

# La condena de ejecución condicional en la jurisprudencia nacional\*

Alfonso Cadavid Q.\*\*

El subrogado de la condena de ejecución condicional ha estado íntimamente ligado, en su génesis y evolución, al desarrollo que en sus funciones y forma de ejecución ha sufrido la prisión y, con ella, la pena privativa de la libertad. El especial interés que en medidas como la que nos ocupará han tenido diversas corrientes criminológicas y de política criminal, dentro de un marco en el que se dan unas condiciones sociales impensables, o al menos irrealizables en países como el nuestro, donde el poder reclama e impone unas condiciones de ejercicio violento, ha posibilitado que en Europa Occidental la pena privativa de la libertad vaya cediendo en su papel principalísimo de la ejecución penal, en favor de instituciones como los llamados “días multa”, el trabajo no remunerado en obras de beneficio social y los distintos subrogados penales, por ejemplo.

Frente a tal situación, vemos cómo el Código Penal colombiano prevé como penas principales únicamente la prisión, el arresto y la multa (art. 41); con un régimen amplísimo para las penas accesorias, al parecer no sujetas al principio de legalidad (art. 52, parte final), régimen este en el cual no existe coherencia (así, mientras que el art. 52 dispone que la imposición de pena de prisión “implica las accesorias

\* El presente escrito es una reelaboración del trabajo de tesis, en uno de sus apartes, que para optar al título de abogado fue presentado por el autor. El hecho de no exponerlo desde la perspectiva que abre su análisis dentro de un cuerpo más amplio, constituye el motivo para el planteamiento previo de algunas ideas que permitirán comprender la postura teórica que sirve de base a lo que de una u otra forma no será más que un repaso por los distintos pronunciamientos que fundamentalmente ha efectuado nuestro máximo tribunal de justicia en lo penal.

\*\* Profesor auxiliar, área penal, facultad de derecho U. P. B.

de interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal”, la aludida pena accesoria parece adquirir autonomía y carácter principal en algunos artículos tales como el 135, el 136 y el 146, entre otros).

El repaso que hacemos ahora de algunas providencias, pretende señalar o poner de manifiesto cuál ha sido el manejo que del subrogado ya referido ha efectuado la jurisprudencia nacional.

En este punto debe aclararse que la Corte Suprema de Justicia inició sus pronunciamientos en torno al tema objeto de este trabajo tan solo en vigencia del estatuto procesal penal de 1938, pues la regulación previa correspondió a la ley 83 de 1930, que en su art. 22 fijó unos márgenes demasiado estrechos, especialmente en lo relacionado con el *quantum* de la pena que sería suspendida. Dicha disposición se refirió a las “penas de multa, o de arresto y prisión que no excedan de dos meses”, y exigía a continuación una serie amplia de condiciones para proceder al otorgamiento de lo que allí se llamó “suspensión de la ejecución de la pena”.

Este repaso se hará teniendo en cuenta algunos de los diferentes temas tratados por nuestras corporaciones judiciales, básicamente la Corte Suprema de Justicia.

#### 1. EL SUBROGADO NO IMPLICA UNA DECLARACIÓN DE ABSOLUCIÓN DEL SUJETO

Este aspecto, indiscutible, lo señaló la Corte en providencia de 31 de mayo de 1955, con ponencia de RICARDO JORDÁN J<sup>1</sup>. No obstante en el mismo fallo, algunos renglones más adelante, sostuvo una postura totalmente discutible, al señalar que

“Ella y la libertad vigilada son *dispositivos transformadores de sanciones en medidas de seguridad* y de ese beneficio gozan quienes merezcan el crédito que la ley les abre, una vez comprobado el delito y en vista de los factores que concurrieron en el mismo y en la persona del responsable”<sup>2</sup>.

De esta manera se asimiló el subrogado a las medidas previstas en los arts. 61 a 74 del C. P. de 1936, reservadas a quienes al cometer el hecho se hallaran en estado de “enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o cualquiera otra sustancia”; o padecieran grave anomalía psíquica (art. 29); o fueran menores de diez y ocho años (art. 30 del mismo estatuto).

Esta postura aparentemente carente de trascendencia, y recogida contemporáneamente por MARTÍNEZ LÓPEZ, vigente el C. P. de 1980<sup>3</sup>, puede abrir espacio a la doctrina que equipara al delincuente con un incapaz, cuya tutela ha de ser asumida por el Estado, extendiendo aún más el ámbito de custodia que sobre el sujeto, en virtud del otorgamiento del subrogado, ha previsto la ley.

Dicha concepción, viable desde la perspectiva de quienes aparentemente sobre una base liberal defienden el intervencionismo de Estado, tiende a legitimar una participación cada vez más activa del aparato estatal en la vida del individuo; lo cual se lleva a cabo de una manera menos sutil y acabada en los países que ZAFFARONI llamaría de “nuestro margen”.

#### 2. NATURALEZA JURÍDICA

Esta cuestión de superlativa importancia, tradicionalmente desatendida por la doctrina, ha merecido algunos pronunciamientos del máximo tribunal de justicia en lo penal.

La respuesta que se dé a esta cuestión dilucidará en gran parte la posibilidad de estructurar coherentemente la sistemática del subrogado que se estudia. Empero, esta situación no ha sido debidamente percibida.

Al respecto, la Corte no ha asumido una postura uniforme. En fallo reiteradamente referenciado por la doctrina, sostuvo:

“la condena condicional es una *gracia especialísima*. Ello quiere decir que este beneficio no puede concederse sino en casos excepcionales como se deduce del mismo texto del artículo 80, que apenas otorga una facultad potestativa al juez para suspender la ejecución de la sentencia cuando se reúnen las exigencias legales que ese mismo artículo determina”<sup>4</sup>.

