



PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

Monografía jurídica:
JUSTICIA RESTAURATIVA Y EJECUCIÓN DE LA PENA EN COLOMBIA

Autores:
MARÍA PAULA BAHAMÓN SÁNCHEZ
LUIS FELIPE BOTERO CÁRDENAS
SERGIO FONNEGRA MANTILLA

Director:
JAVIER DARÍO CORONADO DÍAZ

Bogotá D.C. septiembre de 2015

NOTA DE ADVERTENCIA

“Resolución No. 13 de Julio de 1946, artículo 23: La universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará porque no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y porque las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

AGRADECIMIENTO

Con total agradecimiento a nuestros padres por el cariño y apoyo incondicional, a nuestros profesores por su empeño y dedicación, y a todos aquellos que participaron en esta etapa formativa. Un agradecimiento muy especial al doctor Javier Coronado, gran amigo y excelente colega, por sus consejos y su apoyo incondicional para la realización de este proyecto.

RESUMEN

El presente estudio se encuentra dirigido a la exposición de la pena, así como lo relativo a la ejecución de la sanción penal, para dentro de un contexto general, y en el ámbito Colombiano desarticular una serie de problemáticas que afronta el Sistema Penitenciario y Carcelario. Igualmente, se pone de presente un análisis detallado frente al concepto de la Justicia Restaurativa en sede de ejecución de la pena; todo ello tendiente a solucionar las problemáticas reseñadas. Finalmente se propone, a partir de un estudio de caso práctico, que involucra entrevistas al interior de un Centro de Reclusión, la creación de mecanismos restaurativos en la ejecución de la pena, que contribuyan a solventar la crisis referenciada, mediante un nuevo enfoque del proceso penal.

PALABRAS CLAVE

Justicia Restaurativa. Ejecución de la Pena. Reparación.

Contenido

CAPÍTULO 1: INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO 2: LA PENA	13
2.1. Concepto:	13
2.2. Marco normativo:	16
2.2.1. Constitucional:	16
2.2.2. Legal:	18
2.2.2.1. Principios:	18
2.2.2.2. Funciones:	22
2.2.2.3. Normativa:	25
2.2.2.3.1. Ley 599 de 2000:	25
2.2.2.3.1.1. Las penas:	26
2.2.2.3.2. Ley 1709 de 2014:	45
2.2.3. Reglamentario:	55
2.2.3.1. INPEC:	56
2.2.3.2. Centros de Reclusión:	59
2.2.3.3. Tratamiento Penitenciario:	62
CAPÍTULO 3: PROBLEMÁTICAS EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA	65
3.1. Problemáticas generales de la ejecución de la pena:	65
3.1.1. La determinación del Estado en la vida del ciudadano.	65
3.1.2. Los problemas de caer en un sistema penal basado únicamente en la eficacia..	67
3.1.3. La forma de castigar el delito no está reparando a las víctimas	68
3.1.4. Los efectos estigmatizantes de la pena.....	69
3.2. Problemas de la Ejecución de la Pena: el Caso Colombiano.....	72
3.2.1. Infraestructura obsoleta:.....	72
3.2.2. La inconstitucionalidad de una vida en la Cárcel:	74
3.2.3. Hacinamiento Carcelario:.....	81
3.2.4. La delincuencia crece al igual que los costos:.....	87

3.2.5. Necesidad de separar el tratamiento penitenciario y carcelario:	88
CAPÍTULO 4: JUSTICIA RESTAURATIVA Y EJECUCIÓN DE LA PENA.....	91
4.1. Noción.....	91
4.2. Fundamento de la Justicia Restaurativa.....	98
4.3. Antecedentes	102
4.4. Presuntos Obstáculos de la Justicia Restaurativa	109
4.5 Mecanismos de Justicia Restaurativa	113
4.6 Mecanismos de Justicia Restaurativa en Colombia.....	116
4.6.1 Marco Normativo.....	116
4.6.1.1. Mediación	118
4.6.1.2. La Conciliación Preprocesal	122
4.6.1.3 La Conciliación en el Incidente de Reparación Integral: Mecanismo de Justicia Restaurativa.	126
4.6.2 Suspensión del Procedimiento a Prueba	128
4.7 La Justicia Restaurativa en la Ejecución de la Pena	130
CAPÍTULO 5: ESTUDIO DE CASO	138
CAPÍTULO 6: PROPUESTAS DE IMPLEMENTACIÓN	145
CAPÍTULO 7: CONCLUSIONES.....	159
BIBLIOGRAFÍA:.....	162

CAPÍTULO 1: INTRODUCCIÓN

Con la llegada del estado moderno, el sistema adoptado para atender las causas penales fue el de una relación bipartita entre el Estado, como sujeto investigador, acusador y juzgador del delito, y el victimario, como “...*un objeto para el estudio, manipulación y control...*”- *traducción libre*¹. Así, fue considerado el conflicto se vería, a todas luces, solucionado. Sin embargo, el Estado desconoció que el principal afectado con el delito es la víctima; es ella quien sufrió el daño derivado de la conducta punible². Lo anterior, trajo consigo una crisis del sistema tradicional de reacción al delito y la consiguiente búsqueda de un sistema más incluyente para la resolución del conflicto³.

En ese orden de ideas y para incluir a la víctima del delito dentro del proceso penal, dándole un papel activo en la resolución integral y restaurativa del delito, surge el sistema basado en el concepto de Justicia Restaurativa. Igualmente, otras razones por las que se adopta este nuevo enfoque del Sistema Penal son: “*el fracaso de la política resocializadora, el efecto estigmatizador de la prisión, las teorías abolicionistas y, en general, la crisis del modelo de justicia cuya finalidad exclusiva era castigar la violación de las prohibición estatales (modelo retributivo)*”⁴.

Este concepto, como se verá, busca que a través del acercamiento libre y voluntario entre víctima y victimario, se lleguen a soluciones reales del conflicto subyacente al delito⁵.

¹Javier Darío Coronado Díaz. *Hacia el Arbitraje de las Causas Penales en Colombia*. Introducción. Ed., Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. (2014).

² Idem.

³<http://portales.puj.edu.co/justrestaurativa/DIPLOMADO/Modulo%20III/OrigenesConcepto/mastergraficos/M03U01.pdf> (22 de julio, /2008).

⁴ Coronado. Op. Cit.

⁵ Julio Andrés Sampedro-Arrubla. *La justicia restaurativa: Una nueva vía, desde las víctimas, en la solución al conflicto penal*. Pág. 87-124. 17 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional. (2010).

Dicha reacción al delito “...tiene sus orígenes en las comunidades tribales muy antiguas y que aún se conservan...”⁶. Sin embargo, modernamente, la primera ocasión en la que se implementó un programa de Justicia Restaurativa ente la víctima y el victimario fue en Canadá, para la resolución de conflictos derivados de delitos cometidos por menores de edad⁷. Los resultados de dicho programa fueron exitosos, toda vez que los menores victimarios, “...se acercaron a las víctimas y les restituyeron el daño causado”⁸. Como consecuencia, los programas restaurativos, empezaron a ser adoptados en los diferentes ordenamientos jurídicos como el norteamericano y europeo.

El momento de mayor importancia con miras a la implementación de este modelo se presentó cuando la Organización de las Naciones Unidas inició la expedición de documentos dirigidos a que los mecanismos de Justicia Restaurativa fueran adoptados dentro de los sistemas de Justicia Penal de los Estados Miembros; así como a “...la creación de un instrumento internacional de Justicia Restaurativa...”⁹.

Al respecto, algún sector de la doctrina señala:

“El culmen del proceso de difusión fue la Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (ECOSOC), donde el organismo reconoció que “...este enfoque da a las víctimas la oportunidad de obtener reparación, sentirse más seguras e intentar cerrar una etapa, permite a los delincuentes comprender mejor las causas y los efectos de su comportamiento y asumir una genuina responsabilidad, y posibilita a las comunidades comprender las causas

⁶<http://portales.puj.edu.co/justrestaurativa/DIPLOMADO/Modulo%20III/OrigenesConcepto/mastergraficos/M03U01.pdf> (22 de julio, 2008).

⁷ Idem.

⁸ Idem.

⁹ Idem.

*profundas de la acción delictiva, promover el bienestar comunitario y prevenir la delincuencia”*¹⁰.

Como consecuencia del movimiento presentado, Colombia adoptó una primera directriz acerca de la Justicia Restaurativa. Lo anterior, a través de la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002. El cual “...consagro el deber de desarrollar programas de Justicia Restaurativa...”¹¹. Igualmente, “...destinó un acápite para reglar la materia al interior del nuevo Código de Procedimiento Penal (Libro VI de la ley 906 de 2004)...”¹².

Sin embargo, la implementación de dichos mecanismos y programas ha sido escasa en la realidad jurídico penal colombiana¹³. Lo anterior, se logra demostrar con el “Informe Final” de la Comisión Asesora de Política Criminal, el cual afirma que a pesar de que existen en el ordenamiento jurídico colombiano mecanismos y penas de carácter alternativo, éstas no se utilizan por los jueces colombianos. Dicha afirmación porque el Código Penal, con base diversas circunstancias como el tipo de delito, las medidas necesarias para la reparación y las vulneraciones al bien jurídico determinado, entre otras, cierra al sistema judicial la posibilidad de implementación.

Al respecto dice el informe citado:

“El Código Penal no habla de penas alternativas. Clasifica las sanciones en principales, sustitutivas y accesorias, por lo que cierra al sistema judicial los espacios para acudir a otras modalidades de sanción como alternativa a la prisión e impide que por razones relacionadas con el tipo de delito, las características del

¹⁰ Coronado. Op. Cit.

¹¹ Idem.

¹² Idem.

¹³ https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/INFO%20POLI%20CRIMINAL_FINAL23NOV.pdf .Pág. 48. (junio, 2012).

delincuente, la afectación al bien jurídico, las medidas de reparación y otros factores, se pueda decretar una pena adecuada a las necesidades del castigo.

El Código Penal, en consecuencia, debe ser reformado en sus partes general y especial, para que penas distintas a la prisión sean asignadas como respuestas a la conducta punible por vía general o de asignación específica, y puedan ser aplicadas por los jueces en función de las condiciones del autor del delito, los bienes jurídicos afectados, la protección de los derechos de las víctimas y los fines que se persiguen con el sistema penal”¹⁴.

Igualmente, en otro estudio producido por el Centro de Atención Integral a Víctimas de Violencia Intrafamiliar (CAVIF) de la Fiscalía General de la Nación, se especifica que tanto los profesionales en atención de las víctimas del delito, así como las víctimas y victimario, no conocen sobre el concepto de la Justicia Restaurativa y de la aplicación de mecanismos derivados de la misma¹⁵.

También, afirma el estudio anterior, que una de las razones que hace necesario un mayor desarrollo y acompañamiento de la víctima es la falta de impulso y de apoyo, por parte del Estado, en la implementación de programas de Justicia Restaurativa.

Al respecto dice:

“Para los profesionales del CAVIF, la falta de apoyo por parte del Estado para implementar programas de justicia restaurativa y brindar mayor asistencia psicológica y social para ampliar la participación de otras entidades, hace necesario un seguimiento más riguroso de este proceso con el fin de medir la

¹⁴ *Ibíd.* P. 66.

¹⁵ http://www.usta.edu.co/otraspaginas/diversitas/doc_pdf/diversitas_10/vol.6no.2/articulo_10.pdf (15 de abril. 2015).

reincidencia de los victimarios y verificar el cumplimiento de los acuerdos firmados. Piensan que esto último incide en la presentación continua de conciliaciones que no resuelven el conflicto, sino que, por el contrario, lo mantienen en un círculo vicioso, incidiendo en la poca credibilidad de los usuarios respecto a las instituciones”¹⁶.

De la misma manera, en el último informe de la Corporación Excelencia a la Justicia, se establece que en la práctica, los mecanismos de Justicia Restaurativa no se materializan, entre otras razones, porque las víctimas desconfían del sistema y temen que sus casos y situaciones particulares queden en la impunidad; o porque los victimarios utilizan estos mecanismos con el único fin de reducir sus penas.

En dicho informe se dice:

“los propósitos de la justicia restaurativa no se están materializando por el temor de las víctimas a que sus casos queden en la impunidad o la actitud del victimario a conciliar con el único interés de evitar las consecuencias de un proceso penal”¹⁷.

Visto lo anterior, el presente texto propone una mayor adopción de los mecanismos de Justicia Restaurativa en el ordenamiento jurídico penal colombiano, especialmente, en la fase de ejecución de la pena.

Con tal propósito, el presente escrito, se dividirá en dos partes: La primera de ella, consistirá en una exposición teórica sobre el concepto de Justicia Restaurativa y la segunda, consiste en una presentación de un estudio de caso, dirigido a analizar el conocimiento y

¹⁶ Idem.

¹⁷ <http://www.cej.org.co/index.php/293-sala-de-prensa/articulos-de-prensa/prensa-escrita?start=235> (octubre, 2014).

aplicación de los mecanismos de Justicia Restaurativa, en el Sistema Penitenciario y Carcelario de Colombia.

En ese orden de ideas, en la primera parte, se expondrá, en principio, el concepto de la Justicia Restaurativa. Lo anterior, para entender en qué consiste y entender, en mayor medida, su finalidad. Con posterioridad, se mencionará la normativa más referente sobre la pena en el ordenamiento penal colombiano. Ésto, para conocer a fondo cómo funciona la pena en Colombia y por cuáles principios se guía; así mismo, permitirá tener una mayor comprensión de los espacios en donde se puede encuadrar mecanismos de Justicia Restaurativa distintos a los hoy contenidos en el ordenamiento jurídico colombiano. Igualmente, en una tercera subfase, se presentarán los problemas que se derivan de la pena en Colombia, acápite de significativa importancia, toda vez que demuestra las principales fallas y retos por resolver. Finalmente, se expondrá el concepto de la Justicia Restaurativa en Colombia, pasando por sus antecedentes, así como las ventajas y desventajas que ofrece. También, expondrá los mecanismos adoptados en Colombia y en otros países del mundo, junto con un análisis de derecho comparado que permite conocer y tomar como base, otros enfoques para estudiar e implementar los mecanismos de Justicia Restaurativa.

Luego, en la segunda parte, se expondrá un estudio de caso que busca corroborar las problemáticas de la pena, la falta de conocimiento sobre el concepto y mecanismos de Justicia Restaurativa y, sobretodo, la falta de concreción y engranaje entre la ejecución de la pena y los mecanismos de justicia restaurativa.

Finalmente, se presentarán una serie de propuestas dirigidas a modificar el procedimiento penal colombiano, las cuales tendrán por objeto, la creación de un nuevo mecanismo de Justicia Restaurativo, así como los espacios propicios para la implantación del mismo.

CAPÍTULO 2: LA PENA

En el presente capítulo, se abordará el concepto de pena dentro del sistema penal colombiano. Así mismo, y en desarrollo del concepto anterior, se expondrá los principios rectores que irradian a la pena, así como las funciones de la misma. También, se explicará cada una de las normas relativa o que hacen referencia a la pena dentro del ordenamiento colombiano para lograr entender, en su totalidad su funcionamiento.

Lo anterior, se realizará a través de la división de cada una de las normas dentro de su marco general, es decir, cada norma relativa a la pena, dentro de las cuales se entienden los principios y funciones a los que se hacía referencia anteriormente, se explicará dentro de la fuente o marco al que pertenece, teniendo el presente trabajo como marcos generales a la Constitución Política Colombiana de 1991, la ley, principalmente la ley 599 de 2000 y la ley 1709 de 2014 y los decretos relativos al funcionamiento de la ejecución de la pena, es decir, aquellos que hacen referencia a la creación y funcionamiento interno del Sistema Penitenciario y Carcelario de Colombia. Esto, para entender un poco más desde el punto de vista directo lo relativo a la ejecución de la pena.

2.1. Concepto:

La pena puede entenderse como aquella que, como consecuencia del acaecimiento de una conducta prohibida o punible, limita los derechos personales del infractor, a través de su imposición por parte del Estado, una vez se haya surtido el proceso propio que evalúa la conducta y que ha declarado a dicho infractor como culpable.

Igualmente, para Francisco Carrara, la pena significa el mal o lamentación que se le impone al reo como consecuencia de cometer un delito, por parte de la autoridad judicial competente¹⁸.

Así mismo, para Orgaz, la pena debe entenderse como:

*“La sanción jurídica que se aplica a los delincuentes, ante la comisión o del intento de comisión del delito”*¹⁹.

También, podemos encontrar en el Profesor Claus Roxin, una definición del concepto que a pesar de no ser excluyente con las anteriores, aborda su concepto desde otro punto de vista. Al respecto, explica el Profesor Roxin, que la pena *“es el punto de referencia común a todos los preceptos jurídicopenales, lo que significa que el derecho penal en sentido formal es definido por sus sanciones”*²⁰. Esto significa que la pena para el derecho penal es aquel elemento que permite determinar que una disposición o tema propio del derecho penal. Es el elemento individualizador del derecho penal. Más adelante afirma que:

*“Si un precepto pertenece al derecho penal no es porque regule normativamente la infracción de mandatos o prohibiciones – pues eso también lo hacen múltiples preceptos civiles y administrativos -, sino que porque esa infracción es sancionada mediante penas o medidas de seguridad”*²¹.

Desde el punto de vista sociológico, encontramos la definición de Emile Durkheim, para quien la pena es aquella que plasma las reacciones de los individuos de una comunidad o

¹⁸ <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS92>. (2003).

¹⁹ Idem.

²⁰ Claus Roxin. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Pág. 41. Ed., CIVITAS. Ed. 2. (1997).

²¹ Idem.

sociedad, frente a la transgresión o violación del orden moral, y que con su implementación busca reivindicarlo²².

Como cuota nacional, encontramos la definición del Dr. Alfonso Reyes Echandía, para quien la pena es *“la supresión o coartación de un derecho personal que el Estado impone por medio de su rama jurisdiccional al sujeto imputable que ha sido declarado responsable del hecho punible”*²³. Es decir, es la limitación de ciertos derechos personales del infractor de la ley penal, impuesta por el Estado, a través de la institución competente, una vez ese infractor ha sido encontrado culpable de la realización de la conducta prohibida o punible, a través de un debido proceso.

Así mismo, encontramos la definición dada por el importante Profesor colombiano Fernando Velásquez Velásquez, para quien la pena se define como:

*“La privación o restricción de bienes jurídicos impuestos por el órgano jurisdiccional competente a la persona que ha realizado una conducta punible”*²⁴.

Finalmente, no podemos dejar a un lado, lo que la Corte Constitucional entiende como pena. Para ella, la pena es la consecuencia del delito, es decir, entiende que para cada delito, su consecuencia es la imposición de la pena.

Al respecto dice:

*“Uno de los aspectos más importantes que debe establecer el legislador en virtud de su libertad de configuración en materia penal es la determinación de la pena aplicable a cada delito”*²⁵. (Subraya fuera de texto).

²² <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS92>. (2003)

²³ Alfonso Reyes Echandía. *Derecho Penal*. Pág. 245. Ed., Temis. (1996).

²⁴ Fernando Velásquez Velásquez. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Ed. Librería Jurídica Comlibros. (2004).

²⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-334 de 2013. (MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: Junio 13 de 2013.)

Logramos extraer de lo anterior, que la Corte entiende lo que hasta aquí las definiciones doctrinarias han expuesto, y es que la pena se entiende como la consecuencia que deber aplicarse por la consecución del delito. Es aquella medida que, con unos fines específicos, se aplica sobre el delincuente por el delito que éste cometió.

2.2. Marco normativo:

2.2.1. Constitucional:

Se procede a exponer la participación de la pena en las diferentes fuentes formales del ordenamiento colombiano. Presentaremos la participación de la pena en el campo constitucional, legal y reglamentario.

En el campo o normativa constitucional, acudimos en primera instancia a lo mencionado en el artículo 12 de la Constitución Política Colombiana de 1991, en el cual se afirma que *“nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.”* Allí vemos, el poder que tiene el Estado para imponer penas ante conductas que son prohibidas por el ordenamiento Colombiano. Lo anterior a través de una análisis negativo, según el cual, como lo que está prohibido es las penas que crueles, inhumanas o degradantes, las penas que no hagan parte de dichas categorías se pueden aplicar a los individuos infractores de la ley. Vemos, con este artículo, la presencia clara de un elemento básico de la pena como lo es la proporcionalidad. La cual será explicada más a fondo más adelante.

Igualmente, encontramos que en el artículo 28 del texto constitucional, se tocan varios temas propios de la pena. El primero es que *“nadie podrá ser reducido a prisión o arresto, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las*

formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.” Aquí, se plasma uno de los más importantes principios del derecho penal que es el de legalidad²⁶.

También, en el tercer inciso del artículo 28 analizado, encontramos otra importante referencia a la pena. Según la disposición constitucional, no existirán penas imprescriptibles.

Luego, encontramos uno de los artículos de mayor significado respecto de la pena y es el 29 constitucional. En este se dispone, entre otras muy importantes cosas, que todo aquel juzgamiento que se haga sobre una persona debe hacerse de conformidad con “leyes preexistentes al acto que se le imputa”, es decir que previo al juzgamiento, deben existir normas, que castiguen la conducta, que fijen las consecuencias de la conducta, es decir la pena y el procedimiento para su aplicación.

Es sin duda un ejemplar del proceso moderno, en el cual, prima las leyes de una sociedad organizada y respetuosa de los derechos de las personas. Lo anterior, pues lo que significa, entre otras interpretaciones anexas pero armónicas, es que no habrá una pena sin una ley preexistente que la fije, y tampoco, su aplicación arbitraria sino que será por un motivo o conducta determinada y surtido un trámite respectivo que también debe estar fijado previamente en la ley.

Otra disposición de orden constitucional que nos expone el concepto de pena o alguno de sus elementos, es el artículo 31, según el cual, cuando el condenado, es decir quien fue hallado responsable del delito, sea apelante único, es decir que expresa su desacuerdo con

²⁶ Según el artículo 6 de la ley 599 del 2000 (Código Penal), el principio de legalidad se define como aquel según el cual, todo individuo debe ser juzgado, únicamente, de conformidad con leyes anteriores al acto imputado como delictivo y ante un juzgador competente, quien estará obligado a implementar todas las formas propias para cada juicio.

la pena impuesta y pretende su nueva calificación, no se le podrá imponer una pena mayor a la fijada por el juzgador de primera instancia.

Finalmente, la última disposición constitucional que nos expone el concepto de pena o alguno de sus elementos, es el artículo 34, según el cual, están prohibidas, para el ordenamiento colombiano, “*las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación.*” Conectamos lo fijado en el artículo, referente a la pena de prisión perpetua con lo expresado en el análisis del inciso tercero del artículo 28 de la Constitución Política. La pena de prisión no debe ser perpetua pues las penas no deben castigar la conducta del victimario por siempre, sino que deben estar dirigidas a que éste repare el daño ocasionado a la víctima, como protagonista del delito²⁷, junto con las afectaciones al Estado y a la comunidad, e incluso al victimario mismo.

2.2.2. Legal:

En la legislación penal colombiana, se puede encontrar varias disposiciones que hacen referencia a la pena. Dentro de ellas, encontramos temas tan relevantes como los principios rectores, las funciones de la pena, sus clases y hasta las formas sustitutivas de imposición de la misma. Todos ellos, principalmente, en materia penal, en la ley 599 del 2000 (Código Penal).

Al respecto, debemos comenzar con la enunciación de los principios y las funciones de la pena, los cuales son superiores a la misma en un análisis lógico pues le dan sentido y fin a la misma.

2.2.2.1. Principios:

Siendo así, en el artículo 3 de la ley 599 de 2000, encontramos la disposición que menciona los principios rectores de la pena. Al respecto, dispone que “*la imposición de la pena o*

²⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-334 de 2013. (MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Junio 13 de 2013.)

medida de seguridad, responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.” (Subraya fuera del texto). Así mismo, agrega en su segundo inciso, que uno de esos principios, el de necesidad, debe entenderse en el marco de la prevención, lo que indica que la necesidad de poner penas a las conductas prohibidas por el mismo, se entienden también como una prevención.

2.2.2.1.1. Principio de necesidad:

El principio de necesidad se fundamenta en la idea de que se necesita una medida, un instrumento que logre la protección del bien jurídico que se pone efectivamente en peligro o que se vulnera directamente. Sin embargo, cabe aclarar que la aplicación del derecho penal y, correlativamente, de la pena es la última ratio, es decir, es el último mecanismo a utilizar para la protección y consecuencia de la conducta punible.

Así mismo, se pueden destacar varios enfoques que se desprenden del principio de necesidad de la pena.

El primero de ellos, es aquel que indica que se necesita la imposición de una pena ante la existencia de una conducta punible, toda vez que se debe sancionar al infractor por su indebido actuar. Lo anterior, porque bajo el entendido de que todo acto tiene consecuencia conexas y directa de acuerdo con la relación causal. Esto indica, que ante una violación a la normatividad es necesario que se imponga un castigo al infractor.

El segundo, es la necesidad de intimidación o persuasión que genera la pena. Dicha persuasión es altamente funcional debido a que convence a la sociedad sobre la negativa a cometer delitos, pues se conoce la existencia de una consecuencia gravosa ante la conducta punible que es la pena. Lo anterior, dentro de un campo más preventivo. Así mismo, la

persuasión se presenta, incluso, con posterioridad al acaecimiento de una conducta punible pues ante la imposición de la pena, el condenado se verá coartado a no volver a cometer conductas punibles porque de hacerlo, volverá a sufrir las consecuencias de la imposición de la pena correspondiente.

El tercero, es aquel que ya menciona al inicio del acápite, según el cual, la pena se hace necesaria para la consecución de la protección de los bienes jurídicos que se ven puesto efectivamente en peligro o aquellos que se ven vulnerados por la conducta punible.

Al respecto dice la Corte Constitucional:

“La necesidad de la pena es uno de los principios, junto con el de la proporcionalidad y razonabilidad, al que debe responder la imposición de la misma. En efecto, señala que el juez penal al aplicar la ley, debe definir si la imposición de una determinada pena a que haya lugar por una conducta antijurídica responde al principio de la necesidad de la misma, porque si no es así, se estarían resquebrajando principios orientadores del Estado, como quiera que el ius punendi que éste detenta debe hacerse efectivo sólo cuando el mismo sea necesario (...).

La necesidad de la pena exige de ella que sirva para la preservación de la convivencia armónica y pacífica de los asociados no sólo en cuanto ella por su poder disuasivo e intimidatorio evite la comisión de conductas delictuales, o por lo menos las disminuya, sino también en cuanto, ya cometidas por alguien, su imposición reafirme la decisión del Estado de conservar y proteger los derechos objeto de tutela jurídica y cumpla además la función de permitir la reincorporación del autor de la conducta punible a la sociedad de tal manera

que pueda, de nuevo, ser parte activa de ella, en las mismas condiciones que los demás ciudadanos en el desarrollo económico, político, social y cultural”²⁸.

2.2.2.1.2. Principio de proporcionalidad y razonabilidad:

El principio de proporcionalidad de la pena consiste en que ésta, que es la consecuencia de la conducta punible, sea equivalente y conexa con la conducta. Como es obvio, cada conducta punible, a pesar de ser gravosa y de alta importancia (porque por eso compete al derecho penal que es la última ratio) tiene diferentes niveles de gravedad. No es lo mismo comparar una delito como el hurto simple, en el que no hay ningún tipo de intimidación directa a la víctima, sino en el que simplemente hurtan sin que la víctima se dé cuenta y un delito como el homicidio agravado o un acceso carnal violento, en donde por la misma naturaleza de la conducta la afectación y el daño causado es mayor²⁹.

En ese orden de ideas, la pena a cada conducta punible debe ser proporcional y equivalente a la afectación que genera. Al respecto, dice la Corte Constitucional:

“El principio de proporcionalidad de las penas rige en un sentido más amplio. Debe existir una relación de proporcionalidad entre la severidad de la pena imponible y el tratamiento del procesado durante el proceso”³⁰.

Así mismo, afirma que:

“Así, resultaría evidentemente desproporcionado que, frente a una conducta sancionable con pena de multa, durante la investigación la única medida de aseguramiento fuera la detención preventiva.

²⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-647 de 2001. (M.P. Alfredo Beltrán Sierra: Junio 20 de 2011).

²⁹ Ana Leonor Alfonso Pérez y Martha Crisncho Salamanca. *Elementos de la pena en la jurisprudencia penal colombiana*. Trabajo de grado para especialización. Pág. 12. Ed., Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá. (2010).

³⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-709 de 2002. (M.P. Alfredo Beltrán Sierra: Septiembre 3 de 2002).

En este orden de ideas, el principio de proporcionalidad se aplica a partir de las decisiones legislativas. Es decir, el legislador fija un patrón que indica la gravedad del hecho punible y, de acuerdo a éste, establece el tratamiento que el imputado debe recibir durante la investigación. Dicho tratamiento debe ser –se repite-, además de respetuoso de los derechos fundamentales de la persona, en particular la libertad y la igualdad, proporcionado frente a la pena imponible”³¹.

Finalmente, la pena debe ser proporcional y acorde a la razonabilidad, toda vez que de no ser así será siempre ineficaz. Al respecto dice el Dr. Alejandro Aponte:

“Así, este principio, caro hoy a la Jurisprudencia colombiana e integrado al denominado “nuevo constitucionalismo”, es un instrumento incomparable para alentar el criterio del juez en una vía garantista. Se subraya esta noción garantista, pues ya desde la obra de Beccaria, sobre los “delitos y las penas”, se sabe que una pena desproporcionada es inútil y toda pena inútil es por esencia ineficaz”³².

2.2.2.2. Funciones:

Siendo así, en el artículo 4 de la misma ley anteriormente citada, se encuentra una de las principales disposiciones para nuestro estudio, pues se encuentran las funciones de la pena en materia penal. Allí se fija que las funciones de la pena son:

“De prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.”

Igualmente, estipula que las funciones de prevención especial y reinserción social sólo operarán o se presentarán, cuando se dé la aplicación de una pena privativa de la libertad en centro de reclusión carcelario.

³¹ Idem.

³² Alejandro Aponte Cardona. *Derecho Penal y Filosofía*. Ed., IBÁÑEZ. Bogotá (2014).

2.2.2.2.1. Función de prevención general:

La función de prevención general propia de la pena consiste en incentivar y persuadir al individuo y a la sociedad en general no de incurrir en la realización de conductas punibles. Entonces, a través de la amenaza a la sociedad y a cada individuo que la compone sobre las consecuencias ante la realización de una conducta punible, se protege a la misma sociedad y a los bienes jurídicos.

Siendo así, las consecuencias que ofrece la función son: Primero, un efecto disuasivo dirigido a la comunidad o sociedad que se ve cobijada por la ley contentiva de la pena específica. Y, segundo, una prevención general positiva, que se denota con el afianzamiento del determinado orden jurídico.

Para explicarla, dice el Profesor Claus Roxin:

“No ve el fin de la pena en la retribución ni en su influencia sobre el autor, sino en la influencia sobre la comunidad, que mediante las amenazas penales y la ejecución de la pena debe ser instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación”³³.

Igualmente sostiene:

“También aquí se trata, pues, de una teoría que tiende a la prevención de delitos, como consecuencia de los cual, la pena debe, sin embargo, actuar no especialmente sobre el condenado, sino generalmente sobre la comunidad”³⁴.

2.2.2.2.2. Función de retribución justa:

³³ Claus Roxin. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Pág. 89. Ed., CIVITAS. Ed. 2. (1997).

³⁴ Idem.

La presente función tiene extrema relación con el principio de proporcionalidad y de razonabilidad. Lo anterior, porque la función de retribución justa consiste en que la pena impuesta al condenado sea, dentro del marco constitucional establecido, una consecuencia igual a la afectación cometida junto con otros elementos. Es decir, que ante una conducta punible se presente como consecuencia la imposición de una pena que debe ser, en proporción, igual a la conducta realizada. Esto significa, que la intensidad y duración de la pena sean acordes con el delito cometido. Quiere decir, que ante un delito de graves consecuencias y ante la afectación de un bien jurídico de gran importancia, la pena a implementar debe ser de una intensidad y duración alta, cumpliendo así, además con la proporcionalidad.

Al respecto, dice el Profesor Claus Roxin:

“La teoría de la retribución, no encuentra el sentido de la pena en la persecución de fin alguno socialmente útil, sino en que mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido”³⁵.

Así mismo, afirma que:

“La concepción de la pena como retribución compensatoria realmente es conocida ya desde la antigüedad y permanece viva en la conciencia de los profanos con una cierta naturalidad: La pena debe ser justa y eso presupone que se corresponda en su duración e intensidad con la gravedad del delito, que lo compense”³⁶.

2.2.2.2.3. Función de prevención especial:

³⁵ *Ibíd.* P. 81.

³⁶ *Idem.*

La prevención especial como función de la pena consiste en la disuasión que genera la pena específicamente sobre el condenado para que éste no vuelva a cometer delitos, es decir para que no vuelva a incurrir en conductas punibles que le acarren nuevamente una pena en su contra. Lo anterior, también como finalidad la reinserción social del condenado, toda vez que a través de la internalización de la consecuencia correspondiente al delito, el condenado reconoce lo negativo de su actuación, lo cual además de disuadirlo para no cometer nuevamente una conducta punible, logra resocializarlo³⁷.

Al respecto ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

“El fin de la ejecución de la pena apunta tanto a una readecuación del comportamiento del individuo para su vida futura en sociedad, como también a proteger a la comunidad de nuevas conductas delictivas (prevención especial y general). Es que, a mayor gravedad del delito e intensidad del dolo, sin olvidar el propósito de resocialización de la ejecución punitiva, el Estado tiene que ocuparse de la prevención general para la preservación del orden social en términos de armónica o pacífica convivencia”³⁸.

2.2.2.3. Normativa:

2.2.2.3.1. Ley 599 de 2000:

Abordada la explicación de cada una de las funciones, procedemos a exponer cada uno de los artículos propios de la pena que se encuentran en el Código Penal (Ley 599 de 2000) y en leyes que lo modifican o complementan.

³⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 14380. (Noviembre de 2002).

³⁸ Idem.

Las principales disposiciones sobre la pena dentro de la ley 599 de 2000 se encuentran en el Capítulo I, del Título IV, el cual se denomina “*De las penas, sus clases y sus efecto*”, junto con algunos otros artículos dispersos en la parte inicial de aquella.

2.2.2.3.1.1. Las penas:

Comenzamos entonces por el artículo 34 de la ley 599 de 2000. En él se dispone: “*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.”

Del artículo anterior, se extrae principalmente que la pena como género tiene 3 especies. La primera de ellas, aquellas que son principales; segundo, aquellas denominadas como sustitutivas y; finalmente aquellas que son accesorias.

2.2.2.3.1.1.1. Concepto penas principales:

Según el artículo 35 de la misma ley, 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.*”

Se evidencia dos claras subespecies y se deja abierta a cualquier otra que exista en la parte especial de la misma ley, es decir, en el texto de cada uno de los delitos.

2.2.2.3.1.1.2. Concepto penas sustitutivas:

Igualmente, el artículo 36 de la misma ley, estipula que las penas sustitutivas son: *“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.”*

Igual que en las penas principales, las penas sustitutivas tiene dos subespecies, la primera, la prisión domiciliaria como aquella que sustituye a la pena de prisión y el arresto de fin de semana convertible en ininterrumpido es sustitutivo de la multa impuesta.

2.2.2.3.1.1.1.1. Penas principal de prisión:

Luego, enunciados los tipos de pena procedemos a exponer lo referente a una pena que hace parte de aquellas denominadas principales y que es hoy aplicada en gran medida en nuestro territorio, hablamos de la pena de prisión.

Al respecto dice el artículo 37 de la ley 599 de 2000 modificado por el artículo 2 de la ley 890 de 2004, lo siguiente:

“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.”

Los tres numerales que guían la aplicación de la pena son bastante claros. En el primero, únicamente se deja fijo el límite máximo de pena aplicable en Colombia, dejando claro que ante un concurso dicho límite puede ser superado. También, en el segundo, se especifica que todo beneficio sobre la pena se debe ajustar a las demás normas de la ley 599 de 2000 y aquella que la modifique. Finalmente, tercero, un concepto muy importante se expone. Dicho concepto, es que la detención preventiva no debe ser catalogada como pena, pues son distintas. La primera, obedece a una necesidad de que el imputado, mientras dura el proceso, se encuentre privado de su libertad por motivos de seguridad, tanto para las víctimas como para la sociedad y del proceso penal en sí mismo. Sin embargo, aclara que en caso de imponerse como pena aquella denominada de prisión, el tiempo que haya estado en detención preventiva se descontará de la pena.

2.2.2.3.1.1.2.1. Pena sustitutiva de prisión domiciliaria:

A reglón seguido, dentro de la misma ley, encontramos la pena sustitutiva de prisión domiciliaria. Al respecto dice el artículo 38 modificado por el artículo 22 de la ley 1709 de 2014:

“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.”*

Los dos primeros párrafos del texto anterior, muestran el concepto de la pena sustitutiva de prisión que es la privación de la libertad en el lugar donde reside el condenado, o en su defecto donde el juez fije. Se materializa entonces la pena sustitutiva de prisión domiciliaria.

También, se afirma que en cualquier situación el condenado puede solicitar la implementación de la pena sustitutiva, siempre que además cumpla unos requisitos que se expondrán más adelante. Lo anterior, salvo que el condenado haya evadido su deber para con el Estado luego de la imposición de la pena, lo que no le permitirá gozar de esta pena sustitutiva.

Ya en el párrafo, se dispone que la detención preventiva puede llevarse a cabo dentro de la misma lógica de la pena de prisión domiciliaria, es decir, en el lugar de residencia sobre quien se aplica la medida de detención preventiva o donde fije el juez competente.

Siendo así, se hace necesario el conocimiento de los requisitos necesarios para poder implementar la pena sustitutiva de prisión domiciliaria. Para ello, el artículo 38 B

modificado por el artículo 23 de la ley 1709 de 2014, trae los requisitos solicitados. Dice al respecto:

“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.”

Son los anteriores, los requisitos necesarios para que el condenado pueda acceder a la prisión domiciliaria. Al respecto, no es necesario explicarlos pues son en extremo claros.

Una vez se cumplan los requisitos y se acepte la implementación de la medida sustitutiva, es necesario conocer los medios de control para que dicha pena sea cumplida cabalmente. Al respecto, dice el artículo 38 C de la misma ley modificado por el artículo 24 de la ley 1709 de 2014 que: Quien ejercerá el control de la medida sustitutiva será el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, en conjunto con el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC (en adelante INPEC).

Así mismo, asegura que este último organismo deberá realizar visitas periódicas en el lugar donde el condenado cumpla la pena sustitutiva e informará de dichas visitas, y por ende del cumplimiento de la pena, al Juez que conozca de la ejecución de la determinada pena.

También, para proveer un mayor control y no sólo limitarlo a las visitas del INPEC, éste último, suministrará a la Policía Nacional la información relevante del condenado para que éste cuerpo también presente su colaboración en la ejecución de la pena.

Finalmente, en el párrafo único del artículo, se estipula que la persona sometida a la pena sustitutiva, será responsable de trasladarse y asistir a las diversas diligencias judiciales. Sin embargo, deberá contar con autorización del INPEC para poder ejecutar dichos traslados.

Es claro, de acuerdo con el texto anterior, que es el juez de ejecución de penas quien tiene el control sobre el desarrollo de la implementación de la pena sustitutiva. Sin embargo, es de vital importancia destacar la función del INPEC, quien es el encargado de que la pena se

desarrolle de manera cabal a los mandatos legales y por lo impuesto por el juez competente. Es finalmente el INPEC, quien se encarga de vigilar que el condenado esté efectivamente en su lugar de residencia cumpliendo la pena y que se movilice para lo que se autorice, así como entregar la información al cuerpo de Policía Nacional para que también ejerza un control sobre el individuo que cumple la pena.

Establecido lo que se necesita para acceder a la medida sustitutiva y los mecanismos de control, es necesario conocer el cómo de la implementación de la pena, es decir cómo se ejecuta la misma. Al respecto dispone el artículo 38 D, modificado por el artículo 25 de la ley 1709 de 2014, lo siguiente:

“La ejecución de esta medida sustitutiva de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, excepto en los casos en que este pertenezca al grupo familiar de la víctima.

El juez podrá ordenar, si así lo considera necesario, que la prisión domiciliaria se acompañe de un mecanismo de vigilancia electrónica.

El juez podrá autorizar al condenado a trabajar y estudiar fuera de su lugar de residencia o morada, pero en este caso se controlará el cumplimiento de la medida mediante un mecanismo de vigilancia electrónica.”

La medida sustitutiva, entonces, se cumple en el lugar de residencia del condenado, salvo que éste último haga parte del grupo familiar de la víctima, caso en el cual, no se podrá llevar a cabo esta medida en el lugar de residencia del condenado. Lo anterior, como es obvio porque eso sería obligar a la víctima a convivir con quien la afectó a través de la realización de una conducta punible.

No sería en ningún caso lógico someter a la víctima a un acercamiento obligado de ese tipo con el condenado, quien le ha causado un daño o afectación a la víctima.

Es pertinente aclarar que, como lo dice el texto citado, la pena se puede acompañar de la vigilancia electrónica, mecanismo que se aplicará de acuerdo con la discrecionalidad del juez. Sin embargo, en caso de que se le permita al condenado estudiar y /o trabajar es obligatoria la aplicación del mecanismo de vigilancia electrónica.

Igualmente, a través del estudio y del trabajo durante la condena, se puede solicitar al juez de ejecución de penas que se dé redención de la pena, incluso estando en la ejecución de la pena sustitutiva de la prisión domiciliaria. Lo anterior, soportado por lo dicho en el artículo 38 E de la ley 599 de 2000, modificado por el artículo 26 de la ley 1709 de 2014, el cual dispone, que la persona sometida a la pena sustitutiva de prisión domiciliaria podrá solicitar la redención de la pena, es decir la deducción de la misma, por el trabajo o estudio realizado durante su ejecución, ante la autoridad correspondiente y que controla la ejecución de la pena, que es el Juez de Ejecución de Penas. Todo lo anterior, de acuerdo con las normas propias de redención de la pena de la ley 599 de 2000, 1709 de 2014 y 65 de 1993.

En el párrafo único del artículo afirma, que entre el Ministerio de Trabajo y De Justicia y del Derecho, junto con el INPEC, coordinarán las condiciones para aplicar en ésta situación el mecanismo del teletrabajo.

Finalmente, para agotar es estudio propio de la pena sustitutiva de prisión domiciliaria, es pertinente recordar que los presupuestos para que aplique la pena de prisión sustitutiva en el lugar de residencia del condenado, se necesita que haya cumplido la mitad de la pena y que cumpla con lo estipulado en los numerales 3 y 4 del artículo 38 B. Lo anterior, salvo que el

condenado haga parte del grupo familiar de la víctima o haya cometido un delito de los enlistados en el artículo 38 G de la ley 599 de 2000, modificado por el artículo 1 de la ley 1709 de 2014. En él se dispone:

“La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del condenado cuando haya cumplido la mitad de la condena y concurren los presupuestos contemplados en los numerales 3 y 4 del artículo 38B del presente código, excepto en los casos en que el condenado pertenezca al grupo familiar de la víctima o en aquellos eventos en que fue sentenciado por alguno de los siguientes delitos: genocidio; contra el derecho internacional humanitario; desaparición forzada; secuestro extorsivo; tortura; desplazamiento forzado; tráfico de menores; uso de menores de edad para la comisión de delitos; tráfico de migrantes; trata de personas; delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales; extorsión; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; terrorismo; usurpación y abuso de funciones públicas con fines terroristas; financiación del terrorismo y de actividades de delincuencia organizada; administración de recursos con actividades terroristas y de delincuencia organizada; financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas; fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso restringido, uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, salvo los contemplados en el artículo 375 y el inciso 2o del artículo 376 del presente código.”

2.2.2.3.1.1.1.2. Pena principal de multa:

Lo primero que debemos decir es que la pena de multa se clasifica dentro de la categoría de penas principales. Lo anterior, en virtud del artículo 35 de la ley 599 de 2000, que se encuentra en el acápite de las “*Penas principales.*”

A su turno, en el numeral 1 del artículo 39 de la ley 599 de 2000, modificado por el artículo 46 de la ley 1453 de 2011, se dispone que la multa acompañará a la pena principal de prisión. Así mismo, especifica que el monto máximo de la pena de multa debe ser de 50000 salarios mínimos legales mensuales vigentes; en el caso de un concurso de conductas punibles, el monto de las multas se sumará, sin exceder el monto máximo anteriormente fijado. Y que, la pena de multa puede ser expresada en modalidad progresiva de unidad de multa, para lo cual es necesario conocer los numerales que le siguen al presente y conocer cuáles son los diferentes grados de unidad de multa.

Al respecto dice el numeral 2 del mismo artículo, lo siguiente:

“2. Unidad multa. La unidad multa será de:

1. Primer grado. Una unidad multa equivale a un (1) salario mínimo legal mensual.

La multa oscilará entre una y diez (10) unidades multa.

En el primer grado estarán ubicados quienes hayan percibido ingresos promedio, en el último año, hasta diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2. Segundo grado. Una unidad multa equivale a diez (10) salarios mínimos legales mensuales. La multa oscilará entre una y diez (10) unidades multa.

En el segundo grado estarán ubicados quienes hayan percibido ingresos promedio, en el último año, superiores a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes y hasta cincuenta (50).

3. Tercer grado. Una unidad multa equivale a cien (100) salarios mínimos legales mensuales. La multa oscilará entre una y diez (10) unidades multa.

En el tercer grado estarán ubicados quienes hayan percibido ingresos promedio, en el último año, superiores a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La unidad multa se duplicará en aquellos casos en que la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los diez (10) años anteriores.”

Igualmente, el artículo mencionado en su numeral 3 menciona los criterios a tener en cuenta por el juez para poder determinar el monto de la pena de multa. Los criterios son:

- a. El daño causado con la infracción.
- b. Intensidad de la culpabilidad.
- c. El valor del objeto del delito o el provecho que haya significado para el sujeto activo.
- d. La capacidad económica del condenado.

En cuanto al momento del pago, una vez determinada, aquel se debe hacer de manera íntegra e inmediata una vez la sentencia condenatoria quede en firme, es decir cuando contra ella ya no quepa recurso alguno por vencerse el término para la interposición del mismo, o cuando interpuesto el recurso este ya se ha decidido. Lo anterior de acuerdo con el numeral 5 del artículo analizado. Cabe agregar que el pago de la multa puede amortizarse si se logra demostrar la incapacidad de pago íntegro, la cual se puede amortizar hasta máximo en un plazo de dos años. Si se amortiza la multa dicha acción debe constar en un

acta de compromiso donde consten las condiciones bajo las cuales se aprueba la amortización.

También, es posible que mediante el trabajo se dé el pago de la multa impuesta en la condena. Para ello, se debe atender a las reglas propias para su implementación y sus equivalentes como pena. Al respecto dice el numeral 7 del artículo hasta ahora citado:

“Una unidad multa equivale a quince (15) días de trabajo.

Los trabajos le obligan a prestar su contribución no remunerada en determinadas actividades de utilidad pública o social.

Estos trabajos no podrán imponerse sin el consentimiento del penado y su ejecución se ceñirá a las siguientes condiciones:

- 1. Su duración diaria no podrá exceder de ocho (8) horas.*
- 2. Se preservará en su ejecución la dignidad del penado.*
- 3. Se podrán prestar a la Administración, a entidades públicas, o asociaciones de interés social. Para facilitar su prestación la Administración podrá establecer convenios con entidades que desarrollen objetivos de claro interés social o comunitario. Se preferirá el trabajo a realizar en establecimientos penitenciarios.*
- 4. Su ejecución se desarrollará bajo el control del juez o tribunal sentenciador, o del juez de ejecución de penas en su caso, despachos que para el efecto podrán requerir informes sobre el desempeño del trabajo a la administración o a la entidad o asociación en que se presten los servicios.*
- 5. Gozará de la protección dispensada a los sentenciados por la legislación penitenciaria en materia de seguridad social.*

6. Su prestación no se podrá supeditar al logro de intereses económicos.”

Con posterioridad, encontramos el artículo 40 de la ley 599 de 2000, se menciona la forma en que la multa, tema que se analizaba en los párrafos inmediatamente anteriores, se convierte en arrestos progresivos.

De acuerdo con el párrafo 1 del artículo antes mencionado, el condenado que no pague, que amortice voluntariamente el pago de la multa o incumpla con los plazos dados que deben constar en el acta de compromiso, da lugar a que la multa se convierta en la pena sustitutiva del arresto de fin de semana. Entonces, en esos tres eventos se puede convertir la pena de multa en un arresto de fin de semana.

Así mismo, el mismo párrafo, se dispone que cada unidad de multa, de acuerdo con el artículo 39 de la ley precitada, equivale a cinco arrestos de fin de semana. Entonces, por ejemplos, si se incumple con el pago total de una pena equivalente a 5 unidades de multa, ello significa a 25 arrestos de fin de semana. Cabe aclarar, que la pena sustitutiva oscilará entre los 5 y 50 arrestos de fin de semana. Lo anterior, según el párrafo 2 del artículo 40 de la ley 599 de 2000.

Igualmente, la duración máxima del arresto de fin de semana es de 36 horas, pena que se cumplirá dentro de los días viernes, sábado y domingo de la respectiva semana. Y, ante un incumplimiento injustificado, el juez de ejecución de penas podrá decretar que el cumplimiento de la pena sustitutiva se haga de manera ininterrumpida, es decir durante los tres días del fin de semana de manera continua.

Finalmente, en cuanto a la anterior norma, es pertinente aclarar que ante el pago de la multa y del compromiso adquirido, podrá cesar la pena sustitutiva y recobrar la libertad.

Evaluadas las normas sobre la multa, surge la pregunta referente a la existencia o no de un procedimiento de ejecución coactiva de la multa. Porque una situación es la imposibilidad de pago por no contar con la capacidad económica pero otra muy distinta es contar con los recursos pero no querer desembolsarlos. Al respecto, aparece el artículo 41 de la ley 599 de 2000, el cual dispone que ante caso de imposición de una pena de multa conjunta con una pena privativa de la libertad, la cual no se quiere pagar, el juez podrá iniciar un procedimiento de ejecución coactiva, dirigido a que se venda de los bienes del condenado y con el producto de la venta se pague la multa impuesta.

En cuanto a su destinación, los recursos estarán dirigidos a los programas de prevención de delitos y para el sostenimiento y fortalecimiento de la estructura carcelaria, y harán parte del Tesoro Nacional. Lo anterior, en virtud del artículo 42 de la ley 599 de 2000.

2.2.2.3.1.1.3. Penas privativas de otros derechos:

De acuerdo con el artículo 43 de la ley 599 de 2000, existen otras penas privativas de otros derechos distintos al de la libertad. Al respecto dice:

“Son penas privativas de otros derechos:

- 1. La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.*
- 2. La pérdida del empleo o cargo público.*
- 3. La inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio.*
- 4. La inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela y curaduría.*
- 5. La privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas.*
- 6. La privación del derecho a la tenencia y porte de arma.*

7. *La privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos.*
8. *La prohibición de consumir bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas.*
9. *La expulsión del territorio nacional para los extranjeros.*
10. *La prohibición de aproximarse a la víctima y/o a integrantes de su grupo familiar.*
11. *La prohibición de comunicarse con la víctima y/o con integrantes de su grupo familiar.”*

Los numerales 10 y 11 fueron modificados por el artículo 24 de la ley 1257 de 2008.

Como es evidente, en cuanto a los numerales 10 y 11 se toca el concepto de grupo familiar, el cual es de difusa interpretación toda vez que dentro del mismo se puede encuadrar varias definiciones. Por eso, el mismo artículo de la ley 1257 de 2008, adiciona un párrafo en que se define quienes hacen parte del grupo familiar. Al respecto dice el párrafo que se entienden como grupo familiar:

- “1. *Los cónyuges o compañeros permanentes.*
2. *El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo lugar.*
3. *Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos.*
4. *Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integradas a la unidad doméstica.*

Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio, unión libre.”

Una vez enunciados las penas privativas de otros derechos, procedemos a verificar lo dispuesto por la ley respecto de cada una de esas penas.

Primero, en cuanto a la pena de la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, dice el artículo 44 de la ley 599 de 2000, que sobre quien recaiga esta pena, estará imposibilitado para: *“la facultad de elegir y ser elegido, del ejercicio de cualquier otro derecho político, función pública, dignidades y honores que confieren las entidades oficiales.”* Esto significa, que el condenado no podrá hacer parte de la estructura del Estado, en ninguno de sus niveles. Este tipo de pena se aplica a aquellas personas que por su actuación ilícita se pierde la confianza que antes poseían y que debe tener todo funcionario público.

Segundo, tratándose de la pena de pérdida del empleo o cargo público, es importante resaltar antes de mostrar la norma correspondiente que esta pena, junto con la del artículo anterior, tienen como fin que esa persona que pretendía tener la calidad de servidor público (en el artículo anterior) o que tiene la calidad al momento de cometer la conducta punible (para el presente artículo) pierde esa confianza que en él se depositó y se le niega la posibilidad de hacer parte de la estructura del estado.

Entonces, el artículo 45 de la ley 599 de 2000 dispone que una vez se aplique la pena de pérdida del empleo o cargo público, dicha pena inhabilita a quien se hace acreedor de la misma hasta por 5 años para ejercer cargos públicos u oficiales.

Tercero, encontramos la pena privativa de los derechos de ejercicio de patria potestad, tutela y curaduría. Al respecto, dice el artículo 47 de la ley 599 de 2000 que ante la imposición de esta pena, el penado queda en imposibilidad de desarrollar la patria potestad. Así mismo, en cuanto al ejercicio de la tutela y de la curaduría, afirma la norma, que sobre

estas dos, una vez declarada la pena, en caso de estar dándose, se extinguen e imposibilita ser nombrado para las mismas durante el tiempo de la condena.

En cuarto lugar, encontramos la pena de privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas. Dicha pena, se encuentra consagrada en mayor medida para quienes han cometido conductas delictivas utilizando como herramienta principal o medio idóneo para causar el daño con dichos medios de transporte. Al respecto dice el artículo 48 de la ley 599 de 2000 que se priva del uso de estos vehículos al pena por el tiempo que dure la pena.

Luego, en sexto lugar, encontramos la norma referente a la pérdida del derecho a portar armas. Lo único que menciona el artículo es que dicha imposibilidad de tenencia de armas durará por el término que dure la pena.

Séptimo, encontramos la pena que priva del derecho de residir y acudir a determinados lugares. Al respecto, la finalidad de la norma al imponer esta pena es obligar al condenado a que no puede volver a presentarse a los lugares en donde cometió la conducta punible o donde reside la víctima y su grupo familiar, que puede coincidir o no en ser el mismo. Al respecto, dice el artículo 50 de la ley 599 de 2000 lo siguiente:

“La privación del derecho a residir o de acudir a determinados lugares, impide al penado volver al lugar en que haya cometido la infracción, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos.”

Finalmente, en el artículo 51 de la ley 599 de 2000, establece la duración máxima de las penas que privan de otros derechos. Al respecto, establece que para la pena del numeral 1 del artículo 43 de la misma ley, el término de la pena oscilará entre 5 y 20 años.

Sin embargo, no se aplicara lo hasta aquí dicho, en cuanto a lo mencionado en el inciso 3 del artículo 52 de la ley 599 de 2000, el cual se explicará una vez agotada el presente. Igualmente, se excluye el caso de servidores públicos que realicen delitos contra el patrimonio del Estado, pues en ese caso se atienen a lo dispuesto en el artículo 122 de la Constitución Política de Colombia. Esta disposición dice que además de las penas impuestas en las normas legales, no podrá ser, quien cometa delitos contra el patrimonio del Estado, tenga relación reconocida en un proceso judicial con la promoción o financiación de grupos ilegales, o que tenga conexión con delitos de lesa humanidad o de narcotráfico, ser postulado a cargos públicos, ni ser elegido para aquellos o designado en un cargo público. Aunque no menciona que sea hasta cierta fecha, lo cual nos hace suponer que es de manera permanente. Surge allí un punto interesante de discutir en otro espacio, sobre la posibilidad de estar ante un caso de una pena perpetua.

En el mismo orden de ideas, para la pena del numeral 3 del artículo 43 de la misma ley, según el artículo 52 de la ley 599 de 2000, es de 6 meses a 20 años. Para la pena del numeral 4, es de 6 meses a 15 años. Para la pena del numeral 5 es de 6 a 10 años. Para la pena del numeral 6 es de 1 a 15 años. Para la pena del numeral 7 es de 6 meses a 5 años. En cuanto a la pena que envuelven la imposibilidad de contactarse con el grupo familiar, la pena durará lo que dure la pena y hasta 12 meses más.

