Cuál es el procedimiento a seguir cuando le solicitan el beneficio de la prisión domiciliaria en el traslado del artículo 447 del C. P.P ?

Señala el artículo 447 que el procedimiento para solicitud de benéficos subrogados se debe surtir con el cumplimiento de lo señalado en el artículo 38b y 68ª y excepcionalmente los numerales 2-5 del artículo 314 de la ley 906 de 2004.

¿Se tiene en cuenta el factor psicosocial del condenado al momento de conceder la prisión domiciliaria en los delitos mencionados?

El juez debe establecer elementos de prueba, donde el factor psicosocial es esencial para que se otorgue o no la prisión domiciliaria, para el artículo 376 del CP la condición es padre o madre cabeza de hogar

¿Considera usted que para el caso de Ocaña se debería dar una aplicación menos restrictiva al artículo 68A? de la ley 599 del 2000? Por qué?

Si de acuerdo a la situación social de la zona del Catatumbo, la restricción del art 38ª

debe ser menos literal, donde se destaca el abandono del Estado, las condiciones socio económicas

Nota. La tabla contiene las preguntas realizadas y las repuestas dadas por el Juez primero penal del circuito de Ocaña

Tabla 3.

Entrevista al juez segundo penal del circuito de Ocaña

ENTREVISTA AL JUEZ SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE OCAÑA

¿Cuáles son los criterios que tiene en cuenta el operador judicial al momento de otorgar la prisión domiciliaria en los tipos penales contemplados en los artículos 365 y 376 de la Ley 599 de 2000?

De acuerdo al artículo 38b no procede la prisión domiciliaria, esto por prohibición legal.

¿Cuál es el procedimiento a seguir cuando le solicitan el beneficio de la prisión domiciliaria en el traslado del artículo 447 del C. P.P?

De acuerdo con el artículo 447 los sujetos procesales e intervinientes pueden solicitar la prisión domiciliaria

¿Se tiene en cuenta el factor psicosocial del condenado al momento de conceder la prisión domiciliaria en los delitos mencionados?

Los requisitos objetivos no permiten este tipo de factores

¿Considera usted que para el caso de Ocaña se debería dar una aplicación menos restrictiva al artículo 68A? de la ley 599 del 2000? Por qué?

No impera el principio de generalidad de la pena, la CSJ tiene definidos parámetros legales

Nota. La tabla contiene las preguntas realizadas y las respuestas dadas por el Juez segundo penal del circuito de Ocaña

De acuerdo a la entrevista se observa que existen diferentes criterios en la interpretación jurídica, donde el juez primero penal del circuito, realiza una interpretación y adecuación de la norma, no aplicando su literalidad en cada caso, sino aplicando la norma a cada caso en concreto, siendo esta forma de interpretación propia del Common Law, posición acorde con las interpretaciones que ha hecho el tribunal de Medellín, donde la sala penal ha realizado interpretaciones de la norma, artículo 68ª, del código penal, acordes al caso concreto, manifestando que “las reglas legales, deben ser interpretadas acordes a cada caso, ya que factores, sociales, económicos, políticos, pueden llevar a que una interpretación apegada a la norma, sea vulneradora del derecho a la libertad” (Tribunal de Medellín, 2017, Radicado: 0372) mientras que el juez segundo penal del circuito, realiza la interpretación, con total apego a la ley, sin analizar casos en concreto ni permitirse dar una interpretación a la norma, lo cual es propio del sistema interpretativo del Civil Law.

4.3 Decisiones tomadas por los jueces penales de Ocaña, análisis jurisprudencial

En el análisis de los casos presentados en este juzgado, se encuentran dos decisiones tomadas en primera instancia, una apelada por el representante de la procuraduría y otra por la defensa técnica de una procesada, frente a las cuales se manifestó la sala penal del tribunal superior del distrito judicial de Cúcuta, estos fallos corresponden a dos decisiones tomadas en primera instancia en el Juzgado primero del circuito de Ocaña.