Esta actitud y los argumentos en los cuales se ha asentado, ha sido fundamental a efectos de reforzar la idea de la necesidad de aplicar al mínimo la institución. Concebirla como una gracia, equiparándola casi a una exención de pena, perdiendo de vista que es en realidad una forma de punición de la conducta delictiva, alternativa a la pena privativa de la libertad (y posiblemente a la multa), fuerza a crear y abogar por la idea que señala que en frente al “enemigo social” debe actuarse con severidad a efectos de disuadir a otros potenciales delincuentes de sus propósitos de delinquir, y mostrarse ante los ciudadanos, ante el Estado, como un ente actuante contra el mal.

Esta actitud fue retomada por la Corte en providencia de marzo 3 de 1961, con ponencia de PRIMITIVO VERGARA:

“La condena condicional es una gracia especialísima, no otorgable por tanto a individuos como los procesados, en quienes no se nota otros atributos que la conducta contradictoria y maliciosa observada a través del expediente y su ánimo obstinado de engañar a la justicia... El tribunal encontró, por lo tanto, que los motivos determinantes y la naturaleza y modal-

<sup>1</sup> “G. J.”, t. LXXX, pág. 520.

<sup>2</sup> *Ibid.* Sin resaltar en el texto.

<sup>3</sup> ANTONIO J. MARTÍNEZ LÓPEZ, *Estatutos penales colombianos*, parte general, 1ª ed., Bogotá, Ed. Librería del Profesional, 1986, pág. 159.

<sup>4</sup> “G. J.”, t. LXX, pág. 109. M. P. Ángel M. Vásquez A.

dades del hecho delictuoso se inspiraron en la codicia y el afán de ganancia de los acusados a costa del patrimonio ajeno, lo cual no le dio la convicción de que estos no son peligrosos para la sociedad y que no volverán a delinquir"<sup>5</sup>

El fallo parcialmente transcrito y que viene a reforzar lo enunciado a propósito de la providencia anterior, permite observar la manera como se acude al expediente de la peligrosidad del agente o de su delito, todavía hoy no superado, para negar la concesión del subrogado. Lo anterior, porque difícilmente se encontrará un delito contra el patrimonio económico carente del elemento "codicia"; siendo además el engaño a terceros, afirmando la calidad de propietario, mecanismo no inusual en el delito de estafa y que no parece especialmente desvalorable.

Tradicionalmente la judicatura y el legislador han intentado recortar el alcance de la figura respecto de los delitos especialmente desvalorados en el momento histórico concreto. En 1961 algunos delitos contra el patrimonio económico engrosarían dicho grupo; modernamente, el narcotráfico entre otros.

También se le asignó carácter de gracia en fallo de julio 28 de 19536.

Por completo distinta fue la posición asumida en agosto 19 de 1987, cuando la Corte le otorgó el carácter de derecho a la condena de ejecución condicional. No obstante, esta resultó ser una actitud aislada, vigente el Código de 1980, esta última posibilidad referenciada fue continuamente rebatida. El texto del fallo mencionado dice en sus apartes principales:

"Con esa consideración de que la medida alternativa forma parte de la pena, y que su razón de ser es contribuir a la mejora del infractor (prevención especial) y a la protección de los asociados (prevención general y por tanto de interés público), resulta fácil entender por qué el otorgamiento del subrogado no está sujeto a la mera liberalidad del juzgador y entonces este debe concederlo siempre que la realidad procesal materialice la hipótesis de la norma legal que lo regula. Es igualmente obvio que este cotejo entre el haz probatorio y la ley correspondiente, ha de quedar debidamente motivado en la sentencia,...

En el sentido expuesto (elementos de juicio objetivos que no contradigan los presupuestos normativos) es que puede postularse que el sustituto penal es un derecho (no "gracia", "beneficio", ni cualquiera otra expresión sinónima); y porque lo es, su desconocimiento puede ser aducido en sede de casación como agravio a la legalidad"<sup>7</sup>

<sup>5</sup> "G. J.", t. XCV, pág. 138.

<sup>6</sup> "G. J.", t. LXXV, pág. 718. M. P. Luis Gutiérrez J.

<sup>7</sup> "G. J.", t. CLXXXIX, vol. II, págs. 148-149. M. P. Guillermo Duque Ruiz, sin resaltar en el texto.

Este fue tal vez el primer pronunciamiento de la Corte que señaló la necesidad de conferir a la figura el carácter de derecho. Y lo hizo de una manera muy interesante: relacionando los señalados como fines de la pena con la situación personal del sujeto pasivo de la misma; y resaltando la posibilidad de ver cumplidos los fines de prevención ya general, ya especial, con el otorgamiento del subrogado.

Por dicha vía, la amplitud de criterio del juez se ve restringida severamente para analizar las circunstancias que, prácticamente indefinidas, señala el art. 68 del C. P.: la personalidad del agente, la naturaleza y modalidades del hecho.

Esta postura, sin embargo, como se afirmó, tuvo carácter insular frente a una doctrina y una jurisprudencia que casi al unísono han señalado que la expresión *podrá* del artículo últimamente citado confiere al juez una facultad, sin que esté de ninguna forma compelido a adoptar la postura favorable al otorgamiento del subrogado.

Así, prontamente recogió la Corte esta postura para volver a la anterior, al abogar por un manejo lo más limitado posible del subrogado:

"...el que siempre se conceda la condena condicional (sic.) propósito totalmente ajeno al legislador y que lejos de estimular, en épocas tan aciagas como las que se viven, la reducción del delito, repercutiría en un aumento del mismo, por la blanda respuesta del mecanismo punitivo... La situación tal vez sea otra: que la justicia debe dar a entender que mientras ella no obtenga una fehaciente demostración de los requisitos para otorgar la condena condicional, la pena impuesta debe purgarse de manera efectiva"<sup>8</sup>.