2.2.2.3.1.1.3.1. Penas accesorias:

Las penas accesorias, como su nombre lo indica, son aquellas que se imponen en conjunto con las penas principales. Es decir, que además de la pena principal, se le impone al condenado otra pena accesoria a la inicialmente impuesta como principal.

Adicionalmente, los casos en donde se puede aplicar la pena accesoria son:

- a. Cuando tenga relación directa con la realización de la conducta punible.
- b. Por haber facilitado o colaborado en la comisión de la conducta punible.
- c. Cuando la pena de restricción de otros derechos contribuya a la prevención de conductas punibles similares o conexas a la realizada de la cual se deriva la imposición de la pena.

Lo anterior, según lo especificado en el artículo 52 de la ley 599 de 2000, el cual dispone: *“Las penas privativas de otros derechos, que pueden imponerse como principales, serán accesorias y las impondrá el Juez cuando tengan relación directa con la realización de la conducta punible, por haber abusado de ellos o haber facilitado su comisión, o cuando la restricción del derecho contribuya a la prevención de conductas similares a la que fue objeto de condena.”*

Entonces, para que el juez pueda imponer una pena accesoria debe hacer caso estricto del artículo 59 de la ley 599 de 2000, la cual estipula que toda sentencia y en esa medida la pena, debe estar estrictamente motivada. Ello significa que se hagan explícitos los motivos, las pruebas, la valoración de las mismas y la proporcionalidad, razonabilidad y legalidad aquella.

Finalmente, en caso de que se aplique una pena privativa de otros derechos como accesoria de la principal, ambas penas se ejecutarán simultáneamente. Lo anterior, dicho por el artículo 53 de la ley 599 de 2000.

Con la anterior exposición, se termina el estudio de la pena en las normas de la ley 599 de 2000 y aquellas que las modifican o sustituyen. Se procede entonces a estudiar las normas relativas a la pena que se encuentran en la ley 1709 de 2014, la cual modifica algunas

normas de la ley 65 de 1993, las cuales son de amplia conexión con las que se acaban de exponer provenientes de la ley 599 de 2000.

2.2.2.3.2. Ley 1709 de 2014:

A continuación, se expondrán algunas normas de la ley 1709 de 2014 que se manifiestan sobre temas propios de la pena. Sin embargo, existen normas que modifican la ley 65 de 1993 y la ley 599 de 2000 y que disponen cosas similares o iguales que las ya expuestas por la ley 599 de 2000, para la primera, y que ya se expusieron anteriormente, para la segunda. Por eso, no se repetirá las normas que ya se expusieron en el estudio de la ley 599 de 2000 y no se expondrán las normas de la ley 1709 de 2014 que a pesar de tener que ver con la pena, su contenido ya está consignado en los artículos de aquella.

2.2.2.3.2.1. Vigilancia y presencia del juez de ejecución de penas:

El primer artículo que se debe exponer de la presente ley es el 5. Esta disposición modifica el artículo 7 de la ley 65 de 1993. En éste, se dispone varias cosas: La primera de ellas, es que especifica que será el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, el encargado de verificar y vigilar el cumplimiento y las condiciones dentro de las cuales se ejecuta la pena; lo anterior en su primer inciso.

También, en el inciso segundo afirma que ante la solicitud de la persona privada de la libertad, de su apoderado, de la defensoría pública o de la Procuraduría General de la Nación, y verificados los requisitos correspondientes, el juez deberá reconocer los mecanismos alternativos y o sustitutivos de la pena de prisión.

Y finalmente, esta disposición afirma que en caso de ser necesario y ante la solicitud del Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), habrá la presencia permanente de un juez de ejecución de penas, lo cual se garantizará por el Consejo Superior de la Judicatura. En caso de no ser necesaria la presencia permanente, se garantizarán las visitas permanentes de aquel.

Por otro lado, en el artículo 42 de la ley 1709 de 2014, que modifica el artículo 51 de la ley 65 de 1993, establece otros mandamientos, conexos con los presentados anteriormente, para los jueces de ejecución de penas.

Al respecto, afirma el artículo que el juez de ejecución de penas debe velar por:

- a. Garantizar la legalidad en la ejecución de las penas.
- b. Presentarse al menos dos veces por semana en los establecimientos de reclusión en donde no haya presencia permanente del mismo para verificar la situación de ejecución de las penas.

Así mismo, el artículo le otorga otras funciones al juez de control de garantías, sin perjuicio de las ya estipuladas en el Código de Procedimiento Penal. Al respecto dice:

“El Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, además de las funciones contempladas en el Código de Procedimiento Penal, tendrá las siguientes:

- 1. Verificar las condiciones del lugar o del establecimiento de reclusión donde deba ubicarse la persona condenada, repatriada o trasladada.*
- 2. Conocer de la ejecución de la sanción penal de las personas condenadas, repatriadas o trasladadas, cuya ubicación le será notificada por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) dentro de los cinco (5) días siguientes a la*

expedición del acto por el cual se disponga la designación del establecimiento.

3. Hacer seguimiento a las actividades dirigidas a la integración social del interno.

Para ello deberá conceptuar periódicamente sobre el desarrollo de los programas de trabajo, estudio y enseñanza.

4. Conocer de las peticiones que los internos o apoderados formulen en relación con el Reglamento Interno y tratamiento penitenciario en cuanto se refiera a los derechos y beneficios que afecten la ejecución de la pena.”

Las funciones presentadas anteriormente, son fundamentales en nuestro estudio, toda vez que, nuevamente, destacan la importancia del juez de ejecución de penas y de su papel imperativo en el control de la ejecución de la pena, de los lugares donde se desarrollará, de los mecanismos para ejecutarla y de tener completa comunicación con el organismo encargado de la vigilancia del condenado.

Finalmente, queda por destacar lo dicho en el párrafo 1 del artículo ya mencionado, pues en él se dice que será el Consejo Superior de la Judicatura, el INPEC y la USPEC, los encargados, de acuerdo con sus competencias, de establecer y garantizar que el juez de ejecución de penas tenga las condiciones idóneas para cumplir con sus funciones. Así como propender porque cada centro de reclusión tenga al menos un juez de ejecución de penas permanente para que atienda de igual manera las solicitudes de los internos.

2.2.2.3.2.2. Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario:

Otra norma de amplia importancia para nuestro estudio de la pena, es aquel que menciona las entidades que conforman el Sistema Penitenciario y Carcelario, quien es aquel que lleva a cabo toda la operación del cumplimiento de las penas impuestas.

Siendo así, el artículo 7 de la ley 1709 de 2014 dispone que:

“El Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario está integrado por el Ministerio de Justicia y del Derecho; el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) y la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec), como, adscritos al Ministerio de Justicia y del Derecho con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa; por todos los centros de reclusión que funcionan en el país; por la Escuela Penitenciaria Nacional; por el Ministerio de Salud y Protección Social; por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y por las demás entidades públicas que ejerzan funciones relacionadas con el sistema.”

2.2.2.3.2.3. Suspensión de la ejecución de la pena:

Así mismo, encontramos en el artículo 29 de la ley 1709 de 2014 los requisitos para que se suspenda la ejecución de la pena. Al respecto, dispone que para poder suspender, de oficio o a petición de parte, la pena privativa de la libertad por un periodo de entre 2 y 5 años, impuesta en sentencia de cualquier instancia, se necesita:

- “1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.*
- 2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo.*
- 3. Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes*

personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

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

2.2.2.3.2.4. Excusión de los beneficios y subrogados penales:

La norma que se presentará a continuación es importante en nuestro estudio de la pena porque se refiere a las circunstancias que no permite que se acceda a beneficios y subrogados penales. Es decir, menciona los delitos y circunstancias por las cuales, no se puede acceder a los beneficios o subrogados penales. Al respecto dice el artículo 32 de la ley 1709 de 2014, que no se otorgará:

- c. La suspensión condicional de la ejecución de la pena.
- d. La prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión.
- e. Ni otros beneficios, ya sean judiciales o administrativos.

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

2.2.2.3.2.5. Vigilancia de centros de reclusión carcelarios:

El artículo que se expondrá a continuación, es importante en nuestro estudio toda vez que la pena principal por excelencia y de mayor acogida en materia penal es la privativa de la libertad en reclusión carcelario. Por ellos, conocer el funcionamiento de la vigilancia de los centros de reclusión donde se cumple la mencionada pena principal se hace interesante y enriquecedor.

Siendo así, se hace imperativo presentar el artículo 35 de la ley 1709 de 2014, el cual modifica el artículo 31 de la ley 65 de 1993.

En éste, se hace una diferencia entre la vigilancia interna y externa de los centros de reclusión carcelarios. De dicha diferencia se endilgan responsabilidades a distintas entidades. Para el caso de la vigilancia interna de los centros de reclusión carcelarios, será responsable el “*Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional*”. Mientras que la vigilancia externa, está a cargo de la Fuerza Pública. Y agrega el artículo que en caso de no existir Fuerza Pública en el territorio, se hará cargo de la vigilancia externa el “*Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional*”.

Otro tema interesante del artículo precitado, es aquel según el cual ante una amenaza o graves alteraciones del orden en el centro de reclusión, la Fuerza Pública, podrá ingresar a las instalaciones para prevenir o recuperar el orden perdido. Lo anterior, previo requerimiento o autorización del Ministro de Justicia y del Derecho o del Director General del INPEC; o en su defecto, y por motivos de necesidad y urgencia, con la del Director del Establecimiento de reclusión carcelario.

Así mismo, podrá solicitarse la presencia transitoria de la Fuerza Pública en circunstancias excepcionales de orden interno o de reforzamiento de la seguridad y vigilancia.

2.2.2.3.2.6. Examen de ingreso y egreso:

Es muy importante conocer que ante la imposición de una pena principal de privación de la libertad en centro de reclusión carcelario, es necesario la implementación de un examen al momento del ingreso y egreso del centro de reclusión carcelario. Lo anterior porque de acuerdo con el artículo 4 una de las funciones de la pena es la de protección al condenado,

lo cual además de una función se convierte en una norma rectora en la ejecución de la misma.

Al respecto dice el artículo 45 de la ley 1709 de 2014, que al momento de ingreso al centro de reclusión carcelario, ya sea en calidad de condenado o procesa, la persona será sometida a un examen médico para determinar su estado de salud en general. Hecho el examen, se abrirá una ficha médica con la información recolectada. Igualmente, se garantiza para la persona que se somete al examen, la completa atención médica en caso de necesitarla. Dicha ficha médica debe inscribirse y quedar a completa disponibilidad en el Sistema de Información de Sistematización Integral del Sistema Penitenciario y Carcelario.

A su turno, cuando se diagnostiquen trastornos de índole psíquicos se remitirá a la valoración especializada en éste campo y se establecerá si la pena impuesta se puede o no cumplir en centro de reclusión carcelario o se necesita un lugar de reclusión distinto, de acuerdo con los contemplados para tales situaciones en el artículo 24 de la ley 65 de 1993.

Este mismo procedimiento se debe repetir al momento de egreso de la persona, para constatar su estado de salud, información que una vez obtenida debe enviarse al mismo Sistema de Información donde consta la información médica que se obtuvo a partir de la primer examen médico.

2.2.2.3.2.7. Fijación de pena:

Según el artículo 51 de la ley 1709 de 2014, que modifica el artículo 72 de la ley 65 de 1993, estipula que será competencia del juez de control de garantías o de conocimiento, dependiendo si estamos en una etapa de investigación o de juicio, respectivamente, fijar el centro de reclusión donde deba ser reclusa la persona. Sin embargo, para el condenado, la

autoridad judicial lo pondrá a disposición del Director del INPEC, para que sea este último quien determine el establecimiento más cercano y en el cual cumpla la pena impuesta.

2.2.2.3.2.8. Redención de la pena:

De acuerdo con los artículos 60 y 61 de la ley 1709 de 2014, existe la posibilidad de que a través de la enseñanza y del trabajo.

Al respecto, dispone el artículo 60 que el juez de ejecución de penas concederá la redención de pena siempre que el condenado hay estudiado durante su tiempo de cumplimiento de la pena privativa de la libertad. Así mismo, dice el inciso 2 del artículo que por cada 2 días de estudio se redime 1 día de pena. Se entiende como un día de estudio la dedicación del condenado a esta actividad durante un tiempo de 6 horas, las cuales se pueden cumplir efectivamente durante diferentes días.

Cabe aclarar que se hará el computo de la redención una vez haya quedado en firme la sentencia contentiva de la pena.

Por otro lado, el artículo 61 mencionado, estipula que el condenado que, una vez certifique las calidades necesarias para fungir como instructor o educador, y que efectivamente actúe como instructor o educador en cursos de:

- f. Cursos de alfabetización.
- g. Enseñanza primaria.
- h. Enseñanza secundaria.
- i. Enseñanza artesanal.
- j. Enseñanza técnica.

k. Enseñanza de educación superior.

Se le redimirá un día de pena por cada cuatro horas dictadas.

Finalmente, el artículo 64 de la ley 1709 de 2014, se estipula que el derecho de redención de la pena, será exigible ante el juez de ejecución de penas, una vez se haya cumplido con los requisitos exigidos para acceder al mismo. Sin embargo, toda decisión que redima algo de la pena impuesta podrá ser controvertida ante el juez competente.

2.2.2.3.2.10. Reglamento disciplinario para internos:

Parte importante de este estudio de la pena es destacar la realidad de que al condenado privado de la libertad en centro de reclusión carcelario, no solo debe cumplir la pena impuesta sino que en el desarrollo de la misma debe cumplir con el reglamento existente para los internos.

Al respecto, el artículo 76 de la ley 1709 de 2014, estipula que el INPEC, con previo concepto favorable del Ministerio de Justicia y del Derecho, expedirá el reglamento disciplinario correspondiente.

Del artículo anterior se surge la estipulación de una norma de suma importancia que es aquella que fija la legalidad de las sanciones. Al respecto, dice el artículo 77 de la ley 1709 de 2014, que modifica el artículo 117 de la ley 65 de 1993, en su primer párrafo, que las sanciones aplicables al condenado o los estímulos a los que tenga derecho se podrán presentar siempre que existan de manera previa a la conducta que les permite su nacimiento. Lo anterior, como materialización del principio de legalidad del derecho penal. Siendo así, se desprende la idea de que es una concreción del principio de legalidad toda

vez que quien sea sancionado debe serlo con base en una sanción preexistente. Es decir, que conozca que la actuación es prohibida en el centro de reclusión.

En el segundo párrafo, se estipula que las sanciones o estímulos del párrafo anterior se aplicarán por orden del Consejo de Disciplina, en caso de existir, o por el Director del Centro de Reclusión, siempre garantizando el debido proceso. Entonces se materializa una concreción del principio y derecho del debido proceso, según el cual, la imposición de la pena, se hará siempre de conformidad con las formas propias para cada juicio

Cabe agregar, que ante la imposición de una sanción, procederá recurso de reposición y en subsidio de apelación, ante el Consejo de Disciplina.

Finalmente, el párrafo único del artículo que analizamos, especifica que el Director del Centro de Reclusión, puede *“revocar la calificación de las faltas y de las sanciones, cuando verifique que estas contradicen la naturaleza y extensión de aquellas.”*

Se desprende la idea de que es una concreción del principio y derecho del debido proceso, según el cual, la imposición de la pena, se hará siempre de conformidad con las formas propias para cada juicio.

Con la exposición anterior, se termina con el estudio de las normas referentes a la pena en el campo legal. Continuamos entonces con la exposición de las normas referentes a la pena en materia reglamentaria.

2.2.3. Reglamentario:

Al respecto es necesario decir, que en materia reglamentaria no puede haber penas de tipo penal. Lo anterior, porque de conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, y en lo dicho en la explicación propia del mismo en el acápite 2.2.1., toda pena

que se vaya a imponer en el marco de un proceso penal en Colombia debe ser previamente existente a la conducta que se imputa.

Sin embargo, es pertinente exponer la organización y funciones del organismo propio que ejecuta la pena y que mucho tiene que ver con la pena en sí misma y por ende con nuestro estudio, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

La anterior afirmación, se sustenta, entre otras, en el “**CONSIDERANDO**” del Decreto 4151 de 2011, en donde se afirma que con base en el interés de cumplimiento del Estado Social de Derecho, la dignidad humana y demás derechos fundamentales de la población privada de la libertad en centros de reclusión carcelarios, se debe fortalecer la estructura del organismo propio que se encarga de la interacción con el condenado en la ejecución de la pena. Dice, además, que es “*imperativo fortalecer institucionalmente la entidad encargada de la custodia, vigilancia, atención y tratamiento de dicha población.*”

En ese orden de ideas, expondremos las disposiciones del Decreto 4151 de 2011 “*Por el cual se modifica la estructura del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC y se dictan otras disposiciones.*” Lo anterior, para mostrar el proceso de cumplimiento y ejecución de la de conformidad con el funcionamiento del organismo encargado de aplicarla diariamente.

2.2.3.1. INPEC:

2.2.3.1.1. Objeto:

El primer punto a resaltar, se encuentra en el artículo 1 del Decreto, en donde se estipula que el objeto del INPEC es: “*Ejercer la vigilancia, custodia, atención y tratamiento de las personas privadas de la libertad.*” Así mismo, estipula que será propio de su competencia

la vigilancia y seguimiento de los mecanismos de seguridad electrónica y la ejecución de del trabajo social cuando éste sea impuesto por la decisión judicial respectiva.

2.2.3.1.2. Funciones:

Luego, aparecen las funciones propias del INPEC, dentro de las ellas, encontramos algunas que se refieren o tiene clara conexidad con la ejecución de la pena como:

1. *“Coadyuvar en la formulación de la política criminal, penitenciaria y carcelaria.”*

Esta función es importante en nuestro estudio, toda vez que el INPEC puede participar de manera muy activa en la estructuración de todo el proceso de la pena. Es decir, puede participar en los momentos de creación, desarrollo, modificación y ejecución de la pena.

Lo anterior, permite que con la experiencia y vivencias propias del INPEC, quien se encarga diariamente de velar, entre otras, por la ejecución correcta de la pena, se puede lograr con mayor eficiencia la misma.

2. *“Ejecutar la política penitenciaria y carcelaria, en coordinación con las autoridades competentes, en el marco de los derechos humanos, los principios del sistema progresivo, a los tratados y pactos suscritos por Colombia en lo referente a la ejecución de la pena y privación de la libertad.”*

Ésta función es de inmensa importancia en nuestro estudio, pues expone la importancia que tiene éste organismo en la etapa de ejecución de la pena.

Lo anterior, porque el INPEC, de conformidad con normas de superior jerarquía, debe ejecutar la política criminal y en esa medida, implementar y encargarse de que se ejecute las penas impuesta por el juez. Entonces, el papel del INPEC en la ejecución de la pena es

fundamental, pues de él depende que los mandatos tanto constitucionales como legales, se cumplan.

3. *“Diseñar e implementar los planes, programas y proyectos necesarios para el cumplimiento de la misión institucional.”*

Ésta disposición, es también importante, toda vez que se le otorga la competencia al INPEC para que estructure y ejecute mecanismos de intervención en la ejecución de la pena. Entonces, es pertinente destacar que dentro de la ejecución de la pena, el INPEC puede presentar e implementar programas y proyectos para cumplimiento de su misión la cual, como ya expusimos de conformidad con el artículo 1 del Decreto expuesto, es la de *“Ejercer la vigilancia, custodia, atención y tratamiento de las personas privadas de la libertad.”*

4. *“Custodiar y vigilar a las personas privadas de la libertad al interior de los establecimientos de reclusión, para garantizar su integridad, seguridad y el cumplimiento de las medidas impuestas por autoridad judicial.”*

Finalmente, en cuanto al tema de funciones, encontramos aquella que con mayor fuerza corrobora nuestra posición sobre la importancia del INPEC para la ejecución de la pena.

Expone el artículo anterior, que corresponde al INPEC vigilar a las personas privadas de la libertad, pero lo verdaderamente importantes es aquella parte que afirma que dicha vigilancia y custodia se dará, primero, para garantizar los derechos del condenado y, segundo, para verificar el cumplimiento de la pena impuesta por el juez.

Reiteramos que el papel del INPEC y su importancia radica en que es éste organismo el encargado de, diariamente, y con contacto directo, hacer ejecutar la pena impuesta. Es quien materialmente se encarga del cumplimiento de la pena.

2.2.3.2. Centros de Reclusión:

2.2.3.2.1. Creación:

2.2.3.2.1.1. Del Orden Nacional:

De conformidad con el artículo 16 de la ley 65 de 1993, el cual fue modificado por el artículo 8 de la ley 1709 de 2014, estipula que competirá al INPEC la creación, fusión, supresión, direccionamiento y vigilancia de los centros de reclusión de orden nacional.

Así mismo, afirma que esta competencia del INPEC se ejercerá en conjunto con el USPEC³⁹, en los temas de determinación de los lugares en donde funcionarán los centros de reclusión.

Igualmente, esta función de creación y demás, se realizará con recursos que el Ministerio de Hacienda le asigne a la USPEC.

2.2.3.2.1.2. Del orden Departamental y Municipal:

En cuanto a los centros de reclusión encargados de recibir a las personas que se encuentren bajo detención preventiva o condenados por “*contravenciones que impliquen privación de la libertad, por orden de autoridad policiva*”⁴⁰ la ley 65 de 1993, estipula que corresponderá los actos de “*creación, fusión, supresión, dirección, organización,*

³⁹ Según el artículo 15 de la ley 95 de 1993, el USPEC es “La Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios, como adscrito al Ministerio de Justicia y del Derecho con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa.”

⁴⁰ Código Penitenciario y Carcelario. Ley 65 de 1993. Agosto 19 de 1993. (Colombia).

*administración, sostenimiento y vigilancia*⁴¹ a los departamentos, municipios, áreas metropolitanas y al Distrito Capital de Santafé de Bogotá.

En cuanto a la inspección y vigilancia de los centros de reclusión de las entidades territoriales, éstas serán ejercidas por el INPEC.

El pago de los costos de dichos establecimientos de reclusión se hará con cargo a los presupuestos departamentales o municipales dependiendo del caso concreto.

2.2.3.2.1.3. Integración de Centros de Reclusión:

Se afirma en el artículo 18 de la ley 65 de 1993, que los municipios podrán convenir la “*creación, organización, administración y sostenimiento*” de manera conjunta de los centros de reclusión.

⁴¹ Ibid.

2.2.3.2.2. Características:

En los párrafos 1 y 2 del artículo 16 de la ley 65 de 1993, se estipulan algunas características que debe cumplir un centro de reclusión para su cabal funcionamiento.

Al respecto, se especifica que los centros de reclusión, que existan con posterioridad a la vigencia de la presente ley, deben contar con un “*perímetro de aislamiento*”⁴² de no menos de 200 metros de distancia con cualquier desarrollo urbano.

Así mismo, los centro de reclusión deberán contar con las condiciones “*ambientales, sanitarias y de infraestructura*”⁴³ adecuadas. Lo anterior, en términos de condiciones dignas para el cumplimiento de la pena o de la medida de seguridad.

Siendo así, el centro de reclusión debe contar con todas las características mínimas para ofrecer al condenado (para nuestro caso de estudio), las condiciones necesarias en la parte de su entorno ambiental, de su salud física y mental y de su entorno físico para poder cumplir la pena acorde con el principio y base de la dignidad humana.

2.2.3.2.3. Clases de Centros de Reclusión:

Como es obvio existen varios centros de reclusión. Sus diversas clases aparecen en el artículo 20 de la ley 65 de 1993. Al respecto, las clases de centro de reclusión son:

“1. Cárceles de detención preventiva.

2. Penitenciarías.

⁴² *Ibíd.* Parágrafo 1. Art. 16.

⁴³ *Ibíd.* Parágrafo 2. Art. 16.

3. *Casas para la detención y cumplimiento de pena por conductas punibles culposas cometidas en accidente de tránsito o en ejercicio de toda profesión u oficio.*

4. *Centros de arraigo transitorio.*

5. *Establecimientos de reclusión para inimputables por trastorno mental permanente o transitorio con base patológica y personas con trastorno mental sobreviniente.*

Estos establecimientos estarán bajo la dirección y coordinación del Ministerio de Salud y Protección Social, en los cuales serán recluidas las personas con trastorno mental permanente o transitorio con base patológica.

6. *Cárceles y penitenciarías de alta seguridad.*

7. *Cárceles y penitenciarías para mujeres.*

8. *Cárceles y penitenciarías para miembros de la Fuerza Pública.*

9. *Colonias.*

10. *Demás centros de reclusión que se creen en el sistema penitenciario y carcelario”.*⁴⁴

2.2.3.3. Tratamiento Penitenciario:

2.2.3.3.1. Objetivo:

De acuerdo con el artículo 142 de la ley 65 de 1993, el objetivo del tratamiento penitenciario es “*preparar al condenado, mediante su resocialización para la vida en libertad*”⁴⁵.

⁴⁴ *Ibíd.* Art. 20.

⁴⁵ *Ibíd.* Art. 142.

Lo anterior significa que la intención final que se busca con la implementación de la pena será la de que el condenado, una vez finalizado el tratamiento penitenciario, sea resocializado y puede convivir en sociedad sin que incurra nuevamente en conductas punibles.

En ese orden de ideas, la anterior norma continúa y está acorde con las funciones propias de las penas del artículo 4 de la ley 599 de 2000. Esto, toda vez que una de las funciones propias de la pena, en la cual se debe aplicar el tratamiento penitenciario, es la de la reinserción social.

2.2.3.3.2. Ejecución del Tratamiento Penitenciario:

El tratamiento penitenciario debe estar guiado y seguir unos principios propios de las finalidades perseguidas con el mismo. Nos referimos entonces a que el tratamiento penitenciario debe ejecutarse en su totalidad de acuerdo con el principio de dignidad humana y obedecer a las situaciones particulares de cada uno de los condenados. Lo anterior, para que la reinserción del condenado sea total, pues en caso de no prestarse una atención directa sobre la situación particular del condenado, no se podrá solucionar sus problemas y conflictos que lo llevan a incurrir en la conducta punible.

Dicho tratamiento se estructurará para cada condenado, a través de actividades educativas, del trabajo, así como actividades culturales, familiares y deportivas entre otras.

Las afirmaciones anteriores están basadas en lo dispuesto en el artículo 143 de la ley 65 de 1993.

2.2.3.3.2.1. Fases del Tratamiento:

De acuerdo con el artículo anterior, las fases del tratamiento son:

- “1. Observación, diagnóstico y clasificación del interno.*
- 2. Alta seguridad que comprende el período cerrado.*
- 3. Mediana seguridad que comprende el período semiabierto.*
- 4. Mínima seguridad o período abierto.*
- 5. De confianza, que coincidirá con la libertad condicional”⁴⁶.*

A su vez, dentro de la aplicación del tratamiento penitenciario, en sus primeras 3 etapas, será obligatorio para los internos realizar los programas de educación penitenciaria. Para ello el INPEC suministrará las pautas para los mencionados programas teniendo en cuenta que sus contenidos están dirigidos a la resocialización del condenado

Finalmente, cita el párrafo único que dicho sistema se ejecutará gradualmente acorde con la disponibilidad de personal e infraestructura de los centros de reclusión.

⁴⁶ *Ibidem.* Art. 143.

CAPÍTULO 3: PROBLEMÁTICAS EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA

El presente capítulo tiene dos finalidades concretas. La primera de ellas dirigida a exponer una serie de inconvenientes que a nuestro juicio, y con fundamento en la doctrina y jurisprudencia vigentes, afectan de manera general la ejecución de la pena, una vez que esta ha sido impuesta. Así mismo, una segunda finalidad se enmarca en demostrar concretamente para el caso Colombiano una serie de situaciones irregulares que se están presentando actualmente dentro del sistema penal y que a nuestro juicio, contravienen las disposiciones legales que lo regulan. Ello tendiente a acreditar la necesidad no solamente del ordenamiento Colombiano, de valorar y de ser necesario modificar, la manera como se está sancionando el delito.

3.1. Problemáticas generales de la ejecución de la pena:

Este subcapítulo tiene como finalidad, exponer una serie de problemáticas que se derivan *per se* de la imposición de una pena. Dicha situación debe orientar a los órganos legisladores tanto en Colombia como en otros países del globo, a replantear la manera como se está sancionando el delito en la actualidad. A continuación se ilustrarán algunas de esas situaciones.