En el primer caso se tiene el fallo del tribunal superior del distrito judicial de Cúcuta, con fecha 28 de febrero de 2017, Magistrado Ponente, Juan Carlos Conde Serrano, este fallo corresponde a un recurso de apelación interpuesto por la defensora de la acusada, contra la

sentencia de fecha 14 de diciembre de 2016, pronunciado por el juzgado primero penal del circuito de Ocaña, a través del cual se condenó al señor Eduin José Rodríguez como autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, el cual fue condenado a 52,6 meses de prisión. Ante la impugnación de este caso, donde se expresaba que Eduin era cabeza de familia y debía concederse la prisión domiciliaria, negándola el juzgado en mención, frente a lo que la defensa interpuso recurso de apelación, correspondiendo este al tribunal superior del distrito judicial de Cúcuta, el cual expreso que no se cumplen los requisitos legales ni jurisprudenciales para que Eduin sea beneficiario de la prisión domiciliaria ya que no se demostró que es padre cabeza de familia.

El segundo caso corresponde al fallo del tribunal superior del distrito judicial de Cúcuta de fecha 26 de abril de 2017, donde se analiza la apelación del procurador 284 judicial penal de Ocaña, frente la sentencia del 28 de noviembre de 2016 del juzgado primero penal del circuito de Ocaña, donde se concedió la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión intramuros, como consecuencia de ser el procesado padre cabeza de familia.

En este caso, expreso el tribunal superior del distrito judicial de Cúcuta como problema a resolver, establecer si se puede otorgar la prisión domiciliaria a la luz del artículo 63 del código penal a pesar que existe prohibición legal para tales efectos, expresándose que no debió concederse la prisión domiciliaria ya que el delito de porte de armas, hace parte de las prohibiciones establecidas en los artículos 63 numeral 2 y 38b numeral 2 del código penal

Conclusiones

Del desarrollo de esta investigación se concluye que la potestad o libertad de configuración legislativa en materia penal que realiza el legislador, le permite expedir normas, derogar o crear nuevos tipos penales o nuevos requisitos que rijan el sistema penal acusatorio, es por ello que se expresó que en Colombia el régimen jurídico que ha permitido la conformación de los diferentes estatutos legales donde se ha regulado la prisión domiciliaria y los requisitos para concederla.

Encontrándose que la regulación legislativa ha excluido de los beneficios y subrogados penales, la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, cuando se trate de delitos como:

Artículo 365. *Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones.* El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare, porte o tenga en un lugar armas de fuego de defensa personal, sus partes esenciales, accesorios esenciales o municiones, incurrirá en prisión de nueve (9) a doce (12) años.

Artículo 376. *Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes,* El que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas, incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a trescientos sesenta (360) meses y multa de mil trescientos treinta y cuatro (1.334) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Esta prohibición de otorgar la prisión domiciliaria frente a los delitos en mención, tiene como soporte que de acuerdo con la Carta Política, es al Congreso de la República a quien se le atribuye la competencia para diseñar la política criminal del Estado, correspondiéndole entonces crear, modificar o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, y fijar la clase y magnitud de las penas de acuerdo con criterios de agravación o atenuación de los comportamientos penalizados, es así, que se sanciono la Ley 1773 de 2016, destacándose la prohibición de la pena de prisión domiciliaria en delitos como el porte de armas o tráfico de estupefacientes, norma que ha tenido diferentes interpretaciones por parte de los jueces penales del circuito de Ocaña, donde se encontró que existen interpretaciones amplias de la norma, donde en cada caso concreto se busca la aplicación de la norma de forma proporcionada permitiéndose su interpretación, lo cual es propio del sistema del Common Law, el cual ha sido interpretado por Francisco Muñoz Conde como un gran avance jurídico ya que este sistema permite la interpretación y acondicionamiento de la norma a casos concretos.