Este texto bien puede entenderse como el planteamiento de que solo cabe responder a la delincuencia con represión, haciendo por completo abstracción de la capacidad reproductora de violencia implícita en la respuesta represiva y de la constante demostración de insuficiencia de los mecanismos institucionales tradicionales para resolver el conflicto que plantea el delito. Este fallo ha sido especialmente importante por lo recurrido en la doctrina para abogar por una limitación al máximo de la aplicación del subrogado, el que se ha señalado como factor de impunidad. Para sostener esto se acude al argumento de la falta de adecuados mecanismos con los cuales hacer efectiva la vigilancia sobre el condenado durante el "período de prueba", por lo que la única respuesta eficaz ante el crimen proviene del internamiento en prisión.

Dichas aseveraciones empero, son mendaces. No se ha carecido de mecanismos con los cuales hacer real la vigilancia sobre el condenado; por el contrario, los juzgados han sido renuentes a hacer concreta la vigilancia periódica, por ejemplo, mediante el régimen de visitas del sujeto ante el despacho, efectivamente controlado, por lo dilatado y difícil que les resulta. Y basa acudir a las conclusiones de la

<sup>8</sup> *Jurisprudencia y doctrina*, t. XVII, núm. 199, julio 1988, Bogotá, Edit. Legis, pág. 556. M. P. Gustavo Gómez V.

criminología contemporánea, no solo en su corriente crítica, para observar cómo la prisión produce más conflictos de los que resuelve (salvo posturas como la del nuevo realismo norteamericano).

La respuesta a este cúmulo de incoherencias, o, tal vez mejor, su explicación, se encuentra en la imposibilidad de prescindir de la violencia en la reacción institucional, no solo por las representaciones que puede generar, sino por su idoneidad en el mantenimiento del actual estado de cosas.

Frente a los argumentos expresados unas líneas atrás, el art. 522 del decreto 2700 de 1991, al conferir al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad competencia para revocar los subrogados penales, implícitamente le encomienda vigilar el cumplimiento de las obligaciones que en virtud de los propios subrogados se imponen.

### 3. MOMENTO PROCESAL PARA EL OTORGAMIENTO

En lo atinente a este punto, la cuestión se presentó especialmente problemática a partir de la providencia de la Corte de octubre 22 de 1980, cuya ponencia estuvo a cargo de GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ<sup>9</sup>.

Antes de ese momento no se había producido discusión alguna. En junio 26 de 1951, con ponencia de AGUSTÍN GÓMEZ PRADA, sostuvo la Corte que el momento procesal oportuno para el pronunciamiento sobre la procedencia del otorgamiento de la condena de ejecución condicional era aquel en que se profería la sentencia<sup>10</sup>.

En dicha ocasión señaló la corporación que al otorgar el subrogado el proceso termina de una manera especial, lo cual parece discutible: el proceso culmina de manera normal, es decir termina, por el proferimiento de sentencia.

No se ve claro a qué se refería la Corte al hablar de una forma especial de terminación del proceso.

La misma actitud asumió varios años después, referente a la oportunidad al momento de dictar sentencia, en fallo de julio 9 de 1986, cuando señaló que, proferida dicha providencia y denegado por ella el "beneficio", solo quedaba una posibilidad para que el sujeto resultara cobijado por los efectos del mismo: la expedición de una nueva disposición que extendiera el alcance de la figura a quienes antes habían sido excluidos de ella<sup>11</sup>.

En 1980 se suscitó la discusión en razón de lo dispuesto por el art. 453, 5 del C. de P. P. de 1971, que posibilitaba conceder la libertad provisional "cuando llegada la oportunidad de calificar el mérito del sumario aparezcan que son aplicables conforme a la ley la condena condicional o el perdón judicial". La cuestión no

parecía de difícil solución, siguiendo el criterio del tribunal: el análisis debía distinguir la condena condicional como "subrogado propiamente dicho" y como "factor anticipado que refleja su efecto en la excarcelación".

El problema fue planteado por REYES ECHANDÍA en salvamento de voto, al cuestionar si dictada y en firme la sentencia resultaba (y resulta hoy) posible otorgar el subrogado.

Tradicionalmente se ha dicho que conceder el "beneficio" con posterioridad a la sentencia constituye flagrante atentado a la cosa juzgada; y que la ley se refiere solo a la sentencia, sin mencionar acto procesal distinto. Respecto a lo primero, REYES, defensor de la tesis que confiere al subrogado el carácter de causal de extinción en concreto de la punibilidad, tesis bastante discutible, destacó cómo una serie de medidas concretadas en auto posterior a la sentencia, modifican la misma sin afectar la cosa juzgada, y menciona la libertad condicional y la amnistía impropia.

Respecto a lo segundo, podría señalarse que la ley en ningún caso menciona la sentencia de una manera privativa y excluyente, como momento oportuno para adoptar la decisión a que nos venimos refiriendo.

La limitación procesal al momento de la sentencia y la imposibilidad de adoptar la decisión de manera ulterior, fue atacada por los magistrados que salvaron su voto: REYES, FIORILLO y MARTÍNEZ ZÚÑIGA, quien lo aclaró parcialmente actuando como conjuer.

REYES afirmó que:

"Rechazar el otorgamiento de la institución que se comenta cuando se dan sus presupuestos legales con el solo argumento de pretendida extemporaneidad es negar el reconocimiento del bien jurídico de la libertad personal a que tiene derecho el condenado con fundamento en formalismos insustanciales"<sup>12</sup>.

Sus razonamientos atacaron también la fórmula planteada por la mayoría, de acudir al art. 311 del C. de P. C., sentencia complementaria, para "suplir renuncias conscientes u olvidos involuntarios"<sup>13</sup>, en lo atinente a la concesión del subrogado, aunque limitándolo al momento de la ejecutoria del fallo.