3.1.1. La determinación del Estado en la vida del ciudadano.

Un primer inconveniente que se refleja dentro del sistema penal mundial, deviene del creer que han tenido los diferentes pueblos a través de la historia, en el encierro como mecanismo segregador de la sociedad, el cual ha sido establecido como pena para la sanción de conductas punibles. De algún modo, para algunos afortunado y para otros desafortunado,

estas decisiones que se han tomado durante algo más de dos siglos, son las que han obtenido mayor consenso y aceptación por parte de las diferentes legislaciones a nivel mundial, produciendo mayoritariamente una cultura represiva.

Lo anterior ha desencadenado que la imposición de una pena produzca para el Estado la posibilidad de adquirir un control sobre el individuo, de manera que no solamente le restringe su derecho constitucional a la libertad, sino que termina apropiándose de la vida del sujeto, pues determina y establece su *modus vivendi* hasta en las situaciones más elementales del día a día⁴⁷.

Algunos tratadistas como ELIAS NEUMAN, ha reconocido en su obra “Victimología y Control Social”, la existencia de este fenómeno en los siguientes términos: *“En esencia, el Estado se apropia, según señale, del individuo, en el mejor de los casos, lo educa, le da normas de higiene y moral, y le enseña a trabajar, y en síntesis, lo saca de su cotidianidad. Se le planifica allí, en la prisión, su vida presente y futura. De tal modo el Estado logra una de las formas más tangibles de control y dominación mediante la coerción física. Es el detentador de la receta absoluta de esa violencia que planifica y centraliza al individuo a la vez que refuerza la legitimación del sistema”*⁴⁸.

Por otro lado, se ha creído, con mayor auge en países latinoamericanos, que la Cárcel debe ser un espacio en el que sus ocupantes, condenados por violar el ordenamiento jurídico penal, deben vivir y estar mal, pues ha prevalecido el concepto de que son centros destinados a la contención y depósito de seres humanos, más allá de ser entendidos como

⁴⁷ Elías Neuman. “Victimología y Control Social”. Pág. 247 y 249. Ed., Universidad S.R.L. (1994).

⁴⁸ Idem.

verdaderos centros de reinserción social. Ello se evidencia desde su propia arquitectura y fisionomía⁴⁹.

3.1.2. Los problemas de caer en un sistema penal basado únicamente en la eficacia.

Otra situación que guarda alguna relación con el punto anterior, consiste en la manera como la imposición de las penas a cargo del Estado, dando cumplimiento al monopolio que ejerce para sancionar el delito, ha dejado de servir a los ciudadanos y de cumplir sus fines, para preocuparse más por la eficacia en sí mismo. *“La pena se convirtió a veces en un arma del Estado esgrimida contra la sociedad, trocándose la eficacia de la pena en terror penal”*⁵⁰.

Dicha situación ha tenido lugar en diferentes sistemas penales a nivel internacional, debido a la creación e implementación de ciertas políticas de Estado tendientes a hacer puramente eficaz su tratamiento penal. La visión de eficacia se torna en una herramienta peligrosa que debe ser susceptible de controles rigurosos, ya que lo que ha demostrado la experiencia en algunas legislaciones conduce a que ese afán de obtener eficacia al interior del sistema, termina vulnerando los derechos reales que deben otorgarse a todos los miembros de un Estado Social y Democrático de derecho, aun cuando ello se haga a costa de una eficacia, que en materia penal no puede verse únicamente cuantitativamente⁵¹. *“En el Estado social y democrático de derecho sancionado por el artículo 1º, 1 de la Constitución, el ejercicio del poder y, por tanto, del poder penal solo pueden concebirse como exigencias de una política social al servicio de los ciudadanos”*⁵².

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ Puig, S. ET AL. *“Política Criminal y reforma del derecho penal”*. Pág. 75. Ed., Temis. (1982).

⁵¹ Idem.

⁵² *Ibidem.*, P. 77

3.1.3. La forma de castigar el delito no está reparando a las víctimas

Esta problemática se caracteriza por el hecho de que en materia penal, las sanciones tienen una doble finalidad. La primera de ellas consiste en sancionar al infractor mediante la imposición de una pena, bajo la óptica de reinserción social y no repetición de la conducta, mientras que una segunda finalidad consiste, en que las víctimas de un ilícito sean reparadas de manera integral, acorde con lo establecido en la ley 906 de 2004 y la sentencia C-228 de 2002. Esta situación ha sido recreada por el profesor ANTONIO BERISTAIN de la siguiente manera:

“En diversos ambientes se repite, y con harta razón, que el hombre y/o mujer delincuente no debe recobrar su libertad ambulatoria hasta que haya satisfecho, en todo lo posible, las debidas indemnizaciones pecuniarias a sus víctimas inmediatas y a sus víctimas mediatas en sentido amplio”⁵³.

En ese sentido, el sistema penal se está preocupando más por los delincuentes, que por las propias víctimas, las cuales, cada día son más numerosas, si se tiene en cuenta la consumación de nuevas conductas punibles a diario, así como aquellos delitos como por ejemplo los relacionados con el terrorismo en donde se victimizan muchas más personas de manera mediata que inmediata⁵⁴.

Frente al tratamiento que debiera dársele a los condenados de conductas reprochables por el ordenamiento jurídico, *“A estos han de imponerles deberes y obligaciones indispensables a favor de sus víctimas. Indemnizarles totalmente a estas, se exige cada día más. Y como tarea directa de los victimarios, que siempre podrán hacer algo en este campo, aunque*

⁵³ Antonio Beristain. *“Criminología, Victimología y Cárceles”*. Pág. 162. Ed., Pontificia Universidad Javeriana. (1996).

⁵⁴ *Ibidem.*, P. 162 – 163.

quizás no todo lo necesario. La sociedad o el Estado actuarán subsidiariamente; pero solo complementariamente”⁵⁵.

En consecuencia deben establecerse nuevos mecanismos que satisfagan la reparación de las víctimas dado que en la actualidad, la concepción de reparación pecuniaria ha generado que un sin número de delitos sean sancionados con la imposición de una pena de prisión, sin embargo la reparación de las víctimas se ha quedado ocasionalmente en el tintero, toda vez que cuando el victimario no puede reparar económicamente a la víctima, su única salida es cumplir cabal e integralmente la pena que le ha sido impuesta, y que con claridad genera dos inconvenientes, el primero consistente en que la víctima nunca quede satisfecha con la reparación, y la segunda que el victimario solo guarde resentimiento y sed de venganza⁵⁶.

Así lo considera ANTONIO BERISTAIN cuando dice: *“Por lo tanto, la sanción penal ha de avanzar en la dirección y la búsqueda de todas las diversas restauraciones posibles. Estas no se logran por el hecho de que el delincuente permanezca en la Cárcel todo el tiempo establecido en la sentencia; así se consigue sólo la venganza (que a nadie aprovecha), a la cual ni la víctima tiene derecho*”⁵⁷.

3.1.4. Los efectos estigmatizantes de la pena.

Frente a esta situación, cabe destacar el aporte dogmático que han hecho varios tratadistas como lo son ALEJANDRO BARATTA, EUGENIO ZAFFARONI y EMILIO LAMO DE ESPINOSA, quienes a través de la historia, han reconocido la necesidad de cambiar el sistema penal, concretamente a la hora de ejecutar una pena, por considerar que este

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ Idem.

sistema en su estado de tradicionalidad, represivo y formalista contribuye con la degradación de la condición humana⁵⁸.

El efecto estigmatizante que se produce por naturaleza dentro del proceso penal y frente al cumplimiento de la pena tiene como fundamento lo que el maestro ZAFFARONI ha descrito en los siguientes términos: “(...) dicho sistema “es una máquina para producir dolor inútilmente”, por cuanto la pena y su proceso ejecutivo en la prisión resulta estéril, inocua, pues no redime, ni modifica al acusado; por el contrario, lo envilece destruyéndolo y aniquilándolo. Se trata, en suma, de “un dolor inútil, de “penas perdidas”⁵⁹.

“Nuestra realidad penitenciaria así lo evidencia, pese a los esfuerzos que hay que reconocer, se vienen haciendo en la materia, en orden a introducir mayor humanidad en dichos centros”⁶⁰.

Un factor que apremia la sociedad mundial a diario, y que no contribuye con el bienestar del tratamiento penitenciario, consiste en que para muchos, las personas que han sido condenadas por el sistema penal, no hacen parte de esta sociedad, son seres que deben estar aislados en Cárceles para garantizar la protección de la sociedad. Igual situación se presenta con el creer de muchos, que incluso se escucha reiteradamente dentro de la sociedad, de que entre más indigna sea la cárcel, mayor será la satisfacción y reparación de la víctima, como si realmente anular a una persona contribuyera con la reparación integral que espera la víctima.

Esta posición ha sido expuesta por el tratadista ABELARDO RIVERA, quien citando al profesor ALEJANDRO BARATTA, en su obra “La Víctimología Un problema

⁵⁸ Abelardo Rivera. “¿La Víctimología, un problema criminológico?”. Pág. 322. Ed., Jurídica Radar Ediciones. (1997).

⁵⁹ Eugenio Zaffaroni. “El abolicionismo penal de Louk Hulsman”. Ed., Editar. (1983). EN: Abelardo Rivera. “¿La Víctimología, un problema criminológico?”. Pág. 322. Ed., Jurídica Radar Ediciones. (1997).

⁶⁰ Idem.

Criminológico?”, ha puesto de presente lo siguiente: *“La idea de rehabilitar delincuentes a base de ponerlos a todos juntos, separándolos del resto de la sociedad no resiste el más mínimo análisis. La fórmula prisión = rehabilitación es una forma mixtificada de una tortura psicológica, cuando no física”*⁶¹.

Finalmente, y una vez expuestas las anteriores consideraciones es necesario vislumbrar los parámetros que ha fijado la Corte Constitucional de Colombia mediante sentencia de constitucionalidad C-806 de 2002, tendientes a describir la finalidad de la imposición de una pena. Al respecto dijo la Corte: *“Al 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. Ha considerado también que “sólo 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”*⁶².

Se considera que existe una discordancia entre los parámetros descritos por el ordenamiento jurídico y la realidad de lo que implica el cumplimiento de una pena. De acuerdo con lo descrito por algunos doctrinantes en apartes anteriores, se evidencia que esta problemática conlleva a la producción de efectos nocivos y estigmatizantes para quien se encuentre

⁶¹ Ibídem. P. 323.

⁶² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-806 de 2002. (M.P. Clara Inés Vargas Hernández: Octubre 03 de 2002).

sometido al *ius puniendi* del Estado, aun cuando las finalidades legales de ello sean diferentes.

3.2. Problemas de la Ejecución de la Pena: el Caso Colombiano.

A continuación se expondrán una serie de problemáticas relacionadas con la ejecución de la pena en Colombia, los cuales afectan no solo al Estado como administrador de la estructura penitenciaria y carcelaria, sino que también resultan nocivas para los sindicados que deben ser albergados en las cárceles con el fin de cumplir la pena que les ha sido impuesta. Frente a ello encontramos los siguientes inconvenientes:

3.2.1. Infraestructura obsoleta:

Este fenómeno hace referencia a las condiciones físicas que deben proporcionar las cárceles a los reclusos que las habitan. Desafortunadamente en la actualidad, la infraestructura carcelaria es deficiente y no cumple con las exigencias mínimas requeridas.

La revista Semana publicó un artículo en Agosto de 2012, donde puso de presente algunas fallas en cuanto a la administración de la Cárcel Modelo de Bogotá, las cuales se materializaron debido a la carencia de los servicios públicos más esenciales para un ser humano, la falta de agua potable, la ausencia de un cauce que elimine correctamente los desechos tóxicos, el tratamiento de basuras, la humedad, etc.

El primer análisis que entrega el documento, hace referencia a la división zonal que caracteriza este establecimiento carcelario, por una parte se encuentra el ala norte conformada por los patios 1A, 1B, 2A, 2B, en donde se albergan delincuentes procesados por delitos de narcotráfico, paramilitarismo, o los denominados delitos de cuello blanco. Igualmente, pueden terminar allí quienes estén en capacidad de pagar una suma alta de

dinero por una celda, que para la época del estudio era aproximadamente de \$2.000.000. Por su parte el ala sur, se compone de los patios 3, 3A, 4 y 5, integrados por personas de bajos recursos, que son procesadas principalmente por delitos de violación y delincuencia común⁶³.

Diariamente el ala norte recibía en 2012, la presencia de 5 internos, mientras que el ala Sur le daba la bienvenida a 15 personas, con lo cual se puede deducir que la zona de la Cárcel Modelo, con que menos recursos e infraestructura cuenta, es la encargada de recibir personas en una proporción del triple versus la cantidad que llega al ala norte. Igualmente, como se precisa en el estudio, mientras que “los del norte” cuentan con colchonetas, “los del sur” se someten a dormir en el suelo, en la humedad, “bajo las inclemencias de la noche”, y con la posibilidad de bañarse cuando las 2 duchas que están habilitadas para tal fin lo permitan⁶⁴.

Una descripción de semejante naturaleza, genera problemáticas de todo tipo, bien sea en el porcentaje de hacinamiento, o en los avances de reinserción social, lo cierto es que un Estado Social de Derecho no puede someter su sistema penitenciario y carcelario a una subasta, en donde el que más pague o el que más pueda recoja la poca infraestructura a costa de la vida, salud y necesidades de sus homólogos.

Por otro lado, se debe destacar que Colombia se encuentra atrasada en temas de construcción e infraestructura, lo cual acompañado de la complejidad de las normas que gobiernan el sistema de contratación pública, solamente puede producir un tratamiento carcelario deficiente.

⁶³<http://www.semana.com/nacion/articulo/asi-vida-infierno-carcel-modelo-bogota/262384-3> (03 Agosto, 2012)

⁶⁴ Idem.

Lo anterior, tiene sustento en una decisión de la Procuraduría General de la Nación, que sancionó a funcionarios de FONADE y del Ministerio del Interior, por haber firmado un convenio en 2005 para la construcción y dotación de infraestructura para 10 cárceles alrededor del territorio nacional (Medellín, Puerto Triunfo, Jamundí, Acacias, Ibagué, Florencia, Guaduas, La Picota (Bogotá), Yopal y Cúcuta).⁶⁵

La finalidad de dicho convenio era entregar estos centros carcelarios renovados en 2009, con toda la estructura necesaria para albergar personas, sin exceder los límites de capacidad propuestos para cada uno de ellos. Sin embargo, se registraron retrasos en las obras de manera significativa, lo que conllevó a la obligatoria declaratoria de Caducidad de los contratos, así como sanciones disciplinarias a miembros de las corporaciones públicas contratantes⁶⁶.

De todos modos, lo más gravoso para efectos del presente estudio, sin duda alguna, es que se mantuvo una infraestructura obsoleta, afectando la seguridad e integridad de los sindicados.

3.2.2. La inconstitucionalidad de una vida en la Cárcel:

Esta problemática, relacionada directamente con la ejecución de la pena de prisión en establecimiento carcelario, ha demostrado que los centros de reclusión a nivel nacional no están cumpliendo con los estándares más básicos de seguridad, idoneidad y calidad, exigidos para albergar personas, especialmente si se tiene en cuenta el volumen de reclusos que se encuentran a cargo de cada uno de los centros de reclusión. Ello se refleja mediante las insuficientes condiciones de seguridad, bajos estándares de salubridad, desatención a las

⁶⁵ <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/procuraduria-sanciono-funcionarios-del-mininterior-fall-articulo-398082> (22 Enero, 2013).

⁶⁶ Idem.

exigencias en salud, falta de espacios que garanticen a los condenados actividades de recreación, deporte y cultura, entre otras falencias que están afectando gravemente las condiciones de salud, higiene y bienestar de los reclusos.

Se trata de una penosa realidad, que por demás genera un problema de salud pública, que ha tenido vigencia desde hace muchos años en nuestro país, de manera que ha sido objeto de múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional a través de sentencias de constitucionalidad y de tutela. Ello puede constatarse, por ejemplo con la sentencia T-153 de 1998, en donde la Corte, al encontrar serias irregularidades en cuanto al manejo carcelario, optó por declarar el estado de cosas inconstitucional en Establecimiento Carcelario, buscando evitar una posible congestión de la Administración de justicia, dado que las violaciones de derechos fundamentales registradas a diario dentro de los penales en Colombia, motivarían un océano de acciones de tutela. En consecuencia desde ese año la Corte manifestó:

“Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc. Durante muchos años, la sociedad y el Estado se han cruzado de brazos frente a esta situación, observando con indiferencia la tragedia diaria de las cárceles, a pesar de que ella representaba día a día la transgresión de la

Constitución y de las leyes. Las circunstancias en las que transcurre la vida en las cárceles exigen una pronta solución. En realidad, el problema carcelario representa no sólo un delicado asunto de orden público, como se percibe actualmente, sino una situación de extrema gravedad social que no puede dejarse desatendida. Pero el remedio de los males que azotan al sistema penitenciario no está únicamente en las manos del INPEC o del Ministerio de Justicia. Por eso, la Corte tiene que pasar a requerir a distintas ramas y órganos del Poder Público para que tomen las medidas adecuadas en dirección a la solución de este problema”⁶⁷.

Otro ejemplo, utilizado por este órgano de cierre, es la sentencia T-388 de 2013, la cual se produce 15 años más tarde, en relación con la providencia de 1998, demostrando que la realidad penitenciaria y carcelaria, no ha producido una transformación favorable, pues por el contrario expone una serie de situaciones nefastas, las cuales fueron recopiladas por la Corte Constitucional frente a un grupo de acciones de tutela incoadas en su momento por ciudadanos privados de la libertad en establecimiento carcelario, quienes consideraron violatorio de sus derechos fundamentales, la manera como se debe vivir al interior de una Cárcel. Veamos:

La Corte utilizó seis cárceles de Colombia para tal estudio, entre los cuales se destacan los siguientes casos:⁶⁸

A continuación se pretende demostrar mediante 2 situaciones concretas, observadas por la Corte Constitucional en las cárceles Metropolitana de Cúcuta y Modelo de Bogotá, la degradante situación que viven diariamente los internos para sobrellevar las condiciones

⁶⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-153 de 1998. (M.P Eduardo Cifuentes Muñoz: Abril 28 abril de 1998).

⁶⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-388 de 2013. (M.P María Victoria Calle Correa: Junio 28 de 2013).

indignas a que se encuentran sometidos y que evidentemente vulneran un sin número de garantías fundamentales. Ello a todas luces genera un sin número de acciones de tutela.

I. Complejo Carcelario y Penitenciario Metropolitano de Cúcuta:

“Complejo Carcelario y Penitenciario Metropolitano de Cúcuta, COCUC. La primera acción de tutela acumulada fue interpuesta por un recluso contra el Instituto Penitenciario y Carcelario de Cúcuta, Norte de Santander (Expediente T-3526653), por considerar que las condiciones de hacinamiento, salubridad, higiene y calidad de sistemas sanitarios en general del Establecimiento los obliga a vivir en condiciones indignas e inhumanas. (...)

Probadas las violaciones alegadas, tuteló los derechos invocados y ordenó que se adoptaran las medidas de protección reclamadas por el interno accionante, según el concepto dado por las autoridades de control y técnicas vinculadas al proceso. Adicionalmente, se protegió especialmente el derecho de algunos internos del establecimiento que se encontraban en situaciones de claro riesgo, según se estableció en la visita realizada al Establecimiento penitenciario. (...)

El INPEC se había comprometido, el nueve (9) de abril de dos mil doce (2012), a aumentar el tiempo de acceso al servicio de agua para servicios higiénicos en las celdas en un tiempo no mayor a diez (10) días”⁶⁹.

II. Cárcel Modelo de Bogotá D.C.

Un segundo caso se evidenció en la Cárcel Modelo de Bogotá, en donde las diferentes autoridades pudieron verificar las bajas condiciones de salubridad con que cuenta el penal, situación que desde ese momento viene afectando gravemente algunos principios de rango constitucional. Con ello, la Corte expuso en sentencia T-388 de 2013, un análisis del siguiente tenor:

⁶⁹ Idem.

”Jhon Mario Ortiz Agudelo, acompañado por un Abogado del grupo de interés público de la Universidad de Los Andes, presentó acción de tutela contra la Nación, el Ministerio de Justicia y el INPEC (Expediente T-3554145), por considerar que el colapso del centro de reclusión por diversas causas, resaltando entre ellas el hacinamiento, el deterioro de las instalaciones y la ausencia de personal suficiente para la prestación de servicios básicos como la salud y la seguridad, le ha implicado estar en condiciones de reclusión que atentan gravemente su dignidad, su salud, su vida y demás garantías básicas conexas que el Estado, aún en reclusión, está obligado a respetarle, protegerle y garantizarle. Solicita el accionante, fundándose en extensa y amplia jurisprudencia constitucional y de derechos humanos, que se le excarcele debido a que el sistema no tiene capacidad para tenerlo privado de la libertad en condiciones de dignidad o que, por lo menos, se ordene tomar las medidas de protección de urgencia para asegurar su condición actual, como ordenando el cierre del establecimiento carcelario, hasta que se regrese a su capacidad original real. La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resolvió tutelar los derechos a la dignidad humana, a la salud y a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes debido a la evidencia notoria de los hechos, pero niega el derecho a la excarcelación. Se imparte la orden al INPEC de que cumpla con los parámetros mínimos establecidos para tener a los presos en condiciones dignas (precisando algunos) y se le da competencia a la Procuraduría General de la Nación para que haga seguimiento al cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó la decisión en segunda instancia por las mismas razones, reiterando que la excarcelación no puede

ser resuelta por un juez de tutela, pero insistiendo en las medidas de política pública que es urgente tomar ante la evidencia de los hechos”⁷⁰.

Cabe destacar que existen múltiples decisiones tanto de los jueces de la República como de las Altas cortes, tutelando los derechos fundamentales de cientos de personas privadas de la libertad, quienes a diario ven minorados sus derechos fundamentales. Los eventos descritos anteriormente son ejemplos de ello.

Por otro lado, surge otra problemática relacionada con el tema de diagnóstico, prevención de enfermedades, y tratamientos curativos que el Estado debe proporcionar a los internos, en aras de garantizar la salud pública y los derechos fundamentales de quienes se encuentran privados de la libertad. Desafortunadamente, la manera como en la práctica se están aplicando tales mecanismos resulta insuficiente e ineficaz.

La organización no gubernamental “Colombia Diversa”, realizó un estudio al interior de las Cárceles en Colombia entre 2013 y 2014, sobre la manera como se previno y trato en nuestro país, los casos de VIH-SIDA, presentados por algunos internos de los diferentes centros de reclusión.

Con fundamento en lo anterior, cabe destacar que los resultados de dicho informe, el cual fue contrastado con estadísticas tomadas en 2011 por la Organización de Naciones Unidas (ONU), demuestran que *“Los datos disponibles en América Latina indican que existe mayor prevalencia del VIH en la población carcelaria que en la población en general”⁷¹.*

Resulta extraño considerar el hecho de que un continente como el Americano, el cual alberga un sin número de personas libres, en comparación con una minoría que está

⁷⁰ Idem.

⁷¹ <http://colombiadiversa.org/colombiadiversa/documentos/informes-dh/colombia-diversa-personas-LGBT-en-carceles-de-colombia-2013-2014.pdf> (2013 – 2014)

representada por quienes se encuentran privados de la libertad, permita que los más altos índices de VIH-SIDA, se encuentren localizados en la población minoritaria. Ello sin duda alguna, genera una cantidad de interrogantes, especialmente en lo relacionado con la violación de los derechos que se encuentran contenidos dentro del catálogo Constitucional y legal.

Igualmente, se debe precisar que según el estudio en mención, las principales causas por las que existe y se mantiene esta enfermedad son: *“La falta de conocimiento por parte de la población, el hacinamiento, la falta de acceso a la protección (condones), la ausencia de servicios de salud de calidad y las condiciones de violencia”*⁷².

Finalmente es preciso decir, que el Estado representado por el INPEC, o por quien haga sus veces, es el responsable de la vida, la seguridad y la integridad de quienes habitan las Cárceles de Colombia, por lo cual se trata de una responsabilidad indelegable que no puede ser contraria a derecho y a la preservación de las garantías fundamentales.

3.2.3. Hacinamiento Carcelario:

En la actualidad, uno de los grandes retos que afronta el Estado Colombiano a través de su ministerio de Justicia y del derecho, y que se ha convertido en un tema de primera necesidad en cuanto a los proyectos de reforma a la justicia, tiene que ver con el aumento desproporcionado que ha sufrido la población carcelaria en Colombia en los últimos años.

Con el fin de dar a conocer esta problemática, se procederá a exponer algunos argumentos base del informe elaborado en Enero de 2015 por el Instituto Penitenciario y Carcelario – INPEC-, sobre la situación carcelaria actual en Colombia.

⁷² Idem.

En primer lugar es preciso determinar la estructura y capacidad con que cuenta el INPEC, para en representación del Estado Colombiano, administrar el sistema penitenciario y carcelario. Actualmente el Instituto Penitenciario y Carcelario INPEC, cuenta con una infraestructura de 137 Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional ERON, organizados a lo largo y ancho del territorio nacional en 126 municipios, agrupados en 6 regiones, como se evidencia a continuación:

Regional	Departamentos	Municipios que agrupa	Cantidad ERON	Participación
Central	8	37	41	29,9%
Occidente	4	23	24	17,5%
Norte	8	14	16	11,7%
Oriente	4	13	14	10,2%
Noroeste	2	21	21	15,3%
Viejo Caldas	5	18	21	15,3%
Total		126	137	100%

73

Por su parte, es menester analizar en este punto, la cantidad efectiva de internos que se encuentran reclusos en las Cárceles a cargo del INPEC, con corte a Enero de 2015, de la siguiente manera:

⁷³http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/INPEC_CONTENIDO/NOTICIAS%20Y%20NORMATIVIDAD/ESTADISTICAS/INFORMES_ESTADISTICOS/INFORME%20ENERO%202015%201.pdf. (Febrero, 2015)

UBICACIÓN	CANTIDAD INTERNOS	PARTICIPACIÓN
Establecimientos de Reclusión	116.760	72,31%
Domiciliaria	36.587	22,66%
Control y Vigilancia Electrónica	4.346	2,69%
Subtotal INPEC	157.693	97,66%
Establecimientos Municipales	2.368	1,47%
Establecimientos Fuerza Pública	1.416	0,88%
Subtotal Otros Establecimientos	3.784	2,34%
Total Población de Internos	161.477	100,00%

74

Estadísticamente y como es lógico en un país donde diariamente se recluyen más personas, bien sea por condena o por imposición de medida de aseguramiento intramural, lo cierto es que como se puede constatar en la gráfica anterior, a cargo del INPEC habían de manera efectiva, para el mes de Enero de 2015, 116.760 internos en centro de reclusión, teniendo además de presente que dicho grupo poblacional para Diciembre de 2014 estaba alrededor

⁷⁴Idem.

de 113.623 internos. Es decir, mensualmente hubo un incremento de 3.137 internos, lo cual equivale al 2,76%.⁷⁵

Se reitera, que es perfectamente compatible la idea de que la población carcelaria crezca diariamente, siempre que exista un perfecto engranaje con la necesidad de que el Estado, basado en su política criminal, construya nuevos centros de reclusión y mejore los estándares de calidad y seguridad dentro de ellos, lo cual de algún modo estaría condenando a la Nación al hecho de que la única manera de resarcir los punibles es a través de figuras restrictivas de la libertad.

Otro escenario como podría atenderse esta improporcionable necesidad, es a través de mecanismos de Justicia Restaurativa o reparadora, idea que si bien surgió con gran insipiencia a nivel mundial, hoy es un tema que de poco se ha hecho muy fuerte, y actualmente es adoptado por naciones potencia alrededor del globo.

Pero continuando con el estudio que nos ocupa en este capítulo, y bajo el entendido de que ya se expuso la estructura operacional cómo funciona el INPEC, es necesario evaluar porque en Colombia se habla permanentemente de sobrepoblación o hacinamiento carcelario.

“Hacinamiento: cantidad de personas privadas de la libertad en un espacio o centro de reclusión determinado en número superior a la capacidad del mismo”⁷⁶.

Regional	Capacidad	Internos	Sobrepoblación	Hacinamiento
				%

⁷⁵Idem.

⁷⁶Idem.