De igual forma se encontró jueces apegados a la norma, donde en muchas ocasiones su aplicación taxativa lleva la vulneración de los derechos fundamentales, frente a lo que ha dicho Muñoz Conde que este sistema apreciativo tienen como desventaja el paso del tiempo y la aplicación taxativa de medidas legales, en algunos casos, contrarias a la realidad social del momento en que se aplica la norma, ya que la generalidad de la ley desconoce aspectos sociales, culturales, económicos y políticos de determinadas regiones, entre la que se encuentra el Catatumbo, zona de conflicto y tráfico de drogas, donde debe analizarse cada delito relacionado con esta problemática social en concreto.

Referencias bibliográficas

- Azula Camacho, J. (1998). Manual derecho probatorio. Bogota: Temis.
- Carnelutti, F. (2004). Como se hace un proceso. Bogota: Temis.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencias C 565 de 1993, MP Hernando Herrera Vergara.
- Colombia, Corte constitucional. Sentencia C 318 de 2008, MP Dr. Jaime Córdoba Triviño.
- Colombia, Corte constitucional. Sentencia C 365 de 2012, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Colombia, Corte constitucional. Sentencia C 646 de 2001, MP Manuel José Cepeda Espinosa.
- Colombia, Corte constitucional. Sentencia C 646 de 2001, MP Manuel Josu Cepeda Espinosa.
- Colombia, Corte constitucional. Sentencia C 742 de 2011, MP María Victoria Calle Correa.
- Colombia, Congreso de la República, 2014, Gaceta 693 de 10 de noviembre.
- Colombia, Corte Constitucional. sentencia T 442 de 1994 MP Vladimiro Naranjo Mesa
- Colombia, Corte Constitutional, C 806 de 2002, MP Clara Ines Vargas Hernandez.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casacion Penal, Radicación N° 41434 MP Eyder Patiño Cabrera .
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicación n° 80.464 MP Eyder Patiño Cabrera.
- Deivis Echandia , H. (1998). Compendio de derecho procesal (Vol. 2). Bogota: ABC.
- Delmas-Marty, M. (1986). Modelos Actuales de Política Criminal. . Madrid: Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia.
- Dohring, E. (1972). La prueba, su practica y su apreciacion. Buenos Aires: Ediciones Juridicas.
- Fernandez Lopez, M. (2005). La valoracion de las pruebas personales y el estandar de la duda razonable. España: Universidad Alicante.

- Ferrer Beltran, J. (2008). Los estandares de la prueba en el proceso penal español. Cefad.
- Gerencie.com. (5 de Julio de 2016). sistema penal. Bogota, Colombia.
- González Harker, L. J. (2000). Situación penitenciaria y pena privativa DE LA Libertad. Bogota: Pontificia Universidad Javeriana.
- Hincapie Hincapie, E., & Peinado Ramirez, J. (2009). El sistema de valoración de la prueba denominado la sana y su relación con el estándar más allá de la duda razonable aplicado al proceso penal colombiano. medellin: eafit.
- Hurto, homicidio y tenencia de armas, delitos que más se cometen. (13 de Enero de 2011). El Tiempo.
- Leyer. (2013). Diccionario juridico. Bogota: leyer.
- López, R., & Arrojo, M. (1985). Compendio de Criminología y Política Criminal. . Madrid: Editorial Temis.
- Muñoz Conde, F. (2009). De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo. *Revista Penal*.
- Orlando Gomez , J. (1998). Decision Judicial . Bogota: leyer.
- Rodriguez Leon, W. (2008). Procedimiento penal cusatorio (13 ed.). Bogota: Temis.
- Rodriguez, G. H. (1979). Derecho Proboatorio Colombiano. Bogota: Ediculco.
- Salcedo Arosquipa, Y. R. (15 de Junio de 2008). El Sistema penal como instrumento del control social. Monografias .
- Silva García , F., & Villeda Ayala, A. (2007). Libertad de configuración legislativa e irretroactividad de las leyes. . México: <http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/31/Interiores/9%20Fernando%20Silva%20Garc%C3%ADa%20pag%20177-210.pdf>.
- Tráfico de estupefacientes y hurto, los delitos que más se cometen en Colombia. (12 de Julio de 2015). SEMANA.

Zipf , H. (1979). Introducción a la Política Criminal. . Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas S.A.