FIORILLO, a su vez, resaltó lo ajena que al proceso penal resulta dicha providencia<sup>14</sup>.

La confusión aumentaba con el art. 6° de la ley 22 de 1980, que introdujo la "suspensión de la ejecución de la pena", figura en realidad no sustancialmente distinta de la condena de ejecución condicional. Esta figura podía concederse en la sentencia o con posterioridad a ella, según previsión de la misma ley.

<sup>12</sup> *Excetas penales*, ed. cit., pág. 91.

<sup>13</sup> *Ibid.*, pág. 74.

<sup>14</sup> *Ibid.*, págs. 83 y 84.

<sup>9</sup> *Excetas penales*, Colección Pequeño Foro, Medellín, 1981, pág. 122.

<sup>10</sup> "G. J.", t. LXIX, pág. 794.

<sup>11</sup> C. S. de T., *Jurisprudencia penal*, segundo semestre 1986, Medellín, Ed. Jurídica de Colombia, 1987, pág. 203.

## LA CONDENA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Hoy debe tenerse en cuenta que la ley 22 de 1980 se encuentra derogada, por lo que el análisis debe partir de otros elementos.

Mantenemos la pretensión de asignar carácter punitivo a la medida que nos ocupa. Bien sabido es que el momento procesal oportuno para la imposición de penas es la sentencia. No obstante, debe reconocerse que el subrogado actúa de manera subsidiaria respecto de la pena privativa de la libertad, por lo que, en principio al menos, podría pensarse en la viabilidad de la concesión una vez en firme la sentencia que señaló la pena por cumplir y de la cual no se decretó suspensión, si se allegan al juez los elementos de juicio suficientes en torno a la posibilidad de concesión del subrogado.

Empero ello conduciría a sostener que, en firme la sentencia en la cual se reconoció el subrogado, podría revocarse dicha medida, no porque el sujeto incumpla las obligaciones impuestas, sino porque el fallador llega a la convicción de que la medida no debió concederse. Todo ello valiéndose de la misma argumentación en que basó la decisión propuesta previamente.

De momento pareciera que la libertad del procesado y la seguridad jurídica quedan salvaguardadas en mayor medida si se sostiene que la decisión acerca de la procedencia del subrogado debe adoptarse en la sentencia.

Sin embargo, el decreto 2700 de 1991 varía sustancialmente este estado de cosas: aunque la decisión sobre la procedencia del otorgamiento del subrogado continúa en cabeza del juez de instancia, según se desprende de los arts. 75,1 y 520, se ha conferido competencia al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad para revocar o negar los subrogados penales, con lo que se abre espacio al debate sobre estos hechos una vez en firme la sentencia que decretó la responsabilidad del procesado. Ello con una agravante: si la competencia del nuevo funcionario según el art. 522 le permite *revocar o negar* los subrogados, no estaría facultado para conceder la condena de ejecución condicional (sí la libertad condicional, conforme a lo dispuesto por el art. 515 del dicho decreto 2700), cuando el condenado que ha comenzado a purgar su pena promueve el debate a través del cual desea demostrar su posibilidad de verse amparado por los más benéficos efectos de la figura prevista en el art. 68 de nuestro C. P.

Esta interpretación, sin embargo, podría matizarse pensando que quien tiene competencia para negar algo, debe tenerla también para concederlo, y que así el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad podría conceder el "beneficio" que no ha otorgado el juez de conocimiento.

## 4. ELEMENTOS DE JUICIO REQUERIDOS POR EL JUEZ

En torno a este aspecto la postura de la Corte ha sido casi unánime. Desde febrero 9 de 1948, comenzó a proferir afirmaciones del siguiente tenor:

"Lo que pasa es que será difícil separarse de lo resuelto por el juez de la causa, pues por más que estén especificadas las

condiciones de su otorgamiento, ellas están sujetas a su «convicción», vale decir a la prudencia y buen sentido de quien ha estado o ha bebido (sic.) estar en contacto directo con el infractor"<sup>15</sup>.

Similar fue la actitud asumida en fallo de julio 28 de 1953:

"...pero en el otorgamiento de esa gracia, la ley atribuye al juzgador una facultad muy amplia, toda vez que, en último término somete a la convicción de este la solución del problema, es decir, como dice el procurador «a algo muy íntimo y subjetivo de él que rara vez podrá desconocer la Corte en el recurso extraordinario de casación»"<sup>16</sup>.

Idéntica posición, en fallos de junio 15 de 1972<sup>17</sup> y mayo 6 de 1987<sup>18</sup>, asumió la Corte.

Al respecto debe anotarse que la referencia a la convicción de orden subjetivo en el fallador, o a sus amplias facultades para apreciar los elementos de juicio, en lugar de invocar los criterios de la sana crítica, que es principio rector de la apreciación de la prueba (arts. 253 decreto 050/87 y 254 decreto 2700/91), ha permitido un manejo en cierta medida arbitrario del subrogado, sin superar el grado ideológico de conceptos como tratamiento penitenciario y prevención especial como función de la pena.

## 5. LA CONDENA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL EN SEDE DE CASACIÓN

En íntima relación con lo anterior, la postura adoptada ha allanado el camino para excluir de la vía de la casación la petición de concesión del subrogado.

La discusión emana de la redacción misma del art. 68 del C. P., que señala que "en la sentencia condenatoria de primera, segunda o de única instancia" puede el juez suspender la ejecución de la pena, sin incluir las sentencias proferidas en sede del recurso de casación.

La amplitud de juicio en el juzgador ha sido el argumento principal para señalar que la causal primera de casación no puede invocarse cuando considere el recurrente que procedía otorgar el recurso de casación (dicha causal se refiere a la violación de la ley sustancial).