Central	29.246	35.810	6.564	22,4%
Occidente	14.489	24.273	9.784	67,5%
Norte	7.756	14.323	6.567	84,7%
Oriente	7.331	12.730	5.399	73,6%
Noroeste	8.485	15.677	7.192	84,8%
Viejo Caldas	10.567	13.947	3.380	32,0%
Total	77.874	116.760	38.886	49,9%

Dichas consideraciones reflejan de manera muy negativa la forma como el Estado Colombiano desatendió un problema que con claridad inició con estándares bajos, pero siempre con una señal de alerta latente. Actualmente es un problema mayor, en donde la justicia Colombiana ha debido optar por recluir más personas de las que la capacidad natural física permitiría, desatendiendo a todas luces el principio fundamental a la dignidad humana, así como irrespetando normas de derechos humanos y compromisos adquiridos con otras naciones e incluso con organismos internacionales. Para ilustrar con mayor claridad lo anterior, es preciso hacer mención a un estudio realizado por la Organización no gubernamental "Colombia Diversa" entre 2013 y 2014, que concluyó: *"El hacinamiento ha sido un problema que se ha presentado desde hace varios años. En 1998 la Corte Constitucional declaró el estado de cosas inconstitucional porque existía un 30% de*

hacinamiento. De acuerdo a la Defensoría del Pueblo, el año pasado el hacinamiento bordeó máximos históricos cercanos al 60%⁷⁷.

Más preocupante aún, si se analiza desde el supuesto en que las condiciones no vislumbran una normalidad o punto de equilibrio. Si las sanciones penales siguen incrementando como lo han hecho hasta ahora, llegará el momento en que sea imposible hacinar a una sola persona más en los establecimientos de reclusión, no en vano hoy en día los Jueces, bien sea de garantías o de conocimiento, deben enviar a los procesados al establecimiento que reporte cupo lo más pronto posible, dejando en algunas ocasiones que personas privadas de la libertad pasen meses e incluso años en celdas de paso o en otros eventos, más nocivos para la sociedad, dejando libres a aquellas personas que por las características que reviste la conducta deben estar reclusos en una cárcel.

Igualmente, se sabe que Colombia tiene un retraso en infraestructura de varios años, lo cual no es secreto para nadie, y sería irresponsable e ingenuo pretender que de la noche a la mañana existan nuevos centros de reclusión, que cuenten con todas las medidas y estándares de seguridad, idoneidad y calidad, en especial si se atiende el alto impacto presupuestal que genera la construcción de establecimientos penitenciarios, al igual que las demoras que reviste adelantar un proceso de contratación estatal para este fin. Siendo así, el objetivo de este proyecto consiste en demostrar que la vía más eficiente y clara en este momento es la búsqueda y adopción de Mecanismos Restaurativos.

⁷⁷ <http://colombiadiversa.org/colombiadiversa/documentos/informes-dh/colombia-diversa-personas-LGBT-en-carceles-de-colombia-2013-2014.pdf> (2013 – 2014)

3.2.4. La delincuencia crece al igual que los costos:

En este punto es preciso identificar la cantidad de dinero, que en un periodo de tiempo anual se debe asignar al INPEC para el sostenimiento de las distintas cárceles a nivel nacional.

El 16 de Septiembre de 2014, la revista Semana presentó un artículo de prensa en donde se analizó la cantidad de dinero que le cuesta un reo al estado Colombiano anualmente.

Los resultados son sorprendentes si se tiene en cuenta que Colombia es considerada el tercer país de América Latina en tener más población carcelaria y que el Estado debe pagar anualmente por el sostenimiento y mantenimiento de un recluso la suma de \$13.336.449.⁷⁸

Dado lo anterior, si se hiciera una simple operación aritmética consistente en multiplicar ese valor anual per cápita por la cantidad de internos, de acuerdo con el informe estadístico del INPEC que ya se tuvo oportunidad de analizar, la conclusión no puede ser diferente al hecho que el mantenimiento de dicha institución, únicamente en lo atinente al sostenimiento de quienes se encuentran reclusos en los diferentes centros carcelarios, asciende a la suma anual de **UN BILLÓN, QUINIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL, CIENTO SESENTA Y TRES MILLONES, SETECIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL DOCIENTOS CUARENTA PESOS (\$1.557.163.785.240)**

Por último, basta decir que los esfuerzos del Estado por sancionar los delitos mediante la condena de personas penalmente responsables, no solamente es una política que actualmente presenta cualquier cantidad de inconvenientes, sino que además es una política costosa, que reduce el presupuesto de la Nación orientado a brindar mejores condiciones de bienestar y oportunidades, para poder mantener los grandes costos que demanda el INPEC.

⁷⁸ <http://www.semana.com/nacion/articulo/cuanto-le-cuesta-un-preso-al-pais/403005-3> (16 Septiembre, 2014).

Si Colombia no ofrece un cambio estructural, brindando mayores posibilidades de resarcir el delito, esta cifra seguirá aumentando desproporcionadamente, pues además del dinero que se invierte para tal fin, el encierro y la poca o nula productividad de los reos sigue generando un bache enorme a la economía Colombiana. Es momento de cambiar el paradigma e insertar mecanismos efectivos de Justicia restaurativa, la cual, si bien ha existido desde épocas remotas, hasta ahora se ha convertido en un concepto fuerte, renovador de la justicia.

3.2.5. Necesidad de separar el tratamiento penitenciario y carcelario:

De acuerdo con el informe de ponencia para primer debate del proyecto de ley que pretendió modificar algunas disposiciones de la ley 65 de 1993, se expuso la necesidad de crear varios tipos de establecimientos de reclusión; el primero de ellos orientado a resguardar y proteger aquellas personas que se encuentran detenidas bajo una medida de aseguramiento en establecimiento carcelario, mientras que el segundo de ellos, debiera especializarse en aquellas personas cuya situación jurídica ya se encuentra plenamente definida y han sido condenados por el ordenamiento jurídico a una pena de prisión. Así mismo se refirió a la implementación de otros establecimientos penitenciarios especializados en albergar personas con discapacidad, trastornos mentales, u otras situaciones que se salgan del normal desarrollo de las personas⁷⁹.

En la actualidad y como consecuencia del hacinamiento carcelario no se ve de manera clara, que Colombia cuente con una infraestructura suficiente para establecer unos centros de reclusión exclusivos para condenados, otros para investigados y algunos para atender situaciones concretas y particulares de un grupo poblacional.

⁷⁹http://servoaspr.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=22&p_numero=23&p_consec=37455. (28 Agosto, 2013).

Sin embargo queda clara la intención del legislador, quien de acuerdo con este proyecto de ley atinente a modificar el artículo 20 de la ley 65 de 1993, entre otros, propuso un sistema tendiente a la organización del tratamiento carcelario, y brindando mejores condiciones en cuanto a la protección que demande cada caso concreto. En la actualidad este artículo fue modificado por el artículo 11 de la ley 1709 de 2014, el cual incorporó nuevos tipos de establecimientos carcelarios. De todos modos, se considera una problemática pues si bien normativamente ya existe, será necesario observar cuanto tiempo tarda la transición hacia una clasificación y traslado efectivo de las más de 116.760 personas que a Enero de 2015 se encontraban privadas de la libertad en Colombia.

Una situación concreta que vislumbra lo anterior, tiene que ver con lo atinente a la “visita íntima”, la cual consiste en un derecho que tiene el interno, de compartir ocasional y privadamente con su pareja en día de visitas. De acuerdo con la reglamentación que rige el Sistema Penitenciario y Carcelario INPEC, cada centro de reclusión debe proporcionar un espacio idóneo para tal fin, y en caso de no contar con ello, se deberá autorizar la realización de ese tipo de visitas en la celda donde pernocta el recluso.

En ese sentido, y de acuerdo con lo conceptuado por la Organización “Colombia Diversa”, en la actualidad el 87% de las Cárceles Colombianas no puede garantizar un espacio idóneo para que los internos reciban la visita íntima, con lo cual deben atenderla en su celda respectiva, teniendo en cuenta, en este punto, los altos índices de hacinamiento y sobrepoblación carcelaria⁸⁰.

Otro factor que genera preocupación al interior del sistema penitenciario, son los altos índices de corrupción e ingobernabilidad que se vive en los centros de reclusión. Ello se

⁸⁰ <http://colombiadiversa.org/colombiadiversa/documentos/informes-dh/colombia-diversa-personas-LGBT-en-carceles-de-colombia-2013-2014.pdf> (2013 – 2014)

ocasiona por el hacinamiento y por el indebido tratamiento penitenciario y carcelario. Un reciente estudio demostró que en Colombia las condiciones de una persona privada de la libertad en la cárcel dependen de sus posibilidades económicas, pues dada la escasez que se vive al interior de las mismas, los internos mejoran su situación cuando logran adquirir un colchón, una celda privada o incluso la ubicación en un patio más benevolente⁸¹. Desafortunadamente, lo anterior mejora las condiciones de unos pocos, a costa de la gran mayoría de reclusos, quienes dada su precariedad económica deben incluso dormir en el suelo soportando las adversidades de la intemperie.

Todo lo anterior pretende demostrar una serie de fallas estructurales tanto en el fundamento de la pena tal y como está planteada hoy en día por la mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo, así como inconvenientes trascendentes en cuanto al manejo penitenciario Colombiano. Ello demandará la búsqueda de nuevos mecanismos tendientes a fortalecer el sistema jurídico penal.

⁸¹ Idem.

CAPÍTULO 4: JUSTICIA RESTAURATIVA Y EJECUCIÓN DE LA PENA

A continuación se examinarán de manera detallada distintos aspectos del modelo de Justicia Restaurativa, tales como diferentes nociones, antecedentes, argumentos en contra, sus fundamentos, mecanismos y la aplicación que este modelo de Justicia tiene en Colombia. Todo ello, con el fin de comprender su dimensión, los efectos de su aplicación y de determinar posteriormente algunas propuestas que contribuyan al mejoramiento del desarrollo del Proceso Penal en Colombia.

4.1. Noción

Este apartado tiene como finalidad hacer referencia al significado de Justicia Restaurativa, partiendo de fuentes doctrinales, legales y jurisprudenciales.

En lo que refiere a la doctrina, SAMPEDRO ARRUBLA ha manifestado que el paradigma restaurativo parte de las injusticias de tiempos pasados y pretende que los derechos de las víctimas sean tomados en cuenta como precepto para la construcción de una sociedad más humana⁸². De igual manera, el citado autor indica que este modelo de justicia tiene como finalidad su rediseño en pro de las víctimas, claro está, sin tomar en consideración el concepto de venganza, sino, por el contrario, fijar su visión en el dolor de las víctimas y en la reparación del daño. Por ende, es evidente que bajo esta percepción de justicia, no se busca el sufrimiento del victimario, se procura el reconocimiento del crimen y resarcimiento del daño⁸³.

⁸² Julio Andrés Sampedro Arrubla, *la justicia restaurativa: una nueva vía, desde las víctimas, en la solución del conflicto penal*, 17 *international law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Pág. 87 – 124 (2010).

⁸³ Ídem.

Así mismo, expresa SAMPEDRO ARRUBLA que la Justicia Restaurativa es un marco, en el cual, se considera a víctima y victimario como protagonistas del delito, sin desconocer que el transgresor vulneró o puso efectivamente en peligro el bien jurídicamente tutelado por la ley penal, donde se comprende la existencia de un conflicto humano que exige ser superado, pero no por la vía tradicional del castigo sino en virtud de una sanción constructiva⁸⁴.

En ese sentido, el profesor SAMPEDRO ARRUBLA ha expresado una definición de Justicia Restaurativa como cosmovisión, entendida como aquella que surge en el ámbito de la victimología y la criminología, que se encamina a reconocer que la conducta delictiva causa daños concretos a las personas y a la comunidad y propende por la posibilidad de que a la sociedad y a los sujetos afectados se les permita participar de manera activa en el proceso de solución⁸⁵.

Así mismo, ha expresado GONZÁLEZ que: *“la justicia restaurativa se presenta como un modelo alternativo de enfrentamiento de la criminalidad, que sustituye la idea tradicional de retribución o castigo, por una visión que rescata la importancia que tiene para la sociedad la reconstrucción de las relaciones entre víctima y victimario”*⁸⁶.

De igual manera, TAMARIT expone en *“Victimología, justicia penal y justicia reparadora”* que la Justicia Restaurativa encuentra cimiento en la idea del delito no como violación de la ley sino como ruptura de las relaciones sociales y humanas, enfocado hacia la humanización de la justicia⁸⁷.

⁸⁴ Ídem.

⁸⁵ Ídem.

⁸⁶ Antonio Luis González Navarro. *Justicia restaurativa y el incidente de reparación en el proceso penal acusatorio*. Pág. 12. Ed., Leyer. (2009).

⁸⁷ Josep Ma. Tamarit Sumalla & Carolina Villacampa Estiarte. *Victimología, justicia penal y justicia reparadora*. Pág. 297. Ed., Ibáñez. (2006).

Así mismo, este autor ha definido la Justicia Restaurativa como *“una teoría de la justicia que enfatiza la reparación del daño causado por el comportamiento delictivo a través de procesos cooperativos en los que toman parte las personas involucradas en el mismo.”*⁸⁸

Adicionalmente, MARSHALL señala esta forma de Justicia como *“un proceso en el que todas las partes afectadas por una ofensa llegan conjuntamente a resolver de forma colectiva el modo de tratar la situación creada por la ofensa y sus implicaciones para el futuro”*⁸⁹.

Por otra parte, BERISTAIN IPIÑA en *“mecanismos de justicia restaurativa admitidos en el nuevo código de procedimiento colombiano”* de ALVARO MÁRQUEZ CÁRDENAS, denomina esta forma de justicia como *“Justicia Recreativa”*, pues *“...la víctima, el delincuente, la comunidad y las familias de los involucrados pueden a su iniciativa proponer soluciones acordes con el respeto a los principios del procedimiento penal y los derechos y garantías fundamentales de los intervinientes, siempre buscando la solución al conflicto penal mediante formas alternativa a la pura solución retributiva, esto es, acudir a la cárcel como único mecanismo de resolver el problema cuando una persona infringe la norma penal”*⁹⁰. Así, el mencionado autor señala: *“no desde la nada, sino desde la cosa dañada; desde y con las ruinas”*⁹¹. Por ende, sería correcto afirmar que la Justicia Restaurativa, comprendida desde el punto de vista de la victimología, encuentra sustento en la concepción del delito como un conflicto humano⁹².

⁸⁸ Ídem.

⁸⁹ Ídem.

⁹⁰ <http://justiciarestaurativa.org/images/2005-04-28.8339786315>

⁹¹ Antonio Beristain Ipiña en *“la justicia restaurativa: una nueva vía, desde las víctimas, en la solución del conflicto penal, 17 international law, revista colombiana de derecho Internacional, 87 – 124 (2010).*

⁹² El hecho de entender el delito como conflicto humano no quiere dar a entender que este carece de gravedad o que en alguna medida, su gravedad disminuye, según expone Julio Andrés Sampedro Arrubla en *“La justicia restaurativa: una nueva vía, desde las víctimas, en la solución al conflicto penal, 17 international law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 87 – 124 (2010).* Se pretende entonces entender el hecho delictual como una ruptura en las relaciones sociales, con ocasión del cual, la o las víctimas sufren daños que deben ser reparados para una futura reconstrucción social.

De igual manera, la Organización de Naciones Unidas se refiere a la definición de Justicia Restaurativa como “*todo programa que utilice procesos restaurativos e intente lograr resultados restaurativos*”⁹³.

Así, la organización indica como Proceso Restaurativo todo tratamiento en que las víctimas, el delincuente y cuando proceda, cualquier otra persona o miembro de la comunidad afectada por un delito intervienen de manera conjunta y activa en aspectos derivados del delito⁹⁴.

Por otra parte, en lo que tiene que ver con Resultado Restaurativo, la misma organización expresa que por este debe entenderse como un pacto que resulta como consecuencia de un proceso restaurativo, cuyo eje sea la reparación, restitución y servicio a la comunidad y encaminado a lograr la reintegración de las víctimas y del delincuente⁹⁵.

Precisamente, la aprobación por el ECOSOC de la resolución 2002/12 sobre “Principios Básicos Para La Aplicación de Programas de Justicia Restaurativa en Materia penal”, con ocasión del 10mo Congreso de las Naciones Unidas de Prevención del Crimen y Justicia Penal, fue el hecho que significó la materialización del movimiento a favor de la Justicia Reparadora⁹⁶.

En el mismo sentido, la oficina de las Naciones Unidas Contra La Droga y El Delito, en el “Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa” expone el concepto de Justicia Restaurativa como: “*Un proceso para resolver el problema de la delincuencia enfocándose*

⁹³ U.N. Econ. & Soc. Concil [ECOSOC] *Principios básicos de la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal*, en *informe de la reunión del grupo de expertos sobre justicia restaurativa* (Comisión de prevención del delito y justicia penal, 11 periodo de sesiones, Viena, 16 a 25 de Abril de 2002) en Julio Andrés Sampredo Arrubla, *la justicia restaurativa: una nueva vía, desde las víctimas, en la solución del conflicto penal*, 17 *international law, revista colombiana de derecho Internacional*, Pág. 90 (2010).

⁹⁴ Ídem.

⁹⁵ Ídem.

⁹⁶ Tamarit & Villacampa. Óp. Cit., P. 303.

*en la compensación del daño a las víctimas, haciendo a los delincuentes responsables de sus acciones y también, a menudo, involucrando a la comunidad en la resolución del conflicto*⁹⁷.

Ahora, en este apartado, es menester hacer referencia al Código de Procedimiento Penal Colombiano (ley 906 de 2004)⁹⁸. Así, se evidencia que en el artículo 518 de la mencionada ley, se prevé la noción de “Programa de Justicia Restaurativa” así como de “Resultado Restaurativo”:

“Art. 518 Definiciones. Se entenderá por programa de Justicia Restaurativa todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador.

*Se entiende por resultado restaurativo, el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad”*⁹⁹.

A nivel jurisprudencial, en la Sentencia C-979 de 2005, la Corte Constitucional manifestó que *“la Justicia Restaurativa se presenta como un modelo alternativo de enfrentamiento de la criminalidad, que sustituye la idea tradicional de retribución o castigo, por una visión que rescata la importancia que tiene para la sociedad la reconstrucción de las relaciones entre víctima y victimario”*.¹⁰⁰ Igualmente, la Corte señaló que *“el centro de gravedad ya no lo constituiría el acto delictivo y el infractor, sino que involucraría una especial*

⁹⁷ U.N. Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*. (2006).

⁹⁸ Código de Procedimiento Penal [CPP]. Ley 906 de 2004. Agosto 31 de 2004 (Colombia).

⁹⁹ *Ibidem*. Art. 518.

¹⁰⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-979 de 2005. (M.P Jaime Córdoba Triviño: Septiembre 26 de 2005)

*consideración a la víctima y al daño que le fue inferido.”*¹⁰¹. Estas definiciones serían reiteradas en las Sentencias C-409 de 2009¹⁰² y C-055 de 2010¹⁰³.

Igualmente, la sentencia T- 917 de 2006 hizo referencia al término “Prácticas de Justicia Restaurativa” como “*sistemas de justicia alternativa o complementaria de los sistemas de justicia ordinarios y buscan regenerar los vínculos sociales, psicológicos y relacionales de la víctima y el agresor con su comunidad mediante un proceso en el que participan todos los involucrados con miras a obtener un resultado restaurativo. Sin embargo, este tipo de procesos dependen de la voluntad de las partes*”.¹⁰⁴

Así, se logra evidenciar que la Justicia Restaurativa sustituye la idea tradicional de castigo, por una visión que valora la importancia que tiene la reconstrucción de las relaciones entre víctima y victimario frente a la sociedad¹⁰⁵.

Frente a ello, se encuentra que sin perjuicio del derecho que le asiste al Estado de perseguir el delito, esta teoría se ha convertido en un camino alternativo al sistema penal, que busca comprender el acto criminal de manera amplia y en lugar de entender el crimen como mera violación de la ley, concibe que los transgresores causan daños que impactan en otros individuos, comunidades e inclusive en ellos mismos y además, busca que en la respuesta al crimen, se involucre más a las partes y que ello no se limite a otorgar un papel únicamente al Estado y al infractor. Esto, en la medida que, el modelo de justicia “innovador” valora el éxito de conflicto de manera muy diferente a como lo examina la justicia tradicional. Así pues, mientras el modelo tradicional mide el éxito del conflicto

¹⁰¹ Ídem.

¹⁰² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-409 de 2009. (M.P Juan Carlos Henao Pérez: Junio 17 de 2009)

¹⁰³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-055 de 2010. (M.P Juan Carlos Henao Pérez: Febrero 03 de 2010)

¹⁰⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-917 de 2006. (M.P Manuel José Cepeda Espinosa: Noviembre 09 de 2006).

¹⁰⁵ González. Óp. Cit.P.12.

atendiendo a la proporción del castigo, en el modelo restaurador, el éxito es determinado en atención a la reparación o prevención del daño.¹⁰⁶

Por esto, se percibe que bajo la cosmovisión de la Justicia Restaurativa logra entenderse el acto criminal en sentido amplio y dejar a un lado la concepción del delito como el desconocimiento de las leyes, lo que conlleva a involucrar de manera activa a quienes sufren consecuencias con ocasión de la acción delictual, dejando como balance del éxito, la medida en que los daños fueron reparados y no el castigo impuesto¹⁰⁷.

De esta manera, esta cosmovisión propugna por el ideal de Justicia Restaurativa, donde el proceso se encamine a la reformulación del papel del Estado en la persecución del delito, enfocado hacia la protección de los derechos tanto de la víctima como del victimario y a la implementación de mecanismos alternativos en pro de resolver el conflicto y de la creación de condiciones básicas de convivencia futura, como por ejemplo de la Mediación y del Principio de Oportunidad.¹⁰⁸

Teniendo en cuenta las distintas concepciones, Justicia Restaurativa podría definirse como todo programa, en el cual se busca la reparación del daño generado con ocasión del delito, a través de la participación activa de víctima, victimario y comunidad encaminada hacia la humanización de la justicia, partiendo de la idea que con la conducta punible se presentó ruptura en las relaciones sociales y humanas.

¹⁰⁶ Sampedro. Óp. Cit. P. 91

¹⁰⁷ Julio Andrés Sampedro Arrubla. *La Humanización del Proceso Penal*. Pág. 262. Ed., Legis. (2003)

¹⁰⁸ Ídem.

4.2. Fundamento de la Justicia Restaurativa

SAMPEDRO ARRUBLA manifiesta que, cuando se tiene como propósito vivir con dignidad, felicidad y hacer felices a los demás, no basta una sanción justa ni una compensación proporcional a las víctimas, sino que, por el contrario, para ello se requiere ir más allá, sanar la memoria y otorgar el debido acompañamiento a las víctimas en el sufrimiento como la manera de dejar atrás el pasado y trascender el conflicto en aras de la reconciliación.¹⁰⁹

Claro está, teniendo en cuenta que la reconciliación no significa “el olvido”, es más, contrario a ello, esta tiene como punto de partida el recuerdo, con la finalidad de evitar la repetición de lo sucedido¹¹⁰. Ello conlleva a que se construyan nuevas relaciones entre las partes en controversia, de manera que, si la base del conflicto se halla en las malas relaciones, la solución encontrará cimiento en las nuevas relaciones. Es decir, se busca sanar las heridas y convertir las vivencias, específicamente el odio y el rencor para que sean superadas a través de la verdad, la justicia y el perdón. Esto, mirando hacia el pasado y que de ello, quede la experiencia para lograr construir el futuro¹¹¹.

Así mismo, la Comisión Asesora de Política Criminal del Ministerio de Justicia Colombiano ha indicado que es recomendable señalar aquellas conductas punibles, en las cuales, el interés que radica en cabeza del Estado puede ceder ante el particular con la finalidad de determinar herramientas que finalicen el proceso en atención a los derechos de las víctimas. Los mencionados mecanismos pueden dejar como consecuencia no solo

¹⁰⁹ *Ibidem.*, p. 26.

¹¹⁰ *Ídem.*

¹¹¹ *Ídem.*

efectos positivos a favor del conflicto surgido con ocasión del delito sino que también podría contribuir a la descongestión judicial y carcelaria¹¹².

Esta misma Comisión aduce que en lo que tiene que ver con la problemática de armonizar el reconocimiento de los derechos de las víctimas y el carácter de “ultima ratio” aparecen los métodos de Justicia Restaurativa, como camino para la satisfacción de aquellos derechos. Así, considera el mencionado ente que los criterios y principios de la Justicia Restaurativa deben integrar tanto el derecho penal como el Proceso Penal. Con ocasión de ella, se hace énfasis en la reparación de las consecuencias del delito, el cual, se entiende como una transgresión a la comunidad y a la destrucción de la paz social¹¹³. Por ello, las herramientas de la Justicia Restaurativa deben versar sobre compromisos razonables, proporcionados y respetuosos de la dignidad humana. Además, menciona la Comisión que estos mecanismos pueden aplicarse de manera anterior y posterior de la sentencia condenatoria¹¹⁴.

Finalmente, la entidad señalada aduce que la legislación debe implementar distintos incentivos que promuevan la intención de los infractores de llegar a acuerdos restauradores con sus víctimas en desarrollo del procedimiento penal. En ese sentido, manifiesta la Comisión que bajo el punto de vista de la Justicia Restaurativa, en algunos casos puede ser tomada la reparación como pena o como parte de ella¹¹⁵.

De acuerdo a lo anterior, es necesario hacer énfasis en los postulados básicos de la Justicia restaurativa, como modelo alternativo en la solución de conflictos, pero sobre todo, como elemento humanizador del proceso penal:

¹¹²https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/INFO%20POLI%20CRIMINAL_FINAL23NOV.pdf (junio, 2012).

¹¹³ Ídem.

¹¹⁴ Ídem.

¹¹⁵ Ídem.

- La Justicia Restaurativa entiende principalmente el delito como vulneración de las relaciones humanas y no como la violación del ordenamiento jurídico.¹¹⁶
- La concepción de Justicia Restaurativa pretende recomponer los lazos humanos y la armonía social que se ha visto resquebrajada por la comisión de la conducta dañosa.
- El Proceso Restaurador contentivo del reproche del hecho, considera al delincuente como sujeto capaz de llevar a cabo compromisos en pro de la reparación.
- La Justicia Reparadora busca superar en cierta medida la finalidad punitiva y rehabilitadora de la pena convencional, lo cual conlleva, a que indirectamente, se deje de lado el ideal de venganza.
- Este proceso tiene como eje central la intervención activa de las víctimas.
- La Estructura Restaurativa busca conformar un espacio donde se establezcan pactos de cooperación para asumir responsabilidades.
- Para lograr el correcto funcionamiento del Proceso Reparador, se requiere la voluntariedad en la participación de las personas que tengan interés en él.
- Para el efectivo desarrollo del procedimiento reparativo, es necesario contar con colaboración profesional, caso en el cual, es clave la presencia de un “facilitador”, que es ajeno al hecho y que debe preparar el contexto para el diálogo y para la solución de la controversia a la que logren llegar las partes.
- El convenio reparador que pone fin al proceso restaurativo debe basarse en compromisos proporcionales, razonables y nunca desconocer la dignidad humana”¹¹⁷

¹¹⁶ Cabe aclarar, que según plasma Josep Ma. Tamarit en el capítulo “*la justicia reparadora y su articulación con el sistema penal*” de la obra “*victimología, justicia penal y justicia reparadora*”, que bajo esta concepción reparadora se considera el delito más por lo que supone de lesión o perjuicio en los bienes de las personas y de la paz social.

Así mismo, TAMARIT señala como contenido básico de la Justicia Restaurativa los siguientes puntos:

- Que la finalidad de la Justicia Restaurativa no consiste propiamente a restablecer el status quo anterior al hecho, sino que propende por reestablecer relaciones interpersonales.
- Que la Justicia Reparadora se diferencia de la negociación aunque sus elementos pueden coincidir con otras formas de justicia negociada. Esto, por cuanto, su esencia se aleja completamente de los mecanismos en que la justicia se encuentra radicalmente debilitada, pues esta, se enfoca en una idea de mediación humanística, la cual, debe desarrollarse a manera de diálogo, con encuentros previos al cara a cara, dejando de lado, el único propósito de la resolución del conflicto, esto es, actuando en pro de la pacificación y la cura.
- Que el dialogo reparador exige concurrencia de condiciones mínimas de seguridad y predisposición dialogal en las partes principalmente afectadas, lo cual, no sucede cuando el transgresor tiene personalidad psicópata o tirana o cuando la autoestima de la víctima se encuentra excesivamente lastimada.¹¹⁸

Adicionalmente, es menester hacer referencia a los principios que orientan los programas de Justicia Restaurativa en concordancia con lo plasmado en el artículo 519 de la ley 906 de 2004.¹¹⁹

¹¹⁷ Tamarit & Villacampa. Óp. Cit., p. 302 – 303.