Esta tesis fue sostenida mediante sentencias de la Corte de abril 7 de 1981, con ponencia de DANTE FIORILLO<sup>19</sup>; noviembre 18 de 1984, con ponencia de GUSTAVO

<sup>15</sup> "G. J.", t. LXIII, pág. 870. M. P. Agustín Gómez Prada.

<sup>16</sup> "G. J.", t. LXXV, pág. 718. M. P. Luis Gutiérrez J.

<sup>17</sup> "G. J.", t. CXLII, pág. 362. M. P. Humberto Barrera D.

<sup>18</sup> "G. J.", t. CLXXXIX, vol. I, pág. 430. M. P. Gustavo Dávila Muñoz.

<sup>19</sup> JAIRO LÓPEZ M., *Jurisprudencia penal de la corte 1981*, Bogotá, Ed. Lex, 1982.

GÓMEZ VELÁSQUEZ<sup>20</sup>; y el fallo ya mencionado de mayo 6 de 1987, con ponencia del magistrado GUILLERMO DAVILA MUÑOZ<sup>21</sup>, entre otros.

En fallo de junio 16 de 1989 señaló la Corte los casos en que, según la misma, procede la revisión del caso cuando se discute el asunto materia de este escrito:

“La sala en estos eventos, para introducir una modificación que afecte un pronunciamiento de esta naturaleza tiene que observar la determinación como *injusta, aberrante y desprovista de toda explicación*. Si se dan consideraciones válidas al respecto así no se lleguen a compartir íntegramente, la decisión se debe respetar y mantener”<sup>22</sup>

En febrero 9 de 1948 venía estructurándose la sentencia con igual sentido, pero finalmente se sostuvo que la invocación expresa de ciertos aspectos en la demanda de casación —lo que no se hizo en ese caso— podría motivar la revisión de la sentencia<sup>23</sup>.

El fallo ya referenciado de agosto de 1987<sup>24</sup> sostuvo, por el contrario, la posibilidad de recurrir en casación, en armonía con el carácter de derecho asignado al instituto en dicha providencia.

En este aspecto, la conclusión al repasar la jurisprudencia de la Corte es inquietante. La corporación ha estado a un paso de sostener que la concesión del subrogado raya en lo arbitrario y que, en virtud de ello, la sola existencia de motivación inhibe a la entidad para revisar el fallo impugnado, salvo que de bulto se presente como absurda la decisión.

El fallo que recogió la ponencia del magistrado DUQUE RUIZ, en 1987, abre una vía distinta al señalar que el otorgamiento del subrogado no constituye una mera liberalidad.

## 6. LOS REQUISITOS PARA EL OTORGAMIENTO DEL SUBROGADO

Este aparte busca cotejar las exigencias formuladas bajo el imperio de dos estatutos penales de filosofías en principio distintas: peligrosista el de 1936, culpabilista el de 1980, para deducir si existe la posibilidad o no de afirmar que al respecto verdaderamente ha habido una concepción distinta de la figura, como lo demanda el cambio de filosofía mencionado.

<sup>20</sup> *Jurisprudencia penal 1984*, Medellín, Ed. Jurídica de Colombia, 1985, pág. 73.

<sup>21</sup> “G. J.”, t. CLXXXIX, vol. I, pág. 430.

<sup>22</sup> *Jurisprudencia penal*, primer semestre 1989, Bogotá, Ed. Jurídica Radar, 1989, pág. 419. Sin resaltar en el texto.

<sup>23</sup> “G. J.”, t. LXIII, pág. 870. M. P. Agustín Gómez P.

<sup>24</sup> Cfr. nota 7.

En especial se reseñará inicialmente un extracto del fallo de la Corte Suprema de Justicia de junio 4 de 1959. El mismo se refiere a la posibilidad que abría el art. 27 del C. P. de 1936 de conceder la condena condicional a los condenados a pena de presidio que hubieran actuado en exceso de una causal de justificación; esto debido a que los condenados a presidio no podían ser favorecidos con el subrogado, salvo esta excepción:

“Y el requisito de que se trate de «casos especialmente favorables para el sindicado» a que alude el art. 27 citado, no puede entenderse como cosa distinta al acopio de las condiciones previstas en el artículo 80 del Código Penal, sobre ausencia de antecedentes delictivos en el procesado, buena conducta anterior suya y factores personales, modalidades del hecho y motivos determinantes que lo favorezcan, pues no otras consideraciones son las que permiten al juzgador decidir la ausencia de peligrosidad social en quien haya incurrido en una violación punible, ausencia de peligrosidad social que es lo que justifica y permite la aplicación de los subrogados penales”<sup>25</sup>.

Supone la corte, en pleno imperio del Código positivista, que el fundamento de los subrogados penales radica en la ausencia de peligrosidad en el agente, acogiendo seguramente el criterio tradicional que imputó el origen de estas instituciones al positivismo italiano.

Una lectura detenida de dicho origen, sin embargo, indicará cómo la institución surgió bajo la influencia de la *probation* estadounidense, medida adoptada por sir MATTHEW DAVENPORT HILL, con antelación a la consolidación de la escuela positivista italiana; y se constatará además, cómo FERRI no fue por completo afecto a dichas medidas.

Ahora bien: las instituciones jurídicas permanecen, pero lo lógico es esperar que su concepción, y así su funcionalidad, varíen según el momento histórico y cultural en que se vive. Posiblemente no hubiera sido de buen recibo apartarse de dicha concepción en 1959, cuando todo el discurso jurídico del país la avalaba. Lo que resulta bastante discutible es la permanencia de dicho discurso en la actualidad.

En general, las distintas manifestaciones jurisprudenciales apuntan a la necesidad de que se cumplan íntegros los requisitos exigidos por la ley.

### A) Personalidad del condenado

1. *La conducta anterior*. Al respecto dijo la Corte en julio 10 de 1951:

“Efectivamente, al folio citado por el tribunal, consta el pasado judicial de Rosendo Vanegas Cabra, quien ha sido sumariado en múltiples ocasiones por distintas clases de delitos.

<sup>25</sup> “G. J.”, t. XC, pág. 777. M. P. Humberto Barrera D.

De manera que el pasado judicial de este reo, no admite en manera alguna que se le conceda una gracia tan especial como la suspensión del cumplimiento de la condena, porque de ser ello así se violaría de manera flagrante el ordinal (sic.) b) del artículo 80, que exige para el otorgamiento de aquel beneficio, que la conducta anterior del procesado haya sido *siempre buena* y es apenas elemental que quien tantas veces ha comparecido ante la justicia sindicado de graves faltas penales, no puede pretender ampararse con beneficios legales que solo se otorgan a quienes no ofrezcan peligrosidad y no constituyan elementos dañinos para la sociedad<sup>26</sup>.

Lo más particular de esta providencia viene dado por no figurar en el pasado judicial del imputado ninguna condena, no obstante haber comparecido en múltiples ocasiones ante los estrados judiciales. Para la Corte resultó así equiparable el hecho de producirse la absolución por no demostrarse la responsabilidad, con el hecho de ser condenado.

Este fallo puso de manifiesto la manera de ejercer el control social institucional sobre personas con la calidad de seleccionados por el sistema penal, no obstante la ausencia de condenas: sobre estos se hizo pesar la presunción de peligrosidad, acogiendo la tipología de sujetos delincuentes, confirmando a la misma carácter casi natural.

Además hay que anotar cómo, desde el Código de 1936, nuestra jurisprudencia y la praxis judicial toda han asimilado, a la mejor manera peligrosista, la personalidad necesitada de tratamiento penitenciario con la existencia en la hoja de vida del individuo de condenas anteriores, con carácter de indicio necesario, lo que no ha hecho más que corroborar la imputación efectuada sobre la mayoría de nuestros jueces acerca de su despreocupación por lo que es la persona de quien es sometido a proceso. Dicha equiparación, considerada infalible, solo ha perpetuado un discurso violento, destructor de la personalidad, si se tienen en cuenta los efectos que sobre una persona produce el internamiento en una institución total del tipo de la cárcel.

Esto de nuevo lo resaltó la corporación al decidir la suerte de un condenado que diecisiete años antes, en 1948 (el pronunciamiento es de 1965), había sido condenado:

“Arango Villada no puede ser considerado como reincidente, pero sería ilógico y arbitrario que esa condena anterior, por ser una sola y de carácter condicional careciera de significado con respecto a la peligrosidad del reo y sin incidencia alguna en la sanción del nuevo delito cometido<sup>27</sup>.”

<sup>26</sup> “G. J.”, t. LXX, pág. 110. M. P. Ángel Vásquez A.

<sup>27</sup> “G. J.”, ts. CXIII y CXIV, pág. 314. M. P. Julio Roncallo.

2. *La declaración de persona ausente.* En este sentido, varias veces ha sostenido la Corte que quien elude someterse voluntariamente a las consecuencias que ha de acarrearle el sometimiento a un proceso penal, no tiene por qué verse cobijado por los efectos de la figura a la que se viene haciendo referencia.

En fallos de marzo 12 de 1982<sup>28</sup> y agosto 9 de 1983<sup>29</sup>, la posición de la Corte no fue uniforme. En el primero se afirmó de manera contundente que “*los reos ausentes no concitan este benigno tratamiento*”. En el segundo la actitud no fue igualmente terminante; empero, tampoco representó un especial avance hacia la solución contraria, puesto que el subrogado se negó debido a que la no comparecencia ante el juzgador fue voluntaria y desconocidos los motivos para ello, estableciéndose así una especie de presunción de mala fe: el desconocimiento de los motivos permite suponerlos especialmente desvalorables.

Al negar la concesión del subrogado en virtud de la no comparecencia a afrontar las consecuencias del proceso, se ha concluido que el condenado, para ser amparado por los efectos de la institución debió de todas maneras presentarse al despacho a probar sus “merecimientos”, lo que parece bastante discutible, al menos asignándole a dicha aseveración el carácter de principio incuestionable.

En lo atinente a este punto, manifestó el Tribunal Superior de Buga en providencia de la que fue ponente el magistrado LUIS F. TOCORA:

“No se le puede oponer, de otra parte, la no comparecencia del procesado ante la justicia para negarle el subrogado. El artículo 68 del Código Penal establece taxativamente unos requisitos para la evaluación de la conducencia de ese beneficio, y no hay lugar extensivamente a exigirle nuevas condiciones. Tampoco puede desconocersele por la vía de una calificación negativa de la personalidad por la «contumacia» del procesado, pues a nadie escapa el sentimiento de temor y pánico que la acción penal produce en el ciudadano común, y más particularmente en un mozalbate que tentado por la ocasión comete un delito doméstico menor...”

“...es al Estado a quien le corresponde imponer sus penas, y no al ciudadano a quien le corresponde someterse a ellas...”

“No puede en consecuencia oponersele al procesado su renuencia a comparecer al proceso un gravamen distinto, al que pueda ocasionarle su propia negligencia en el resultado final de él<sup>30</sup>.”

Esta providencia reviste especial importancia en lo relativo al punto que se menciona en este aparte, por la distinta percepción que del *ius puniendi* envuelve;

<sup>28</sup> *Excertas penales*. Colección Pequeño Foro, Medellín, págs. 149 y 150. M. P. Gustavo Gómez.