¹¹⁸ Tamarit & Villacampa. Óp. Cit., p. 316 – 318.

¹¹⁹ Código de Procedimiento Penal [CPP]. Ley 906 de 2004. Agosto 31 de 2004 (Colombia).

En primer lugar, este precepto consagra que debe existir consentimiento libre y voluntario tanto de la víctima como del imputado, acusado o sentenciado de someter el conflicto a un programa restaurativo.

En segundo lugar, aquel artículo hace alusión a que los acuerdos logrados a través de estos programas deben contener obligaciones razonables y que respondan de manera proporcional al daño causado.

Además, el legislador realiza un aclaración en el aparte mencionado en relación con el hecho de que la participación del imputado, acusado o condenado no podrá tenerse como prueba de admisión de culpabilidad en otros procedimientos jurídicos. En ese orden de ideas, el artículo en mención alude a que el incumplimiento de un acuerdo no debe constituirse como fundamento para la determinación o agravación de la pena.

Finalmente, aquel precepto estipula que los facilitadores tiene como deber el desempeño de sus funciones atendiendo a la imparcialidad y a que la víctima e imputado, acusado o sentenciado actúen como mutuo respeto así como indica esta norma que estos sujetos tendrán derecho a consultar a un abogado.

4.3. Antecedentes

Según GONZÁLEZ NAVARRO, el modelo de Justicia Restaurativa surgió recientemente.¹²⁰ Sin embargo, cabe aclarar que el fundamento bajo el cual se desarrolla, es decir, la idea de restitución a la víctima se atribuye a la época de Hammurabi¹²¹.

¹²⁰ González. Óp. cit., Cit. P. 11

¹²¹ Ídem.

Igualmente, la ley de las XII tablas plasmó la sanción para el ladrón de pagar el doble del valor del bien hurtado, el triple si el objeto había sido encontrado en su casa y el cuádruple si el ladrón dificultaba su persecución¹²².

Adicionalmente, se ha dicho que la idea básica de la Justicia Restaurativa surgió desde la vivencia de los pueblos nómadas, bajo la concepción de que el infractor era un miembro del clan, por lo cual, excluirlo totalmente conllevaba a un perjuicio para el interés general de la comunidad, por lo cual, se encontró como la manera más razonable de resolver el conflicto, que el miembro infractor se ocupara de reparar el daño causado y de esta manera, se lograra afianzar los lazos sociales entre víctima, infractor y comunidad¹²³.

El citado autor expresa que la justicia restaurativa surgió hace varios años en distintas culturas con un nombre diferente. Esto, por cuanto, en la década de los años sesenta, los pueblos colonizados de Norteamérica, Australia y Nueva Zelanda lucharon por revivir su justicia tradicional. En estos pueblos, este modelo de justicia sigue en funcionamiento a pesar de la existencia del monopolio estatal de la justicia¹²⁴.

Ante esto, es conveniente traer a colación el caso de Mark Yantzi que fue solucionado en 1974, en Kitchener, Ontario. En este caso, el señor Yantzi estaba indispuesto con la falta de efectividad de la justicia respecto a los múltiples delitos en contra de la propiedad cometidos por menores de edad¹²⁵. Frente a ello, en un caso en que dos jóvenes fueron sentenciados por veintidós delitos, el señor Yantzi solicitó al juez permitir un encuentro entre víctimas y victimarios, solicitud que fue aceptada por el togado y posteriormente, Yantzi y otro compañero elaboraron un informe de lo percibido en la experiencia. El

¹²² Ídem.

¹²³ Ídem.

¹²⁴ Ídem.

¹²⁵ Ídem.

informe arrojó como resultado, que el conflicto obtuvo solución y los jóvenes transgresores lograron reintegrarse a la comunidad¹²⁶.

Por otra parte, en lo que tiene que ver con el ámbito internacional, cabe mencionar que la idea de justicia reparadora se plasmó en el Congreso Internacional de Criminología de Budapest de 1993 y gracias a ello, ha ido tomando impulso a través de los Simposios internacionales de Victimología de Adelaide, Australia que tuvieron lugar en 1994, en Ámsterdam en 1997 y Montreal en 2000¹²⁷.

De esta manera, la comunidad internacional ha ido mostrando gran interés en la aplicación de Justicia Restaurativa en los sistemas nacionales.

Por ende, en el 10mo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, que se llevó a cabo en Viena desde el 10 al 17 de abril de 2000, este tema fue sometido a discusión y al respecto se realizó un plan de acción.¹²⁸

Así, el 27 de julio de 2000, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, profirió la resolución 2000/14 en la que se plasman los “*Principios Básicos Sobre La Utilización de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal*”¹²⁹.

Igualmente, la corriente a favor de la Justicia Restaurativa se consolidó, como se mencionó en apartes anteriores, con el visto bueno por parte del ECOSOC en abril de 2002 de la Resolución 2002/12 sobre Principios Básicos Para La Aplicación de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal¹³⁰.

¹²⁶ González. Óp. Cit., P. 12.

¹²⁷ Tamarit & Villacampa. Óp. Cit., P. 297

¹²⁸ González. Óp. Cit., P. 13.

¹²⁹ Idem.

¹³⁰ Tamarit & Villacampa. Op. Cit., P. 303.

Este documento inicia con una alusión positiva acerca de este mecanismo de justicia, que señala como *“respuesta evolutiva al delito que respeta la dignidad y la igualdad de todas las personas, favorece el entendimiento y promueve la armonía social mediante la recuperación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades”*.¹³¹

En ese sentido, manifiesta TAMARIT, que aquellos principios poseen un carácter más complementario que alternativo frente a los sistemas de justicia de hoy en día, por lo cual, esta debe ir adoptándose a ellos a través de criterios de flexibilidad¹³².

Cabe anotar además, que a pesar que, esta resolución no adopta un concepto de Justicia Reparadora, el articulado sí se refiere a una noción de Proceso Reparador, la cual fue enunciada anteriormente. En ese sentido, la Declaración hace alusión a la Mediación, Conciliación, la Celebración de conversaciones y las reuniones para decidir condenas.¹³³

Además, entre lo consagrado por el Organismo en la Resolución, se encuentra que el mencionado ente confirma la validez de los Programas de Justicia Reparadora en la totalidad de las etapas del procedimiento de justicia criminal, además, se evidencia que el articulado hace énfasis a la importancia de la voluntariedad de las partes en estos mecanismo, por cuanto, ello garantiza la igualdad entre los sujetos y finalmente, se estipulan reglas para hacer compatibles los programas con los principios de un proceso justo y presunción de inocencia¹³⁴.

¹³¹ Idem.

¹³² Ibidem. P. 303- 304.

¹³³ Idem.

¹³⁴ Ibidem. P.304.

En ese sentido, se hace visible en el documento la necesidad de que los gobiernos implementen las medidas necesarias para introducir el desarrollo de Programas de Justicia Restaurativa en el ejercicio de justicia criminal¹³⁵.

No obstante, vale aclarar, que el referido documento ECOSOC carece de fuerza vinculante para los Estados y procura no emitir recomendaciones explícitas con el fin de que estos adapten sus legislaciones a los principios. Esto, por cuanto, la Resolución en mención únicamente tiene como enfoque la tendencia de enviar un mensaje a los Estados miembros encaminado a que estudien la posibilidad de construir directrices y reglas que reinen en la aplicación de los Programas de Justicia Restaurativa, a cuyo fin, indica una serie de pautas, entre las cuales, cabe enfatizar en las garantías de un tratamiento igualitario del infractor y de la víctima, el deber de confidencialidad de quienes participan en el diálogo, el estudio por parte del juez de los acuerdos para otorgarles el valor correspondiente a una sentencia y las medidas en caso de frustración del Proceso Reparador y de incumplimiento de los acuerdos. También eleva un llamado a diseñar estrategias enfocadas al desarrollo de programas y a la implementación en la cultura reparadora de las autoridades policiales, judiciales y sociales y las comunidades locales, además de recalcar las necesidades de formación y las competencias de los facilitadores¹³⁶.

Sin embargo, no cabe duda que la Resolución demuestra el gran desarrollo que se ha ido presentando en el movimiento internacional en pro de la Justicia Reparadora y trascienden en el marco más estricto en el que se desenvolvían otras declaraciones programáticas, como

¹³⁵ Idem.

¹³⁶ *Ibidem*. P. 304 – 305.

por ejemplo, la Recomendación 1999 del Consejo de Europa que se limita estrictamente a la Mediación¹³⁷.

En lo que tiene que ver con Colombia, el Estatuto Procesal Colombiano ha acogido lo estipulado por los Organismos Internacionales en materia de Justicia Restaurativa, específicamente, por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, así:

Respecto al **Artículo 518 de la Ley 906 de 2004**, este precepto acoge la definición de “Programa de Justicia Restaurativa” plasmada en la Declaración de 2002 de ECOSOC¹³⁸.

Así mismo, el **Artículo 519** de este código, corresponde a los principios aprobados por el ECOSOC, según manifiesta TAMARIT:¹³⁹

- Que exista por parte de la víctima y del victimario, imputado, acusado o sentenciado, consentimiento libre y voluntario, de que el conflicto sea sometido a un proceso restaurativo, de manera que cualquier de ellos pueda retractarse en cualquier tiempo.
- Que sea acogido el Principio de Proporcionalidad, bajo el entendido de que los acuerdos logrados deberán acarrear obligaciones razonables y proporcionales con los daños presentados por cuenta de la conducta delictiva.
- Garantías procesales en la interrelación Proceso Restaurativo y Procedimiento Penal, lo cual, tiene como punto de partida que la participación del imputado, acusado o sentenciado no se tendrá como prueba de admisión de culpabilidad en procesos jurídicos ulteriores.

¹³⁷ Idem.

¹³⁸ Ibídem. P. 318.

¹³⁹ Ibídem. P. 319.

- En el caso en que exista incumplimiento de un acuerdo, este no debe ser utilizado como fundamento para la imposición de la condena o como agravante de la pena.
- La imparcialidad en la función de los facilitadores es completamente indispensables y estos deben velar porque las partes intervengan con mutuo respeto.
- Tanto a la víctima como al imputado, acusado o sentenciado les asiste el derecho de consultar a un abogado¹⁴⁰.

A pesar de lo expuesto, la normativa colombiana sobre la Justicia Restauradora difiere de la regulación internacional en dos temas:

- El Código Procedimiento Penal, que rige en Colombia, consagra en su artículo 318 que el desarrollo de programas de justicia reparatora, puede llevarse a cabo con o sin la colaboración de un facilitador¹⁴¹.

Manifiesta, el autor que este precepto debe valorarse de manera negativa, por cuanto, el rol del facilitador es fundamental en estos procesos en pro de garantizar la conducción profesionalizada del proceso y a que sean atendidos los intereses de todas las partes. Por ello, es que la escogencia y entrenamiento de los facilitadores es crucial para el correcto desarrollo de estos mecanismos, de manera que, se asegure que estos reúnen las condiciones y habilidades básicas de la inteligencia emocional, pues así se logrará empatía y favorecerá la comunicación entre las partes, sensibilidad hacia la víctima y conocimientos apropiados tanto en el orden jurídico como en el psicológico¹⁴².

¹⁴⁰ Idem.

¹⁴¹ *Ibíd.* P. 319 – 320.

¹⁴² *Ibíd.* P. 320.

- Específicamente, frente los Procesos Restaurativos, la legislación de Colombia no adopta los “Diálogos Reparadores” (Conferencing), pero por otra parte, implementa además de la Mediación, otras dos herramientas, la Conciliación Preprocesal y la Conciliación en el Incidente de Reparación Integral¹⁴³.

4.4. Presuntos Obstáculos de la Justicia Restaurativa

En su libro “*victimología, justicia penal y justicia reparadora*”, TAMARIT expone que este modelo de justicia se ha enfrentado a distintos argumentos en contra, algunos de los cuales se describirán continuación:

- a. En el proceso reparador tiene más que ganar el ofensor que la víctima:

Aduce el autor que una frecuente crítica que se eleva frente la Justicia Reparadora, se encamina a que esta es mayormente beneficiosa a los intereses del transgresor, corriendo el riesgo de que la víctima sea instrumentalizada y re victimizada.

Frente a esta crítica, TAMARIT señala algunos aspectos que no deben perderse de vista, como por ejemplo que, en primer lugar, para la realización de un Proceso Reparador se requiere voluntariedad de los participantes en el proceso. Además, que existen personas que, por distintas razones, buscan y favorecen el encuentro con el infractor, así como, que el proceso restaurativo busca dar apoyo a la víctima en la construcción psíquica del hecho, evitando situaciones de pérdida de control y fortaleciendo el sentido del dominio personal. Finalmente, que la personalidad del facilitador debe orientar a la víctima y brindarle su

¹⁴³ Idem.

profesionalismo para reforzar su autoestima y evitar encuentros que puedan resultar perjudiciales.

b. El proceso reparador pretende la humillación del infractor

Frente a ello, debe reiterarse el carácter voluntario con el que debe contar este proceso aunado además al papel que debe desempeñar el facilitador en estos procesos, teniendo siempre en cuenta que el Proceso Restaurativo tiene una finalidad reparadora y no segregadora. Además, no debe perderse de vista que para la aprobación del acuerdo entre víctima e infractor, se debe contar con el aval del fiscal o juez.

c. La concepción reparadora de la justicia es utópica

Este argumento en contra se basa en la idea de que esta clase de justicia tiene un carácter poco realista que se forma bajo una visión angélica de la sociedad.

Con respecto a ello, debe mencionarse que la Justicia Reparadora no es un remedio perfecto y que además no busca tampoco sustituir el modelo tradicional sino que por el contrario, busca intervenir únicamente en los casos que funcione y no por ello, deja de ser válida.

En ese sentido, podría alegarse también que la idea resocializadora de la pena es también un tema bastante idealista.

d. La pretensión de reparar es algo esencialmente no factible

Este obstáculo indica que en estos casos, no cabe un retorno a la situación anterior y la reconstrucción de la relación dañada.

Al respecto, esta problemática puede desvirtuarse, aclarando que, la restauración no puede concebirse en términos del retorno a la situación anterior, pues esta no propugna por la idea de reparación a la que se encamina la responsabilidad civil, y además, la reconciliación debe entenderse como la preparación de futuros escenarios de seguridad y confianza entre las partes.

- e. La justicia basada en la mera reparación supone la privatización de la justicia penal e infringe el principio de igualdad

Esta tesis propende por la idea de que con la implementación de estos procesos se genera un desconocimiento del carácter público del sistema penal y del derecho a la igualdad, por cuanto, la sanción frente al delito dependería directamente de la capacidad de pago del culpable.

En relación con ello, se debe aclarar que el valor “punitivo” no se enmarca en la reparación íntegra sino que toma en cuenta el esfuerzo reparador, que ella puede hacerse igualmente en pro de la comunidad y finalmente que la reparación no cuenta únicamente con un carácter económico, sino que además se busca una reparación psíquica o emocional.

- f. La Justicia Reparadora tan solo es válida para delitos de escasa gravedad

Debe dejarse claro que el carácter de la Justicia Reparadora no resulta en una opción blanda frente a la delincuencia “*is not a soft option*” pues para ella, se exige al transgresor un esfuerzo serio para asumir responsabilidad, afrontar el reproche y el compromiso de reparación de sus efectos con garantías de efectividad. Es por ello que debe evitarse la vinculación de procesos reparadores a delitos de baja gravedad.¹⁴⁴

¹⁴⁴ *Ibidem.*, P. 307 – 311.

En este sentido, un gran número de países ha organizado una estrategia para la implementación de sistemas de Justicia Restaurativa donde establecen puntos y elementos orientadores para ello, resaltando además algunas ventajas que esta modalidad de Justicia trae consigo:¹⁴⁵

- El hecho de que los sistemas formales de Justicia Penal han marginado a las víctimas y han obligado a los infractores a enfrentar el daño surgido como consecuencia de sus infracciones. Ante ello, cabe referirse a que un postulado esencial de la Justicia Restaurativa es la determinación para devolver el equilibrio entre la relación víctima, delincuente y comunidad. Por ello, entonces, la Justicia Restaurativa debería tener lugar como parte del proceso penal y deberían desarrollarse programas que incrementen la conciencia del público sobre las ventajas que deja la Justicia Reparadora, pues todo ello fortalece la estructura y en alguna medida, puede disminuir los niveles de encarcelamiento¹⁴⁶.
- Que estos mecanismos ofrecen distintas alternativas que podrían eliminar disputas del campo de la Justicia Penal y favorecer la posibilidad de que las partes resuelvan su controversia con la colaboración de un tercero neutral¹⁴⁷.
- Que la justicia informal favorece la optimización del acceso a la justicia pues esta se torna más reconciliatoria, barata, participativa y sensible, no obstante, no debe perderse de vista, que la justicia basada en la comunidad puede significar un peligro, en la medida que, esta puede hacer uso de medios que no cumplan con las exigencias de los sistemas legales y derechos humanos. Esta es la razón por la cual,

¹⁴⁵ González. Óp. Cit., P. 27.

¹⁴⁶ Idem.

¹⁴⁷ Idem.

se debe ser muy precavidos para que la justicia basada en la comunidad no tienda a ser violenta, servicial o irresponsable¹⁴⁸.

- Que se deben considerar opciones alternativas al encarcelamiento, es decir, se requiere tener en cuenta opciones más tradicionales diferentes al encarcelamiento para combatir su uso indebido, lo cual, deriva en el hacinamiento carcelario¹⁴⁹.
- Que los centros carcelarios deben ser administrados de acuerdo a lo señalado por los estándares internacionales.

4.5 Mecanismos de Justicia Restaurativa

En este apartado, es menester traer a colación algunos mecanismos de Justicia Restauradora que se llevan a cabo en diferentes países. Entre ellos, encontramos:

- “Conferencing o circles: ¹⁵⁰

Expresa Tamarit que estos procesos que se llevan a cabo en países como Australia, Nueva Zelanda y Canadá, que tienen como finalidad la conciliación de algunas prácticas aborígenes en pro de otorgar una solución positiva al conflicto desde el punto de vista de la víctima y del infractor¹⁵¹.

¹⁴⁸ González. Óp. Cit., P. 28.

¹⁴⁹ Idem.

¹⁵⁰ Manifiesta el autor, que estas expresiones no se traducen en el texto, dado las dificultades de establecer una equivalencia absoluta.

¹⁵¹ Tamarit & Villacampa. Óp. Cit., P. 298.

- Conferencia de familia o grupo de comunidad:

Con este instrumento se tiene como finalidad llegar a un acercamiento de la víctima, infractor, familia, amigos y partidarios importantes de ambos, para enfrentar los efectos del crimen.¹⁵²

Esta herramienta fue adoptada, para algunos casos, en Nueva Zelanda, donde es operada fuera del departamento de servicio social. De igual manera, en Australia, esta fue sometida a algunas reformas para el uso de la policía. Actualmente, tiene aplicación en Norte América, Europa y en Sudáfrica. Este mecanismo se ha venido desarrollando con infractores juveniles y con infractores adultos. Al respecto, cabe señalar que se han reflejado resultados positivos en las investigaciones que se han efectuado, pues se percibe un alto grado de satisfacción para víctimas y transgresores¹⁵³.

- Tratado de paz o círculos de sentencia

Este es un procedimiento encaminado a realizar un consenso entre miembros de la comunidad, víctimas, defensores de víctimas, infractores, jueces, fiscales, la policía y trabajadores de la corte, sobre un proyecto de Sentencia adecuada que dirija de manera apropiada las dudas de todas las partes interesadas. Este mecanismo pretende la curación de todas las partes que se han visto afectadas, proporcionando al victimario una posibilidad para reparar, y a los demás sujetos, una responsabilidad compartida para encontrar soluciones. Estos círculos fueron adoptados de ciertas prácticas tradicionales nativas americanas y actualmente, tienen aplicación en todo Norteamérica¹⁵⁴.

¹⁵² González. Óp. Cit., P. 23.

¹⁵³ *Ibidem.*, P.24.

¹⁵⁴ *Idem.*

El desarrollo de la Justicia Restaurativa alrededor del mundo se ha desenvuelto alrededor de dos categorías: la innovación por países en el uso de la Justicia Restaurativa y la integración por países con ideas restaurativas en su sistema de justicia.¹⁵⁵

En cuanto a innovación, cabe mencionar que una serie de prácticas indígenas o de costumbres se han ido adoptando en el uso del sistema de justicia penal, muestra de ello, son las conferencias y ciclos¹⁵⁶.

En lo que tiene que ver con encuentros de víctima-infractor, cabe mencionar que estas se han venido aplicando en Centros Penitenciarios de Europa y Norteamérica. Incluso, en algunas ocasiones, se realizan reuniones entre víctima e infractor en una especie de “Pos Mediación de Sentencia”, que se suele utilizar en Texas¹⁵⁷.

De igual manera, en el presente se llevan a cabo reuniones con grupos de víctimas no relacionadas e infractores. Ello, en la medida que, en muchas ocasiones se desconoce la víctima o victimario son desconocidos o no se encuentra en disponibilidad. También, pueden tener lugar como paso preparatorio para el cara a cara de la persona con la víctima o con el infractor¹⁵⁸.

Por otra parte, los “Círculos de Ayuda” son frecuentemente utilizados en Canadá. Generalmente, estos trabajos se realizan en casos de infractores sexuales, quienes frecuentemente son culpables de pedofilia. Aquella herramienta acrecienta la seguridad en el público mediante la estipulación de un plan de reintegración con el infractor a través de un monitoreo regular de su conducta¹⁵⁹.

¹⁵⁵ *Ibidem.*, P.25.

¹⁵⁶ *Idem.*

¹⁵⁷ *Idem.*

¹⁵⁸ *Idem.*

¹⁵⁹ *Idem.*

En la actualidad, estos mecanismos con finalidad restauradora están siendo utilizados para exponer y tomar en cuenta las problemáticas surgidas entre los ciudadanos y el Gobierno. A manera de ejemplo, se encuentran procesos como “La comisión Verdad y Reconciliación” de Sudáfrica y la “comisión Tratado de la Waitangi” de Nueva Zelanda¹⁶⁰.

Frente a la integración, se encuentra que hay señales de que las iniciativas reparatorias se están uniendo progresivamente a la corriente principal de justicia alrededor del mundo.¹⁶¹

Así, debe hacerse alusión a que poco a poco las barreras legales o sistemáticas por parte del campo legislativo se han ido reduciendo gradualmente frente a la utilización de Programas Restaurativos. Por ejemplo, la cantidad de Mecanismos Restaurativos ha ido aumentando, pues hoy en día existen en Europa más de 500 programas de mediación y proyectos y en Estados Unidos más de 300¹⁶².

Así, es claro que el movimiento a favor de la Justicia Restaurativa ha ido cogiendo cada vez más fuerza, incluso, los cuerpos intergubernamentales, como se ha manifestado en apartes anteriores, han ido interviniendo a su favor. Prueba de ello, es la recomendación adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en 1999 sobre el uso de mediación en los casos penales¹⁶³.

4.6 Mecanismos de Justicia Restaurativa en Colombia

4.6.1 Marco Normativo

¹⁶⁰ *Ibidem.*, P.26.

¹⁶¹ *Idem.*

¹⁶² *Idem.*

¹⁶³ *Ibidem.*, P. 26 - 27

En el contexto de la Justicia Restaurativa en Colombia, es necesario hacer referencia al Marco Normativo en el que esta tiene desarrollo.

En primer lugar, debe iniciarse desde la norma superior, la cual, consagra en su artículo 250, el cual, fue modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002, el deber de la Fiscalía General de la Nación de desarrollar mecanismos de Justicia Restaurativa, específicamente contenido en su numeral 7¹⁶⁴.

Así, aquel desarrollo tiene lugar en el capítulo I del libro VI de la ley 906 de 2004, el cual, en su artículo 527 remite al manual que debe elaborar el Fiscal General de la Nación, en el cual, se deben fijar las directrices y reglas que regirán el funcionamiento de los programas de Justicia Restaurativa¹⁶⁵.

No obstante, vale aclarar que, según ha manifestado la Corte Constitucional, este manual expedido en cumplimiento del artículo 527, tendrá efectos únicamente en el ámbito interno, es decir, no podrá vincular a actos externos y particularmente al Juez de Control de Garantías, pues el último debe partir siempre de los principios de autonomía e independencia¹⁶⁶.

Así, el capítulo I del Libro VI, como se mencionó anteriormente, consagra definiciones, reglas generales y condiciones para la remisión a los programas de Justicia Restaurativa y finalmente, señala como mecanismos de esta modalidad de justicia: la Conciliación Preprocesal, la Conciliación en el Incidente de Reparación Integral y la Mediación¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 250. Julio 7 de 1991 (Colombia).

¹⁶⁵ Código de Procedimiento Penal [CPP]. Ley 906 de 2004. Agosto 31 de 2004 (Colombia).

¹⁶⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-979 de 2005. (M.P Jaime Córdoba Triviño: Septiembre 26 de 2005).

¹⁶⁷ Código de Procedimiento Penal [CPP]. Ley 906 de 2004. Agosto 31 de 2004 (Colombia).

Al respecto, cabe mencionar que la Corte Constitucional, se ha referido a la no taxatividad de los mecanismos de Justicia Restaurativa, aduciendo que, su ámbito de aplicación no se restringe a las tres especies previstas en el Ordenamiento Procesal Colombiano¹⁶⁸.

4.6.1.1. Mediación

La ley 906 de 2004 señala en su artículo 523 que la Mediación es una herramienta, en virtud de la cual, un tercero neutral, bien sea particular o un agente designado del Estado, en concordancia con el manual que se expida en dicha materia, trata de propiciar el cruce de puntos de vista de víctima y acusado o imputado para que intercambien sus opiniones y con su colaboración se logre resolver el conflicto en el que intervienen. Así mismo, este precepto indica que el mencionado mecanismo puede versar sobre la reparación, sustitución o resarcimiento de los perjuicios causados así como la ejecución o no ejecución de conductas específicas, prestar servicios a la comunidad o elevar disculpas o perdón¹⁶⁹.

Señala GONZÁLEZ NAVARRO que, bajo esta herramienta se busca una ocasión en la que la víctima, que tenga interés en ello, se reúna con su victimario en un escenario seguro y estructurado, centrándose en una discusión del delito, claro está, con la colaboración de un mediador entrenado. El propósito de este mecanismo es la comprensión sobre el impacto del delito por parte del infractor y bajo ese entendido, que este asuma responsabilidades frente a los daños ocasionados, ofreciendo a las dos partes una oportunidad para estructurar un plan para enfrentar el daño¹⁷⁰.

La Corte Constitucional de Colombia manifestó en su Sentencia C-979 de 2005, que la Mediación es un mecanismo que otorga un espacio para que víctima y ofensor (llámese

168 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-979 de 2005. (M.P Jaime Córdoba Triviño: Septiembre 26 de 2005)

169 Código de Procedimiento Penal [CPP]. Ley 906 de 2004. Agosto 31 de 2004 (Colombia).

170 González. Óp. Cit., P. 23.

acusado o imputado) intercambien sus puntos de vista, para que un mediador que debe ser neutral, intenten resolver el conflicto surgido con ocasión del delito¹⁷¹.

En este apartado, La Corte Constitucional expone de manera clara y precisa, la manera en que se desarrolla este mecanismo, según lo consagrado en el Código de Procedimiento Penal Colombiano.

Así, aduce esta Corporación que a este mecanismo pueden acudir la víctima o el ofensor, éste último en su condición de imputado o acusado, desde la formulación de la imputación y hasta el momento que se dé inicio al juicio oral. La solicitud elevada por alguno de estos sujetos debe ser presentada ante el fiscal, juez es control de garantías o de conocimiento, según la etapa en que se pretenda presentar la solicitud¹⁷².

Así mismo, menciona la referida institución que la Mediación opera en dos ámbitos, en los cuales, tiene dos efectos diferentes.¹⁷³

En el primer ámbito en el que tiene aplicación este mecanismo, se encuentra una clasificación de delitos que a pesar de ser perseguibles de oficio, contienen un grado menor de lesividad, lo cual, significa que los efectos punitivos que de ellos se derivan también son menores, sin dejar de lado además que en esta clase de delitos existe disponibilidad sobre el bien jurídico tutelado por parte de la víctima¹⁷⁴.