<sup>29</sup> *Excertas penales*, segundo semestre 1983. Colección Pequeño Foro, Medellín, pág. 52. M. P. Alfonso Reyes.

<sup>30</sup> *Revista Judicial*. Órgano de publicidad del tribunal superior del distrito judicial de Buga, 1989, núm. 310, págs. 270 y 271.

y desde allí por su comprensión de que la ausencia del sindicado, aun voluntaria o intencional, no debe entenderse siempre como síntoma de una personalidad, que conforme al discurso mayoritario de la jurisprudencia, amerita tratamiento penitenciario.

3. *Condición social del agente.* La intitulación de este acápite, tal vez equivoca, pretende darle sentido al papel que socialmente desempeña el agente en el contexto social y la relevancia de dicho aspecto en la concesión del subrogado.

Para iniciar, cabe recordar que en el régimen del Código Penal no hay delitos que *per se* ameriten la negativa de otorgamiento de la figura. Si determinados delitos requieren de sujeto calificado, sin estar por ello excluidos de la posibilidad de ser cobijados por la institución, resulta un contrasentido negar tal otorgamiento en virtud, precisamente, de la condición que resultó calificar al sujeto, a efectos de hacer típica su conducta.

Tipos penales como los recogidos bajo el título del Código Penal que señala los delitos contra la administración de justicia, por ejemplo, ameritan un juicio de desvalor concretado en la pena que se señala para el evento respectivo. Invocar la calidad de funcionario judicial, requerida en algunas de las figuras como calidad del sujeto activo, para privarlo del otorgamiento del subrogado, implica imponer la privación efectiva de la libertad con criterios de prevención general, colocando a dichos funcionarios como ejemplo de lo que sucedería a quienes sean in fieles a sus deberes profesionales (sin aludir obviamente en concreto al tipo vertido en el art. 175 del Código Penal).

En este punto debe señalarse algo que no ha sido muy atendido por la doctrina y la jurisprudencia nacionales. A la luz del ord. 2 del art. 68 del C. P., no puede afirmarse que la mayor gravedad del resultado típico sea razón para no acceder a la concesión de este sustituto penal. Para ello está la tasación de la pena y la fijación de un límite de esta, superado el cual no puede invocarse su otorgamiento. La naturaleza y modalidades del hecho punible, como criterios limitantes de la concesión de la figura, obran en función de la necesidad de tratamiento penitenciario como criterios indicadores de dicha necesidad. No son ellos en sí mismos los que tienen la entidad suficiente para limitar la operancia de la institución.

Los dos últimos fallos proferidos por la Corte, a los que nos referimos en páginas anteriores, fueron proferidos contra jueces ausentes. Ambos negaron el otorgamiento de la figura, en atención a dichas circunstancias.

Para concluir, es importante traer a comentario un fallo de octubre 22 de 1991<sup>31</sup>, mediante el cual la Corte resaltó el carácter de favorabilidad que para el condenado tiene la concesión de la condena de ejecución condicional, lo cual, en consonancia con el art. 31, inc. 2° de la Constitución Política, limita la competencia del superior para reformar en disfavor del condenado este sea apelante único. Esta situación que parece evidente, adquiere así un respaldo jurisprudencial importante, frente a posturas teóricas que pretenden imponer la ejecución de la pena privativa de

la libertad en aras del efecto resocializador que sobre la personalidad del condenado pueda surtir el internamiento en prisión, actitud no carente de respaldo teórico legítimamente, que pierde de vista que la pena siempre trae consigo la restricción de un derecho del sujeto, la cual se hace más intensa cuando con ella se da la privación efectiva de la libertad y no el sometimiento a la vigilancia periódica de las autoridades, pero sin privación total de la libertad. Resulta un absurdo (no carente de defensores) sostener que es conveniente aun para el condenado el internamiento en prisión, por el efecto que ello producirá en su personalidad.

Lo que hasta acá se ha expuesto no ha pretendido ser más que un repaso, con carácter sumario, por la evolución de la jurisprudencia nacional respecto a la institución referenciada. No ha tenido el alcance de una glosa extensa sobre los pronunciamientos del máximo tribunal de justicia en lo penal. La práctica profesional ante los despachos judiciales le ha permitido observar cómo el subrogado es concebido por no pocos funcionarios de manera asistemática y carente de un análisis de fondo en torno a su sentido y su filosofía. Ello, sin embargo, resulta compatible con un ejercicio violento del poder penal estatal que se resiste a renunciar a la cárcel como mecanismo principalísimo del control social, una cárcel que crea más conflictos que los que soluciona, pero que es imprescindible en una realidad social como la nuestra.

Infelizmente, la doctrina y jurisprudencia nacionales han desatendido la ejecución penal en lo relativo a efectuar un discurso científico y socialmente consciente al respecto; no obstante ser Colombia uno de los países que más lo requiere.

Queda a la práctica judicial determinar si la afirmación de haber superado un derecho penal positivista, peligrosista, ilumina a la misma; o si, por el contrario, todo se limita a una cuestión de rótulos, de manera tal que la personalidad del agente, entendida a la manera autoritaria, sigue siendo el criterio que delimita el ámbito de aplicación de las disposiciones penales. Para evaluar lo que viene siendo la situación actual se trajeron a colación una serie de decisiones al respecto, con el propósito de proponer confrontar lo mencionado con la actuación cotidiana ante las autoridades judiciales.

Antes de concluir, resulta importante hacer referencia, de una manera diferente en cuanto a la estructura con que se viene desarrollando este escrito, a un aspecto al que se hizo ya mención, pero cuyo tratamiento doctrinal es escaso. Esta cuestión atiende a la naturaleza jurídica de la condena de ejecución condicional.

A este respecto escasos son los pronunciamientos explícitos de la doctrina, puesto que los distintos autores simplemente mencionan el carácter que piensan posee la figura, sin detenerse a justificar su dicho. De esa manera, se ha expresado que el subrogado es una forma de indulto; o una gracia. NOVOA MONREAL, por razones prácticas, fundadas en la inexistencia de los patronatos previstos en la ley chilena para vigilar la conducta del condenado durante el período de prueba, señala que la figura termina constituyendo una remisión graciosa de la pena<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> *Jurisprudencia y doctrina*, t. XX, núm. 240, Bogotá, Ed. Legis, dic. 1991, págs. 1004 y 1005. M. P. Gustavo Gómez V.

<sup>32</sup> EDUARDO NOVOA M., *Curso de derecho penal chileno*, libro I, t. II, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1970.

Excepcionalmente alguien le atribuye carácter de derecho<sup>33</sup>.

También hay quienes le asignan naturaleza punitiva, como JESCHECK<sup>34</sup>, MAURACH<sup>35</sup> y SOLER<sup>36</sup>.

Conferir a la condena de ejecución condicional tratamiento equivalente al indulto, significa pensar que, como este, trae en sí remisión o perdón de la pena. Sin embargo, la figura que nos ocupa representa una forma de ejecución sustitutiva de la pena de privación de la libertad impuesta en la sentencia condenatoria; la declaración de responsabilidad subsiste y en virtud de ella se ejecuta una pena, que en principio permitirá el no internamiento del sujeto en prisión. La pena no es suspendida, simplemente es ejecutada de manera distinta de la inicialmente prevista. Cuando se señala que al otorgarse el subrogado, que en el lenguaje corriente no significa otra cosa que sustitución o reemplazo, se está condonando la pena, se está efectuando un análisis parcial de la institución, pues se tiene en cuenta la no ejecución de la medida principal impuesta, pero no las cargas y obligaciones que son inherentes a la concesión de la medida.

Su consideración como derecho parece discutible, habida cuenta de la previsión legal, casi uniforme en los distintos estatutos penales latinoamericanos, que señala que el juez *podrá* proceder al otorgamiento de la figura, si encuentra cumplidos los requisitos previstos en la ley. Ello porque de la manera como está previsto el instituto entre nosotros, y con el perfil asignado por la jurisprudencia, resulta difícil hablar de un derecho que carece de exigibilidad frente a terceros; en este caso frente al juez. Distinta es la situación, por ejemplo en Alemania, donde las penas privativas de la libertad de duración inferior a seis meses no son ejecutadas (§ 47, I del C. P. alemán).

Ello aun con lo interesante de la aislada postura de la Corte, que asignó a la figura este carácter que se menciona y donde se planteó, además, que sí existe posibilidad de recurrir la decisión desfavorable al condenado, que será obviamente la que no accede a otorgar el subrogado, ordenando hacer efectiva la privación de la libertad, porque con ello se lesionaría un bien del que es titular el condenado. Esta tesis, que parece correcta desde un punto de vista político-criminal, excede la previsión de una ley que, a efectos de control social, restringe severamente dicho posible alcance.

Más correcto es asignar carácter de pena a la condena de ejecución condicional. Aceptando que caracteriza a la pena el ser la afectación de un bien jurídico del que es titular el sujeto pasivo de ella, impuesta como consecuencia de la comisión de

un hecho punible y cumplidas las formalidades previstas para su imposición, se encontrará que estos elementos pueden predicarse de la figura que nos ocupa. La constatación de esos elementos merece atención, básicamente, en lo referente a ser afectación de un bien jurídico de que es titular el condenado, pues en los otros aspectos la cuestión no envuelve una especial dificultad.

La especial importancia que desde un análisis amplio de los mecanismos de control social presenta el subrogado penal en comento, se evidencia al observar el art. 69 del C. P., que fija una serie de obligaciones que deben imponerse al conceder el instituto. Si se mira bien, todas ellas solo buscan someter al condenado a los mecanismos informales de control social: vincularse al mercado laboral, no consumir bebidas embriagantes, informar cambios de residencia, observar buena conducta y someterse a la vigilancia de las autoridades. Ellas acarrearán restricciones a la libertad del sujeto, obviamente de intensidad menor que la reclusión en una institución total (tratamiento especial amerita la obligación de pagar perjuicios, salvo demostración de imposibilidad, como condición para no revocar el subrogado).

Esta apreciación, sin embargo, no es aceptada por quienes sostienen que tales situaciones no limitan de manera alguna un bien del cual es titular el condenado, sino que son simples consecuencias de la concesión del subrogado. No obstante, esta posición limita el estudio, pues prescinde de una visión global acerca del funcionamiento de la institución.

La asignación de carácter punitivo a la figura, fuerza a considerar que su imposición ha de estar sujeta a los principios que rigen la aplicación de las penas, como la proporcionalidad. En otros aspectos, como el respeto a la dignidad humana, resulta un medio más adecuado que el internamiento en prisión, lo que debiera ser un factor decisivo para la opción por el subrogado cuando constituya alternativa viable; amén de adecuarse de manera más clara a los fines de prevención especial.

<sup>33</sup> ALBERTO ARTEAGA S., *Derecho penal venezolano*, parte general, 4ª ed., Caracas, U. C. V., 1986, págs. 421 y 422.

<sup>34</sup> H. H. JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, parte general, t. II, trad. de S. Mir P. y F. Muñoz C., Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1981, pág. 1153.

<sup>35</sup> REINHART MAURACH, *Tratado de derecho penal*, t. II, trad. de J. Córdoba R., Barcelona, Edit. Ariel, 1962, pág. 509.

<sup>36</sup> SEBASTIÁN SOLER, *Derecho penal argentino*, t. II, 3ª reimpresión total, Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina, 1956, pág. 476.