Precisamente, el artículo 524 de la ley 906 de 2004, prevé como presupuestos para la aplicación de la Mediación en esta clase de delitos, los siguientes: “ (i) *Que se trate de delitos perseguibles de oficio cuyo mínimo de pena no exceda de cinco (5) años;*(ii) *que el bien jurídico protegido no sobrepase la órbita personal del perjudicado;* (iii) *la*

¹⁷¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-979 de 2005. (M.P Jaime Córdoba Triviño: Septiembre 26 de 2005)

¹⁷² Idem.

¹⁷³ Idem.

¹⁷⁴ Idem.

*aceptación expresa y voluntaria de víctima y victimario de someterse a una solución de justicia restaurativa.”*¹⁷⁵

Así, la restricción de la aplicabilidad de la Mediación según la clasificación del bien jurídico protegido, limitándolo a aquellas conductas delictivas que no se excedan de la órbita personal del afectado, delimita el efecto restaurador de la Mediación en aquellas conductas que atentan contra bienes jurídicos frente a los cuales se conserva cierta clase de disponibilidad por parte del afectado¹⁷⁶.

Por ende, manifiesta TAMARIT que el Estatuto Procesal Penal Colombiano, en su **artículo 524** restringe la Mediación a aquellos delitos cuyo bien jurídico “*no sobrepase la órbita personal del perjudicado*”. El efecto que genera esta expresión frente a la Mediación consiste en que las infracciones “sin víctima” o contra bienes jurídicos colectivos quedan completamente excluidas al igual que sucede con la “reparación simbólica”¹⁷⁷.

Aunado a lo anterior, expresa la Corte Constitucional, cabe destacar los efectos que se generan con la aplicación de la mediación según ha determinado la ley penal. No obstante, debe dejarse claro que los efectos se generan en dos sentidos. En primer lugar, en lo que tiene que ver con la responsabilidad civil como consecuencia de la conducta punible, en caso de existir acuerdo, este genera efectos vinculantes de manera que se prescinde de los demás mecanismos que se puede entablar en pro de dicha finalidad, como por ejemplo la acción civil ejercida de manera independiente y el Incidente de Reparación Integral. Todo

¹⁷⁵ Idem.

¹⁷⁶ Idem.

¹⁷⁷ Tamarit & Villacampa. Óp. Cit., P. 320 – 321-

ello, según se encuentra regulado en el inciso 1 del artículo 526 del Código de Procedimiento Penal¹⁷⁸.

En segundo lugar, se pronuncia la mencionada Corporación aduciendo que, en lo atinente a la responsabilidad penal como consecuencia del delito, puede presentarse la extinción de la acción penal a través de la aplicación del Principio de Oportunidad, en concordancia con la causal 8 del artículo 324 del Estatuto Procesal Colombiano que establece la aplicación de este principio¹⁷⁹.

Así, es necesario hacer referencia a los efectos de la aplicabilidad de la Mediación respecto a delitos perseguibles de oficio con pena superior a cinco (5) años, en concordancia con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 524, sus efectos son totalmente distintos. Esto, por cuanto, el acuerdo entre transgresor y víctima cuenta con efectos vinculantes, en cuanto que, la obtención del Resultado Restaurativo, excluye la posibilidad de ejercer la acción civil como consecuencia del delito y al Incidente de Reparación Integral. Frente a los efectos de la acción penal cabe resaltar que estos se reducen de manera considerable¹⁸⁰.

Esto, en la medida que los delitos en mención, los cuales son perseguidos de oficio, tienen mayor fuerza de lesividad y por ende, tienen efectos punitivos más gravosos, el mecanismo de Mediación únicamente es tenido en cuenta para efectos de otorgar al transgresor, llámese imputado, acusado o sentenciado, beneficios procesales para durante la actuación, para el momento de la dosificación de la pena o en la Fase de Ejecución de la Pena¹⁸¹.

¹⁷⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-979 de 2005. (M.P Jaime Córdoba Triviño: Septiembre 26 de 2005)

¹⁷⁹ Idem.

¹⁸⁰ Idem.

¹⁸¹ Idem.

Es decir, en esta categoría de delitos, la Mediación no tiene la potencialidad de excluir el ejercicio de la acción penal, por cuanto, en estos casos, la aplicación de la Justicia Restaurativa, específicamente la Mediación, no está sujeta a la condición de que el bien jurídico protegido no sobrepase la órbita persona del perjudicado¹⁸².

4.6.1.2. La Conciliación Preprocesal

La conciliación ha sido definida por la Corte Constitucional como: *“una institución en virtud de la cual se persigue un interés público, mediante la solución negociada de un conflicto jurídico entre partes, con la intervención de un funcionario estatal, perteneciente a la rama judicial o a la administración, y excepcionalmente de particulares”*¹⁸³.

No obstante, La primera vez que se habló de Conciliación en el campo penal en la historia de la legislación Colombia, fue con ocasión del Decreto 1861 del 18 de agosto de 1989¹⁸⁴.

Ello, tuvo como principal finalidad la descongestión en cierta medida de los despachos judiciales,¹⁸⁵ perdiendo de vista que aquel puede resultar como un mecanismo eficaz para encontrar una solución verdadera y real al conflicto que se origina en el delito a través de un diálogo re creador entre víctima, victimario y la sociedad¹⁸⁶.

¹⁸² Idem.

¹⁸³ Idem.

¹⁸⁴ Sampedro. La Humanización del Proceso Penal. Óp. Cit., P. 134.

¹⁸⁵ Fernando Carrillo Flórez. Memoria al congreso nacional 1990 – 1991. Imprenta nacional Ministerio de justicia, República de Colombia. Santa Fé de Bogotá D.C 1991. P.88 y ss en *Hacia la humanización del proceso penal* .Julio Andrés Sampedro Arrubla.

¹⁸⁶ Sampedro. La Humanización del Proceso Penal. Óp. Cit., P. 134.

No obstante, vale aclarar que para aquella época, la Conciliación no extinguía per se la acción penal sino que para ello se requería acudir al desistimiento¹⁸⁷.

De igual manera, con ocasión del decreto 2700 de 1991, en su artículo 38, modificado por la ley 81 de 1993, se consagró: “*Conciliación durante la etapa de investigación previa o de proceso. A solicitud del imputado o procesado y/o los titulares de la acción civil, el funcionario judicial podrá disponer en cualquier tiempo la celebración de audiencia de conciliación, en los delitos que admitan desistimientos y en los casos previstos en el Art. 39 de este Código. En todos los casos, cuando no se hubiese hecho solicitud, en la resolución de apertura de investigación el funcionario señalaran fecha y hora para la celebración de audiencia de conciliación que se llevara a cabo dentro de los diez (10) días siguientes. Obtenida la conciliación, el fiscal o el juez podrán suspender la actuación por un término máximo de treinta (30) días. Garantizado el cumplimiento del acuerdo, se proferirá resolución inhibitoria, de preclusión de la instrucción o cesación de procedimiento. Si no se cumpliere lo pactado, se continuara inmediatamente del trámite que corresponda. No es necesaria audiencia de conciliación cuando el perjudicado manifieste haber sido indemnizado o haber estado de acuerdo con el monto propuesto por quien se debe indemnizar*”. No obstante, este precepto fue derogado por la ley 600 de 2000¹⁸⁸.

Así mismo, la ley mencionada consagró en su artículo 41: “4.8.7 Ley 600 de 2000. “Art. 41. Conciliación. *La conciliación procede en aquellos delitos que admitan desistimiento o indemnización integral. En la resolución de apertura de instrucción, el funcionario señalara fecha y hora para la celebración de audiencia de conciliación, la que se llevara a cabo dentro de los diez (10) días siguientes. Sin embargo, a solicitud de los sujetos*

¹⁸⁷ <http://www.redalyc.org/pdf/876/87602205.pdf> (Julio - Diciembre, 2008)

¹⁸⁸ Ídem.

procesales o de oficio, el funcionario judicial podrá disponer en cualquier tiempo la celebración de audiencia de conciliación. Si alguno de los citados fuere incapaz, concurrirá su representante legal. Durante la audiencia no se permitirá la intervención directa de los apoderados, únicamente se el dialogo con sus poderdantes con el fin de asesorarlos para proponer fórmulas de conciliación. Si se llegare a un acuerdo, el funcionario judicial lo aprobará cuando lo considere ajustado a la ley. Obtenida la conciliación, El fiscal General de La Nación o su delegado o el juez podrán suspender la actuación hasta por un término máximo de sesenta (60) días para el cumplimiento de lo acordado. No se admitirá prórroga del término para cumplir el acuerdo. Verificado el cumplimiento se proferirá resolución inhibitoria, de preclusión de la instrucción o cesación de procedimiento. Si no se cumpliera lo pactado, se continuará inmediatamente con la actuación procesal. No se podrán realizar más de dos (2) audiencias de conciliación durante el proceso. Hasta antes de proferir la sentencia de primera instancia, el funcionario judicial aprobará las conciliaciones que se hubieren celebrado en un centro de conciliación oficialmente reconocido o ante un juez de paz¹⁸⁹”.

En ese sentido, en la actualidad, se encuentra que la regulación vigente a la fecha frente al Mecanismo de Conciliación se encuentra plasmada, en primer lugar, en La Constitución Política de Colombia, el Código de Procedimiento Penal, haciendo remisión a la Ley 640 de 2001, en aquellas materias en que Estatuto Penal no se refiera al respecto¹⁹⁰.

Así, la Conciliación Pre procesal, encuentra sustento en el artículo 522 del Código de Procedimiento Penal Colombiano. En dicho precepto, se estipula a la Conciliación como

¹⁸⁹ Idem.

¹⁹⁰ Sampedro. La Humanización del Proceso Penal. Op. Cit., P. 134.

requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, cuando esta verse sobre delitos querellables, el cual, debe agotarse ante el fiscal que corresponda o en un centro de Conciliación o ante un conciliador reconocido como tal. De esta manera, en el momento en que se agota la Conciliación como requisito para el ejercicio de la acción penal cuando se trate de los delitos aducidos, tiene lugar uno de los siguientes supuestos¹⁹¹.

En caso de que la Conciliación finalice con un acuerdo exitoso, se procederá a realizar el archivo de las diligencias. Por otra parte, en el caso en que no logre consolidar un acuerdo, tendrá lugar el ejercicio de la acción penal, claro está, sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la Mediación¹⁹².

De esta manera, la honorable Corte Constitucional Colombiana, se ha referido al respecto, partiendo de la consagración legal que tiene lugar en el Código de Procedimiento Penal.

Menciona dicha Corporación, que la Conciliación tiene aplicabilidad frente a los delitos querellables, es decir, aquellos en los que es necesaria la presentación de la querrela para la ejercicio de la acción penal. Así mismo, el hecho de ser delitos querellables tiene como efecto que de acuerdo a la tradición jurídica colombiana tienen el carácter de ser desistibles. De esta manera, ha estipulado la ley 906 de 2004, siguiendo los criterios establecidos en la ley 640 de 2001, frente a la Conciliación como requisito de procedibilidad en áreas diferentes del campo penal, que para esta categoría de delitos este mecanismo será entendido como requisito de procedibilidad del ejercicio de la acción penal¹⁹³.

¹⁹¹ Tamarit & Villacampa. Óp. Cit., P. 321.

¹⁹² Idem.

¹⁹³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-979 de 2005. (M.P Jaime Córdoba Triviño: Septiembre 26 de 2005)

4.6.1.3 La Conciliación en el Incidente de Reparación Integral: Mecanismo de Justicia Restaurativa.

El Incidente de Reparación Integral ha sido entendido como la etapa procesal en la cual, víctima y victimario establecen posibles acuerdos en favor de la primera, tendientes a su reparación frente a los perjuicios ocasionados con la comisión de las conductas punibles¹⁹⁴.

Precisamente, este fue creado como una solución efectiva para la reparación, convirtiéndose este en la instancia procesal para la efectividad de la indemnización por parte de quien se considere civilmente responsable, penalmente responsable o quien deba sufragar los costos. En este procedimiento, fueron previstas al menos dos ocasiones para intentar la conciliación entre víctima, condenado y en ciertos casos, los terceros, sin embargo, además de ser mecanismo de solución de intereses en conflicto, la ley le otorgó una condición especial y es la de ser parte de los instrumentos de Justicia Restaurativa.

Esto, en la medida que, se incluyó en el artículo 521 del Código de Procedimiento Penal que la Conciliación que se realiza con ocasión del Incidente de Reparación Integral constituye un Mecanismo de Justicia Restaurativa¹⁹⁵.

Así, acorde con lo consagrado en el artículo 102 de la ley 906 de 2004, una vez la sentencia condenatoria se encuentre en firme y partiendo de la solicitud previa y expresa de la víctima, fiscal o del Ministerio Público, dentro de los ocho días siguientes, el juez fallador

¹⁹⁴ Véase artículos 103 a 107 de la ley 906 de 2004.

¹⁹⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-409 de 2009. (M.P Juan Carlos Henao Pérez: Junio 17 de 2009)

convocará a audiencia pública, en virtud de la cual, iniciará el Incidente de Reparación integral de los daños generados con ocasión de la conducta punible¹⁹⁶.

De lo anterior, es necesario señalar que lo consagrado en el anterior precepto, tiene lugar con ocasión de la modificación realizada por el artículo 86 de la ley 1395 de 2010.

Al respecto, cabe señalar que la modificación aludida, tenía como finalidad, resolver una serie de inconvenientes que en materia de prescripción se venían presentando dentro del Proceso Penal. Ello, por cuanto, el Incidente de Reparación Integral antes de la referida modificación del año 2010, constituía el momento procesal a través del cual se debatía el tema perjuicios y reparación económica derivada del delito; la cual, tenía lugar una vez que el Juez de conocimiento anunciara en audiencia el sentido del fallo de carácter condenatorio.

Por consiguiente, el sustancial cambio introducido por la ley 1395 de 2010, consistió en trasladar el Incidente de Reparación Integral a un momento posterior del proceso, una vez ejecutoriada y en firme la sentencia condenatoria¹⁹⁷.

En ese orden de ideas, puede evidenciarse que el legislador entendió de manera adecuada, la necesidad de crear una modificación tendiente a evitar la prescripción de la acción penal, sin embargo, no tuvo en cuenta las consecuencias que podrían presentarse en el campo de La Justicia Restaurativa, partiendo del hecho que, cuando el Incidente de Reparación Integral se lleva a cabo de manera posterior a la sentencia, no habrá posibilidad de que la decisión adoptada en él, sea incluida en la sentencia condenatoria y así pueda traerle

¹⁹⁶ Código de Procedimiento Penal [CPP]. Ley 906 de 2004. Agosto 31 de 2004 (Colombia).

¹⁹⁷ 1. Ponencia para primer debate en sede de Cámara de Representantes. Pág. 179.
2. Ponencia para segundo debate en sede de Cámara de Representantes. Pág. 15.

beneficios, lo cual, dejará como resultado que el victimario no se verá motivado a proponer caminos de reparación.

4.6.2 Suspensión del Procedimiento a Prueba

En el Código de Procedimiento Penal Colombiano, se estableció en el artículo 325 que el imputado o acusado, podrá solicitar la suspensión del procedimiento a prueba a través de solicitud oral en la que se ofrezca un plan de reparación del daño y las condiciones a las que está dispuesto a someterse. Este precepto alude también que el plan reparativo podrá consistir en una Mediación con las víctimas, de ser procedente, la reparación integral de los daños generados a las víctimas o la reparación simbólica.

Menciona además el presente artículo, que presentada la solicitud, el fiscal consultará a la víctima y resolverá bajo decisión que determinará las condiciones a cumplir y aprobará o modificará el plan de reparación presentado. De igual manera, el mencionado precepto hace una salvedad aduciendo que de continuarse el procedimiento, no podrá tenerse como prueba de culpabilidad la admisión de los hechos por parte del imputado.

Además, Expuso la honorable Corte Constitucional en su sentencia C- 387 de 2014, que en la actualidad, la Suspensión del Procedimiento a Prueba del trámite en ciertos procesos penales, constituye un mecanismo de reducción de la prisión y una herramienta de cuestionamiento al encarcelamiento, como elemento de reproducción de la criminalidad.¹⁹⁸

¹⁹⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 387 de 2014. (M.P Jorge Iván Palacio Palacio: Junio 25 de 2014)

Así, define la Corporación que este puede definirse como: *“un instrumento procesal que detiene el ejercicio de la acción penal en favor del sujeto imputado por la comisión de un ilícito, quien se somete, durante un plazo, a una prueba en la cual deberá cumplir satisfactoriamente con determinadas obligaciones legales para el caso concreto, a cuyo término se declara extinguida la acción penal, sin consecuencias jurídicas penales posteriores. En el evento de incumplirse la prueba se tiene la facultad para revocar la medida y retomar la persecución penal contra el investigado¹⁹⁹.”*

Bajo este mecanismo, se concibe que la descriminalización y la despenalización se pueden lograr por medio de métodos de sustitución y de penas alternativas, entiéndase sanciones penales de carácter compensatorio y reparador, que tomen como punto de partida a las partes, es decir, el propio imputado y el interés de la víctimas del delito en la búsqueda de una vida en común menos conflictiva²⁰⁰.

En ese mismo sentido, La Corte Constitucional en un pronunciamiento contenido en la sentencia C-979 de 2005, ha definido este mecanismo como *“es una de las herramientas por medio de la cual se da aplicación al principio de oportunidad”*. Así mismo, en la mencionada sentencia la Corte señaló que la importancia de este mecanismo radica en que en virtud de ella, el imputado tiene la posibilidad elevar la solicitud de la suspensión del procedimiento por un término de tiempo de hasta tres (3) años. Dicha suspensión, estará sujeta a la condición de que el infractor otorgue un plan de reparación integral y a que otorgue debido cumplimiento de las condiciones previstas en el ordenamiento legal, específicamente en el artículo 326 del Código de Procedimiento Penal²⁰¹.

¹⁹⁹ Ídem.

²⁰⁰ Ídem.

²⁰¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-979 de 2005. (M.P Jaime Córdoba Triviño: Septiembre 26 de 2005)

Así, una vez vencido el término del periodo de prueba y se verifique el correcto cumplimiento de las condiciones fijadas, el fiscal renuncia a la persecución penal, dando cumplimiento a la causal 7 del artículo 324 de la ley 906 de 2004. Dicha determinación estará sometida a control judicial por parte del juez de control de garantías²⁰².

4.7 La Justicia Restaurativa en la Ejecución de la Pena

La implementación de mecanismos de Justicia Restauradora de manera posterior a la determinación de la condena, ha tenido lugar en algunos países europeos. Por ejemplo, prácticas como la Mediación y *Conferencing* han dejado resultados positivos desde la opinión de los condenados en lugares como el Reino Unido²⁰³.

De igual manera, en Bélgica el Ministerio de Justicia ha otorgado financiamiento a distintos programas de Mediación desarrollados en prisiones, contando además, con la colaboración de las Universidades de Leuven y Liege, en los cuales, estas entidades han venido realizando proyectos experimentales, donde además, cada una de las prisiones cuenta con orientación de consultores en materia de Justicia Restaurativa, quienes promueven una sensibilización frente a las víctimas en la cultura penitenciaria²⁰⁴.

Teniendo en cuenta lo anterior, es conveniente traer a colación los distintos argumentos considerados como “desfavorables” en lo que respecta a la aplicación de mecanismos de Justicia Reparadora en la ejecución de la pena.

²⁰² Ídem.

²⁰³ Tamarit & Villacampa. Óp. Cit., P. 324 – 332.

²⁰⁴ Ídem.

Así, los opositores de esta corriente han expuesto que, se debe tener en cuenta que, si no ha sido posible la aplicación de mecanismos de Justicia Restaurativa en los momentos anteriores a la Sentencia, no existen motivos para pensar que ello va a ser posible de manera posterior. Adicionalmente, estos contradictores han manifestado que el interés en el asunto por parte de la víctima habrá desaparecido en caso de que haya transcurrido bastante tiempo desde el delito y por ello, preferirá olvidar el suceso. De igual manera, consideran los detractores que el hecho de enfrentar a la víctima a revivir esta experiencia puede resultar perjudicial, pues en algunos casos, quizás esta ya habrá sido superada²⁰⁵.

En lo que tiene que ver con el transgresor, se aducen como motivos en contra, que los infractores podrían perder interés en alcanzar un acuerdo con la víctima, pues ya pesa una condena en su contra²⁰⁶.

En contraste con los argumentos en contra, es necesario aclarar que ello únicamente evidencia la visión reduccionista de la fenomenología criminal y deja a un lado el postulado de *“lo que puede valer para unos casos puede no ser válido para otros”*²⁰⁷.

En ese sentido, se debe aludir al carácter complementario con el que cuenta la Mediación subsiguiente, es decir, después de la sentencia y el carácter alternativo propio de la Mediación antecedente, es decir antes de proferirse sentencia. Por ende, su carácter individualizado genera como efecto que su aplicación se de en aquellos casos en que resulte

²⁰⁵ Idem.

²⁰⁶ Idem.

²⁰⁷ Idem.

benéfica para la víctima y victimario, lo cual, tendrá que ser determinado partiendo del criterio del facilitador²⁰⁸.

Así mismo, frente a otros de los argumentos en contra de la aplicación de mecanismos restauradores en la fase de ejecución de la pena, cabe recordar a quienes acogen dicho argumento, que la voluntariedad es uno de los elementos de la Justicia Restaurativa y por consiguiente, la víctima no participará en un acuerdo conciliatorio que no se desee²⁰⁹.

Por otra parte, en lo que tiene que ver con el argumento de los casos en que no es posible la aplicación de estos mecanismos antes de la sentencia y por ello, no lo será de manera posterior, manifiesta TAMARIT que la imposibilidad de llevar a cabo dichos mecanismo puede deberse a razones de distinta índole. Además, no debe dejarse de lado que los Mecanismos Restaurativos pretenden servir tanto a los intereses de la víctima como a los del infractor, generando un espacio en el que se hace posible la resocialización del delincuente²¹⁰.

Cabe decir, que desde el punto de vista del condenado, la Justicia Restaurativa aumenta las posibilidades de éxito en el tratamiento penitenciario, promueve la sensibilización de los efectos de la conducta delictiva y la asunción de responsabilidad²¹¹.

Finalmente, TAMARIT señala que las desventajas que se han elevado en contra de la Mediación aplicada de manera previa a la condena en relación con el principio de

²⁰⁸ Idem.

²⁰⁹ Idem.

²¹⁰ Idem.

²¹¹ Idem.

Presunción de Inocencia, desaparecen cuando este mecanismo se aplica luego de emitirse un pronunciamiento frente a la responsabilidad del sujeto²¹².

Acorde a lo anteriormente expuesto, es necesario hacer referencia a algunas dificultades que se presentan cuando se da aplicación a los mecanismos de Justicia Restaurativa en la fase de ejecución de la pena.

Señala DUFRAIX TAPIA: *“En segundo lugar, y extrañándome todavía más, me merece dudas el hecho de que no se hiciera mención alguna a la posibilidad de que la víctima aceptase el perdón solicitado, pues, en tal supuesto, debería estimarse que ha operado una efectiva reparación (al menos moral), cuestión que debería influir de alguna manera en la ejecución de la condena. Si la víctima es tan importante para el Estado, me parece extraño que éste no preste atención a un acto de la víctima casi más importante que la propia petición de perdón: el perdón mismo”*. Así, el mencionado autor manifiesta que en los casos en que el perdón es concedido por parte de la víctima frente al victimario, aun cuando por ello puede entenderse que existe voluntad para dirimir el conflicto, esto genera pocos o nulos efectos durante la ejecución de la pena, pues en ese momento el poder punitivo del Estado condenó la conducta punible²¹³.

De todas formas, organismos como la Oficina de las Naciones Unidas Contra La Droga y el Delito, en su manual sobre Programas de Justicia Restaurativa, ha sido enfática al hecho de que estos programas tienen la vocación de ser utilizados durante todas las etapas del Proceso Penal, aun cuando para ello sea necesario modificar algunas disposiciones de los Ordenamientos Jurídicos. Así mismo, dicha organización refiere algunos puntos

²¹² Tamarit & Villacampa. Óp. Cit., P. 330.

²¹³ <http://www.ehu.es/documents/1736829/2176658/Eguzkilore+22.pdf>. (Diciembre, 2008).

fundamentales dentro del sistema penal, en los cuales podría empezar exitosamente un proceso de Justicia Restaurativa, veamos:

- a. *“En el nivel de policía (antes de los cargos)*
- b. *En el nivel de los procesos judiciales (después de los cargos pero antes del proceso)*
- c. *A nivel del Tribunal, (hasta la etapa de pronunciamiento de sentencia)*
- d. *A nivel de corrección (como una alternativa al encarcelamiento, como parte o además de una sentencia que no implique reclusión, durante el encarcelamiento o a partir de la liberación de prisión)”²¹⁴*

En este sentido, se evidencia que los mecanismos de Justicia Restaurativa, han funcionado especialmente en etapas anteriores y posteriores a la formulación de cargos, al igual que previas a la sentencia. No obstante, recientemente la utilización de estas herramientas en la fase de ejecución de una sentencia condenatoria se ha convertido en algo más común. Una forma de ejemplificar lo anterior es: *“El proceso de Justicia Restaurativo, incluyendo la mediación víctima-delincuente puede ser utilizado por delincuentes que están en libertad condicional o bajo otros tipos de supervisión comunitaria”²¹⁵.*

Así mismo, existe evidencia doctrinal, que permite demostrar que la aplicación de mecanismos de Justicia Restaurativa en la ejecución de la pena sería viable, en la medida en que, por un lado ofrecen incentivos para el victimario tendientes a obtener beneficios y rebajas punitivas mediante el cumplimiento de ciertas obligaciones, dirigidas a la reparación del daño causado a la víctima con ocasión del delito. Por otro lado, resulta

²¹⁴U.N. Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*. (2006).

²¹⁵ U.N. Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*. (2006).

benéfico para las víctimas, y para la sociedad en general, el hecho de hacer viable el acercamiento y la proposición de prestaciones que reparen a las víctimas de manera directa o indirecta, en aquellos casos donde la prestación se realice en favor de un tercero semejante.²¹⁶

Otro argumento esbozado por la Organización de Naciones Unidas, describe la viabilidad de utilizar Mecanismos Restaurativos al interior de los Centros de Corrección, lo cual, contribuiría seriamente con el mejoramiento en las condiciones de vida de los internos, quienes más allá de caer en vicios desfavorables, podrían establecer espacios de diálogo, foros y demás actividades que permitan establecer mecanismos idóneos y alternativos para la solución del conflicto.²¹⁷

De acuerdo con lo anterior, es menester hacer referencia a la ocasión, en la cual, tienen aplicación los mecanismos de Justicia Restaurativa previstos en la ley 906 de 2004.

Por ende, en lo que respecta a la Conciliación Pre-procesal, fijada en el artículo 522 de la mencionada ley, se estipula en dicho precepto que, aquella herramienta debe intentarse de manera previa, toda vez que, funge como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal.

En segundo lugar, en lo que tiene que ver con la Mediación en materia penal, se estipula en el artículo 524 del Código de Procedimiento Penal, que dicho mecanismo procede “*desde la formulación de imputación hasta antes del juicio oral*”.

²¹⁶<http://portales.puj.edu.co/justrestaurativa/DIPLOMADO/Modulo%20III/OrigenesConcepto/mastergraficos/M03U01.pdf> (22 de julio, 2008)

²¹⁷ U.N. Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*. (2006).

Finalmente, frente a la Conciliación que tiene lugar con ocasión del Incidente de Reparación Integral, cabe destacar que como ocasión procesal para el inicio de dicho trámite, se tiene que este debe ser convocado por el juez, una vez exista sentencia condenatoria y esta cuente con la firmeza correspondiente, ello en concordancia con el artículo 102 del Estatuto Procesal Penal Colombiano.

En lo que tiene que ver con la etapa, en la cual, tiene lugar el referido mecanismo y teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto frente a la modificación introducida por la ley 1395 de 2010 en su artículo 86 respecto del artículo 102 de la ley 906 de 2004, es conveniente señalar, que bajo el esquema anterior podría concluirse que el Incidente de Reparación Integral, especialmente la conciliación que en él se desarrolla, es un mecanismo de Justicia restaurativa únicamente susceptible de aplicarse antes de la ejecución de la pena, ya que, este tiene lugar una vez emitido el sentido del fallo, es decir, de manera previa a la sentencia condenatoria.

Por el contrario, bajo el esquema actual, se refleja que el Incidente de Reparación Integral, como mecanismo de Justicia Restaurativa, esto es, la conciliación que allí tiene lugar, puede considerarse como herramienta reparadora en la ejecución de la pena, bajo el entendido que, según lo prevé el Código de Procedimiento Penal en su artículo 102, el Incidente de Reparación integral tendrá lugar una vez proferida la sentencia condenatoria.

Así mismo, cabe aclarar que, si bien existen Mecanismos Sustitutivos de la Pena Privativa de la Libertad, los cuales, encuentran fundamento en el artículo 63 y siguientes de la ley 599 de 2000, se debe reconocer que, a pesar de que estos tienen cabida en la fase de ejecución de la pena y reportan en alguna medida beneficios para el condenado, y que adicionalmente, una categoría de estos mecanismos, se encuentra sujeta a la condición de

reparación de la víctima, como lo es, la libertad condicional, no por ello puede concluirse definitivamente que estos constituyen Mecanismos de Justicia Restaurativa.

La anterior afirmación, partiendo de que el Código de Procedimiento Penal, en su artículo 518, entiende como Programa de Justicia Restaurativa: *“todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador.”* Por ende, es viable concluir que, no es conveniente otorgarle a los Mecanismos Sustitutivos de la Pena Privativa de la Libertad, el carácter de Programa de Justicia Restaurativa, pues para el Ordenamiento Procesal Penal Colombiano, en ellos se requiere que víctima y victimario participen de manera conjunta y activa en la solución del conflicto, situación que, no se evidencia en los mencionados mecanismos sustitutivos.

Por consiguiente, teniendo en cuenta lo consagrado en la norma procesal en materia penal, se puede concluir que, en Colombia, los mecanismos de Justicia Restaurativa, expresamente previstos por el ordenamiento jurídico, tienen aplicación únicamente en las etapas previas a la promulgación de la sentencia condenatoria, estos son, específicamente, la Conciliación Preprocesal y la Mediación. No obstante, como excepción a dicha aplicación, en la actualidad se tiene que la Conciliación que se lleva a cabo en el Trámite Incidental, únicamente tendrá lugar con posterioridad a la sentencia condenatoria, ello, en la medida que, precisamente dicho mecanismo surge en virtud del Mencionado trámite.

CAPÍTULO 5: ESTUDIO DE CASO

A continuación se expondrá como Estudio de Caso, una serie de entrevistas realizadas en la Cárcel para policías de Facatativá (Cundinamarca), tendientes a observar la noción que se tiene sobre Justicia Restaurativa dentro del entorno penitenciario y carcelario, bien por parte de los internos, así como del personal administrativo encargado de la supervisión y vigilancia del centro de reclusión.

Cabe destacar que, en aras de proteger la identidad de los entrevistados, no serán publicados aquellos datos que permitan su individualización.

La sigla (ER) hace referencia a la formulación de la pregunta a cargo del entrevistador, mientras que la letra (E) se refiere a las respuestas aportadas por el entrevistado.

(i) Entrevista a uno de los internos de Centro de Reclusión Para Policías de Facatativá²¹⁸:

(ER) Esta entrevista que vamos a tener es únicamente con fines académicos para un proyecto de grado que yo voy a entregar a la Universidad Javeriana como egresado que soy de esa institución, entonces me gustaría hacerle unas breves preguntas a ver usted qué opina.

(E) “Con mucho gusto doctor”.

(ER) Usted podría contextualizarme, a grandes rasgos, porque esta acá?

²¹⁸ La presente entrevista fue realizada por el estudiante Luis Felipe Botero Cárdenas.

(E) *“Bueno de momento me encuentro aquí con medida de aseguramiento en este centro carcelario, me encuentro sindicado por unos delitos de secuestro extorsivo y homicidio agravado”.*

(ER) *Perfecto. Usted sabe que es la Justicia Restaurativa?*

(E) *“En el momento no tengo conocimiento”.*

(ER) *Listo, yo le voy a explicar que es la Justicia Restaurativa y usted me cuenta que opina al respecto, ¿vale?*

(E) *“Con mucho gusto Doctor”.*

(ER) *La Justicia Restaurativa es una creación tanto legal y jurisprudencial que ha sacado el Estado Colombiano, tendiente a remplazar la pena, vista como un castigo, por mecanismos que contribuyan a la verdadera solución del conflicto entre las víctimas y los victimarios.*

(E) *“Si señor”.*

(ER) *A usted ¿le parece importante que los victimarios que se encuentran bien sea en medida de aseguramiento o bien sea condenados, una vez que se ha definido su situación jurídica, tengan un espacio de dialogo con las víctimas? No para su caso en concreto, le hago la pregunta en general. ¿Usted qué opina del tema?*

(E) *“No, a mí me parece algo muy importante, sería muy bueno porque pues la justicia en este momento se está limitando a que las personas que resultan culpables de haber cometido un delito de llevarlas a la Cárcel, se preocupan es por darles una pena de prisión, siempre, y en ese momento se están olvidando de pronto de los beneficios que podrían tener las víctimas de pronto de otra forma, que los pudieran ayudar, de pronto*

económicamente, de pronto de hacer, como le dijera yo, un trato con las personas que fueron sus victimarios, de tener una relación que de pronto sirva para ambas partes”.

(ER) ¿Un dialogo le parece importante?

(E) “Claro”.

(ER) ¿Por qué?

(E) “Porque se le da la oportunidad al victimario de pronto de, como le dijera, de ratificarse con la sociedad, con la persona a la que le cometi6, a la que utilizo como v6ctima, y no solo llevarlos a prisi6n, en las C6rceles hay mucha gente que se est6 perdiendo, personas que han ca6do por un delito o por otro que han cometido muchas veces sin tener intenci6n de hacerlo y cayendo a la C6rcel esta persona, lo que hace es que se pierde m6s. En las C6rceles hay muchas cosas que afuera no se conocen, y es una vida muy dura”.

(ER) Perfecto. Entonces para cerrar, ¿usted est6 de acuerdo con la aplicaci6n de la Justicia Restaurativa durante la ejecuci6n de una pena?

(E) “Claro, si, eso ser6a algo muy bueno y muy importante para la sociedad, no solo para la poblaci6n carcelaria sino para la sociedad en general”.

(ER) Perfecto, muchas gracias.

(E) “Con mucho gusto Doctor”.

(ii) Entrevista a los funcionarios del Centro de Reclusi6n para Polic6as de Facatativ6. ²¹⁹

²¹⁹ Esta entrevista fue realizada por el estudiante Sergio Fonnegra Mantilla. La entrevista transcrita a continuaci6n no cuenta con un respaldo auditivo o grabaci6n soporte, toda vez que por 6rdenes expl6citas de

(ER) *¿Sabe usted qué es la Justicia Restaurativa?*

(E) *“Me parece que es un concepto nuevo. Si no estoy mal, significa restaurar el daño causado por la conducta. La víctima sufre el daño, entonces repara lo que se le causó. La restauración de los derechos vulnerados por el victimario con el delito.”*

(ER) *¿Qué mecanismo de Justicia Restaurativa conoce usted?*

(E) *“Resocialización. Lo que cumplen en la condena. El trabajo social interno, que logra la resocialización. A través de la redención de la pena.”*

(ER) *¿Usted cree que estos mecanismos de Justicia Restaurativa contribuyen a la solución integral del conflicto generado por el delito?*

(E) *“La resocialización se logra para el victimario con la pena. Pero los mecanismos de Justicia Restaurativa no son tan efectivos porque solo ofrecen una satisfacción monetaria pero desconoce la parte o elemento psicológico.”*

(ER) *¿En su experiencia, ha conocido o conoce que en este centro se implementen este tipo de mecanismos?*

(E) *“No, normalmente el acercamiento es en temas monetarios.”*

(ER) *¿Considera viable que estos mecanismos sean aplicados para sustituir el cumplimiento de una pena en la cárcel por herramientas que acerquen de una manera realmente efectiva a las víctimas y al victimario?*

la Policía Nacional de Colombia, cuerpo que tiene a su cargo la custodia del Centro de Reclusión para policías de Facatativá (Cundinamarca), no se permite la entrada de ningún equipo electrónico, tales como celulares o grabadoras. Sin embargo, se anexa el acta de entrevista para confirmar la información correspondiente

(E) “Se debe pagar la pena. Además, los centros de reclusión están equipados tanto en la parte humana como en infraestructura para reinsertar al condenado y reparar a las víctimas porque el centro de reclusión permitiría esos espacios.”

(ER) ¿Le parece que la propuesta de implementar mecanismos de Justicia Restaurativa podría contribuir con la descongestión carcelaria y el mejoramiento de las condiciones de aquellos internos a quienes no logren dirimir el conflicto por vías restaurativas?

(E) “Al acogerse habría beneficios para el victimario y logre salir más rápido.

En la parte siguiente, mejora sus condiciones porque le permite resocializarse efectivamente, creando conciencia del acto delictivo y sus consecuencias.”

Una vez analizadas las entrevistas que nos fueron concedidas en el Centro de Reclusión para Policías de Facatativá (Cundinamarca), se puede establecer, en primer lugar, que el concepto de Justicia Restaurativa es un elemento novedoso dentro del Ordenamiento Jurídico Colombiano, del cual tienen mayor conocimiento las autoridades y órganos encargados de custodiar y administrar los establecimientos penitenciarios que los propios internos, a quienes poca información del tema se les suministra durante su permanencia en la cárcel.

Por otro lado, se evidenció que el tema de subrogados penales es un elemento más conocido por los reclusos, pues saben que demostrando buen comportamiento, así como aquellos requisitos objetivos que impone la ley 599 de 2000, se pueden obtener beneficios tales como rebajas o incluso el cumplimiento de la pena en prisión domiciliaria. Sin embargo, debe aclararse que tales beneficios no son justicia restaurativa, dado que no se presenta un escenario que permita dirimir efectivamente el conflicto entre las víctimas y los

victimarios, entendiendo que el delito se presenta como una ruptura a las relaciones armónicas de dos o más personas.

Cabe destacar que, de acuerdo con la entrevista realizada a un interno, la aplicación de mecanismos de justicia restaurativa durante la ejecución de una pena, es la oportunidad para que una persona, autora o participe de un delito, se reivindique con las víctimas y con la sociedad en general. En otras palabras, por una u otra circunstancia, una persona puede ser sancionada penalmente con una pena de prisión, pero en ocasiones, más allá del delito en sí, se trata de situaciones particulares que afectan la armonía entre los sujetos, pero que pueden ser reparadas de manera directa por ellos mismos.

Igual relevancia merece lo atinente con la descripción realizada por nuestro entrevistado, quien manifestó: *“(...) en las Cárceles hay mucha gente que se está perdiendo, personas que han caído por un delito o por otro que han cometido muchas veces sin tener intención de hacerlo y cayendo a la Cárcel esta persona, lo que hace es que se pierde más. En las Cárceles hay muchas cosas que afuera no se conocen, y es una vida muy dura”*.

De acuerdo con lo anterior, se considera que el ordenamiento debe propugnar por aplicar sistemas que realmente contribuyan con la solución de los conflictos y no recluyendo gente en las cárceles y penitenciarias, en donde ya físicamente es nulo el espacio, sin contar además con la pérdida de recurso humano y social, así como el aumento lamentable del pasivo Estatal, quien debe sufragar unos centros sobrepoblados y con bajos índices de seguridad, idoneidad y calidad.

Finalmente, para las autoridades encargadas de la seguridad del Centro de reclusión, es claro que la Justicia Restaurativa consiste en *“Restaurar el daño causado por la conducta”*, con lo cual, sí el daño fue reparado y el condenado ha demostrado que puede vivir y hacer

parte de la sociedad aprovechando su derecho fundamental a la libertad, ello debería ser suficiente para que la ejecución de la pena también sea una instancia procesal en la cual puedan incluirse mecanismos restaurativos que no se limiten a lo económico, sino que verdaderamente permitan la reconstrucción de las relaciones humanas entre personas.

CAPÍTULO 6: PROPUESTAS DE IMPLEMENTACIÓN

A continuación se expondrán dos propuestas de implementación en materia de Justicia Restaurativa para el ordenamiento jurídico colombiano en la fase de ejecución de la pena. Lo anterior, tiene fundamento en el estudio esbozado de manera previa, el cual demostró, que existen situaciones violatorias de garantías fundamentales, las cuales afectan el Sistema Penitenciario y Carcelario. En particular, se propondrá la creación de una reforma, tendiente a modificar la oportunidad procesal en que se desarrolla el Incidente de Reparación Integral. Así mismo, se sugerirá la creación de la audiencia de Ejecución Reparadora.

6.1. Modificación de la oportunidad procesal para iniciar el incidente de reparación integral

En primer lugar, se tiene como propuesta la modificación de los artículos 102 y 189 de la ley 906 de 2004, buscando que el Incidente de Reparación Integral se adelante una vez concluida la audiencia pública en la que el Juez de Conocimiento anuncie el sentido de fallo (siendo este de carácter condenatorio) y, de esta manera, previo a la promulgación de la respectiva sentencia.

En efecto, mediante el artículo 86 de la ley 1395 de 2010, el Congreso modificó el artículo 102 del Código Procesal Penal, en aras de proteger la culminación de todo proceso de esa naturaleza, alejando el fenómeno de la prescripción. Sin embargo, no se tuvo en cuenta el hecho de que el Incidente celebrado con antelación a la promulgación de una sentencia

condenatoria, genera incentivos para el victimario, quien mediante la celebración de acuerdos realizados en las conciliaciones celebradas al interior del Incidente, podía hacerse acreedor de beneficios punitivos, los cuales se materializaban en la sentencia. Así pues, Dicha reforma desincentiva cualquier tipo de acuerdo, pues el condenado no recibirá beneficio alguno en su situación jurídica.

Otro argumento que fundamenta la necesidad de trasladar esta oportunidad procesal a una fase anterior a la sentencia condenatoria, es el hecho de permitir la introducción de una nueva audiencia en la fase de ejecución de la pena, sin que esta coincida de manera simultánea con la figura del Incidente de Reparación Integral. Lo anterior, tal y como será explicado en el siguiente capítulo.

Ahora, se debe reconocer que la ley 1395 de 2010 introdujo las medidas necesarias para ampliar el término de prescripción de la acción penal, situación que resulta relevante para el ordenamiento jurídico. En consecuencia, con el ánimo de proteger esa importante modificación en sede de prescripción, se sugiere una modificación al artículo 189 del Código de Procedimiento Penal, en el sentido de remplazar la suspensión del término prescriptivo, consagrada en el artículo referido, para en su lugar establecer un segundo espacio de interrupción en el término prescriptivo, el cual tendría lugar con la audiencia en la que se anuncie el sentido del fallo condenatorio de primera instancia.

Con el fin de hacer viable la aplicación de la propuesta anterior, se requeriría la modificación de una serie de artículos contenidos en la ley 906 de 2004, a través de un proyecto de Ley como el que se propone a continuación:

PROYECTO DE LEY

“Por medio del cual se modifican los artículo 102 y 189 de la ley 906 de 2004 – Código de Procedimiento Penal.”

EL CONGRESO DE COLOMBIA,

DECRETA

ARTÍCULO 1. Modifíquese el artículo 102 de la Ley 906 de 2004, el cual quedará así:

“Artículo 102. Procedencia del Incidente de Reparación Integral. Con posterioridad al anuncio del fallo, se contará con un término de 10 días para que la víctima, el victimario, el Fiscal o el Ministerio Público, solicite al juez fallador para que convoque, dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del plazo de la solicitud, a la audiencia pública con que dará inicio al incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal y ordenará las citaciones de los artículo 107 y 108 del presente Código, de ser solicitados por el incidentante.”

ARTÍCULO 2. Modifíquese el artículo 189 de la Ley 906 de 2004, el cual quedará así:

“Interrupción del Término de Prescripción de la Acción Penal. La prescripción de la acción penal se interrumpe una vez se anuncie el sentido del fallo de primera instancia. El término de prescripción comenzará a correr de nuevo por un tiempo

igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal. En este evento el término no podrá ser inferior a diez (10) años, ni superior a quince (15).

6.2. Proposición Restaurativa y Audiencia de ejecución reparadora

En segundo lugar, se tiene como propuesta la creación de una audiencia pública concentrada, denominada *Audiencia de Ejecución Reparadora*, la cual tendría lugar una vez concluida la aplicación del mecanismo de *Proposición Restaurativa*. Este último mecanismo tiene la finalidad de brindar un espacio en la ejecución de la pena para que el victimario, de manera voluntaria, establezca una serie de medidas de reparación, que esté dispuesto a realizar en favor de la víctima, siempre que exista consentimiento de esta. Lo anterior permitiría obtener rebajas y beneficios punitivos al condenado, una vez atendidos los respectivos compromisos. A continuación se expondrá la manera como se establecería este mecanismo, al igual que la audiencia referida, en el evento en que fuere aceptada la primera propuesta del presente documento, tendiente a modificar la etapa procesal en la que se desarrolla el Incidente de Reparación Integral. Sin perjuicio de ello, con posterioridad se expondrá la forma como podría acogerse nuestra segunda propuesta, en el evento en que el Incidente de Reparación Integral continúe adelantándose en la fase de la ejecución de la pena.

Con el fin de hacer más explícita la propuesta, se hará referencia, en primer lugar, a la manera como se le daría aplicación al mecanismo restaurativo sugerido, así como la forma en que se desarrollarían las audiencias mencionadas, suponiendo que se materialice una modificación del artículo 102 de la ley 906 de 2004, que traslade el desarrollo del Incidente de Reparación Integral a la conclusión de la audiencia en que se dicte el sentido condenatorio del fallo de primera instancia.

A. Mecanismo de Proposición Restaurativa: Una vez ejecutoriada y en firme la sentencia condenatoria de primera instancia, se daría aplicación al mecanismo restaurativo denominado “Proposición Restaurativa”, que consiste en conceder al condenado la posibilidad de crear por escrito, un plan de reparación en favor de la víctima, el cual deberá basarse en lo dispuesto por el artículo 326 de la ley 906 de 2004, o atendiendo cualquier otra medida tendiente a la obtención de un resultado restaurativo, cuyo cumplimiento efectivo podrá otorgarle beneficios punitivos al condenado. Ese documento tendría que ser entregado al Juzgado de Ejecución de Penas competente, quien deberá correr traslado del escrito a la víctima. Así mismo, el despacho los convocará a una audiencia de Control Restaurativo.

B. Audiencia de Control Restaurativo: Una vez instalada la audiencia, se pretende que la víctima y el victimario debatan de manera pacífica y amistosa, posibles vías de solución al conflicto, a través de la verificación de las medidas de reparación propuestas por el victimario, en relación con las consideraciones hilvanadas por la víctima. En caso de llegarse a un acuerdo, este sería sometido a un control previo de legalidad ante el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad. Una vez impartida legalidad al acuerdo, el Juez adoptará todas las medidas necesarias para el cabal cumplimiento de los compromisos adoptados por el victimario. Igualmente, de no llegarse a un acuerdo, o en caso de que este no sea aceptado por el Juez, deberá archivarse el plan de reparación. En el primer caso, se daría paso a la siguiente audiencia. Cabe destacar que el plazo máximo en el que podrían atenderse los acuerdos suscritos, corresponde a un periodo no mayor a cinco (5) años.

C. Aval Restaurativo: Esta última audiencia tendría lugar una vez vencido el plazo establecido para cumplir con los acuerdos en favor de la víctima. Se trata de un

control posterior adelantado por el mismo Juez de Ejecución de Penas, quien verificará el cumplimiento de los compromisos suscritos, y atendiendo como criterios, la declaración de la víctima, la gravedad de la conducta, y el comportamiento durante la prestación de las medidas restaurativas procederá a otorgar beneficios punitivos al condenado.

Cabe destacar que en todos los casos, contra las decisiones del Juez de Ejecución de Penas, adoptadas en la audiencia concentrada descrita proceden los recursos de reposición y apelación, que serían resueltos por un Juez Penal con función de conocimiento.

La manera como podría incluirse lo anterior al ordenamiento jurídico, sería mediante reforma a una serie de artículos de la ley 906 de 2004, en los siguientes términos:

PROYECTO DE LEY

“Por medio del cual se adiciona a los artículos 478 y 521 de la ley 906 de 2004 – Código de Procedimiento Penal y se crean los artículos 527 A, 527 B, 527 C y 527 D.”

EL CONGRESO DE COLOMBIA,

DECRETA

ARTÍCULO 1. Adiciónese al artículo 478 de la Ley 906 de 2004, el cual quedará así:

“Decisiones. Las decisiones que adopte el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad en relación con mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, con la rehabilitación y derivadas de la proposición restaurativa, son apelables ante el juez penal de circuito de conocimiento, escogido aleatoriamente por el sistema de reparto. En todo caso, quedará inhabilitado, el juez de conocimiento que profirió sentencia condenatoria de primera instancia.”

ARTÍCULO 2. Adiciónese al artículo 521 de la Ley 906 de 2004, el cual quedará así:

“Mecanismo. Son mecanismos de justicia restaurativa la conciliación preprocesal, la conciliación en el incidente de reparación integral, la mediación y la proposición restaurativa.

ARTÍCULO 3. Créase el artículo 527 A, el cual establece:

“Proposición Restaurativa. Este mecanismo restaurativo tendrá lugar, una vez ejecutoriada y en firme la sentencia condenatoria de primera instancia, ante el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad competente.

Dicho mecanismo se materializará a través de la presentación voluntaria de un escrito contentivo, por parte del condenado, de medidas de reparación en favor de la víctima, basándose en los criterios fijados en el artículo 326 del presente Código o en la obtención de un resultado restaurativo para las víctimas de la conducta punible.

Una vez presentado el plan de reparación, el juez le dará traslado del escrito a la víctima.

Con posterioridad al traslado realizado a la víctima, el juez convocará a una audiencia de Control Restaurativo.”

ARTÍCULO 4. Créase el artículo 527 B, el cual establece:

“Audiencia de Ejecución Reparadora. Formulado el mecanismo de Proposición Restaurativa, el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, dará apertura a

la audiencia concentrada de Ejecución Reparadora, la cual se desarrollará a través de la audiencia de Control Restaurativo y la de Aval Restaurativo.”

ARTÍCULO 5. Créase el artículo 527 C, el cual establece:

“Audiencia de Control Restaurativo. Una vez concretados los acuerdos restaurativos, procederá el juez a instalar la audiencia pública. Inicialmente, se permitirá que el condenado concrete y reafirme los compromisos ofrecidos a la víctima. Seguidamente, la víctima expondrá de manera libre sus consideraciones al respecto.

Concluido lo anterior, el juez impartirá legalidad a la proposición, en caso de llegarse a un acuerdo entre las partes subyacentes al delito. Lo cual producirá la apertura de la fase de ejecución de los compromisos, los cuales concluidos darán apertura a la audiencia de Aval Restaurativo.

Parágrafo. En caso de no llegarse a un acuerdo entre las partes subyacentes al delito, sobre el plan de reparación, éste se archivará.”

ARTÍCULO 6. Créase el artículo 527 D, el cual establece:

“Audiencia de Aval Restaurativo. Vencido el plazo de cumplimiento de los compromisos suscritos por el condenado, se convocará a esta audiencia, cuya finalidad será la de evaluar la ejecución de los mismos. Con posterioridad a ello, el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, tomando como criterios la gravedad de la conducta, la declaración de la víctima y el comportamiento del condenado durante la ejecución de cumplimiento. Resolverá la aplicación de beneficios punitivos aplicables a la pena.

Parágrafo. Contra las decisiones proferidas por el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad en la audiencia de Ejecución Reparadora, proceden los recursos de reposición y apelación.”

Por otro lado, teniendo en cuenta que existe la posibilidad de que el ordenamiento jurídico continúe adelantando el trámite de Incidente de Reparación Integral durante la ejecución de la pena, tal como se adelanta en la actualidad, a continuación se propondrá la implementación de este nuevo mecanismo, al igual que la Audiencia de Ejecución Reparadora, en armonía con el Incidente, toda vez que ambas figuras tendrían lugar durante el mismo momento procesal.

De acuerdo con lo anterior, una vez proferida y en firme la sentencia condenatoria, se abriría el Incidente de Reparación Integral, acompañado de la “*Proposición Restaurativa*”, con lo cual dentro de la primera audiencia de Incidente, convocada por el Juez de Conocimiento, la víctima podrá formular una pretensión económica para la indemnización de los perjuicios que tuvieron lugar con ocasión del delito. En segundo lugar, el condenado podrá presentar al Juez un plan de reparación, que pretenda realizar en favor de la víctima, el cual deberá basarse en lo dispuesto por el artículo 326 de la ley 906 de 2004, o atendiendo cualquier otra medida tendiente a la obtención de un resultado restaurativo. Concluida la primera audiencia de Incidente de Reparación Integral, se convocará a la segunda audiencia del incidente, en donde se espera que las partes concilien lo relacionado con los perjuicios económicos, al igual que construyan acuerdos restaurativos con base a lo propuesto por el condenado en la primera audiencia. En caso de que los sujetos convocados, no lleguen a ningún acuerdo, o lo hagan de manera parcial, se convocará a la

tercera audiencia de incidente, la cual pretende generar un segundo espacio para la suscripción de acuerdos y conciliaciones.

En caso de que las partes no logren establecer acuerdos restaurativos en las audiencias del incidente de reparación integral propuestas para ello, se archivará el plan de reparación y se continuará únicamente con el trámite de Incidente de acuerdo con el artículo 104 de la ley 906 de 2004.

En caso contrario, si llegarán a establecerse acuerdos restaurativos entre la víctima y el condenado, el Juez de Conocimiento deberá trasladar la competencia al Juez de Ejecución de Penas competente, para continuar con el trámite de la Audiencia de Ejecución Reparadora, de acuerdo con lo registrado en apartes anteriores. Así, el Juez de conocimiento quedará con una competencia única para llevar hasta su culminación el trámite de Incidente de Reparación Integral.

Para materializar la inclusión de esta propuesta dentro del ordenamiento jurídico, deberán modificarse una serie de artículos de la ley 906 de 2004, de la siguiente manera:

PROYECTO DE LEY

“Por medio del cual se adicionan los artículos 478 y 521, se modifica el artículo 103 de la ley 906 de 2004 – Código de Procedimiento Penal y se crean los artículos 527 A, 527 B, 527 C y 527 D.”

EL CONGRESO DE COLOMBIA,

DECRETA

ARTÍCULO 1. Créase el artículo 527 A, el cual establece:

“Proposición Restaurativa. Este mecanismo restaurativo tendrá lugar, una vez ejecutoriada y en firme la sentencia condenatoria de primera instancia, ante el juez de conocimiento competente.

Dicho mecanismo se materializará a través de la presentación voluntaria de un escrito contentivo, por parte del condenado, de medidas de reparación en favor de la víctima, basándose en los criterios fijados en el artículo 326 del presente Código o en la obtención de un resultado restaurativo para las víctimas de la conducta punible.

Una vez presentado el plan de reparación, el juez le dará traslado del escrito a la víctima.

Con posterioridad al traslado realizado a la víctima, se verificará si hay o no un acuerdo con base en el plan de reparación, lo cual, de ser positivo, trasladará la competencia al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, quien dará inicio a la audiencia de Control Restaurativo.”

ARTÍCULO 2. Modifíquese al artículo 103 de la Ley 906 de 2004, el cual quedará así:

“Iniciada la audiencia, el incidentante formulará oralmente su pretensión en contra del declarado penalmente responsable, con expresión concreta de la forma de reparación integral a la que aspira e indicación de las pruebas que hará valer. Igualmente, se dará lugar al mecanismo de Proposición Restaurativa, en los términos del artículo anterior.

Una vez expuesto el plan restaurativo, se podrá llegar a un acuerdo entre las partes del conflicto subyacente al delito, lo cual trasladará la competencia al juez de ejecución de penas, quien dará apertura a la audiencia de Control Restaurativo.”

ARTÍCULO 3. Adiciónese al artículo 478 de la Ley 906 de 2004, el cual quedará así:

“Decisiones. Las decisiones que adopte el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad en relación con mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, con la rehabilitación y derivadas de la proposición restaurativa, son apelables ante el juez penal de circuito de conocimiento, escogido aleatoriamente por el sistema de reparto. En todo caso, quedará inhabilitado, el juez de conocimiento que profirió sentencia condenatoria de primera instancia.”

ARTÍCULO 4. Adiciónese al artículo 521 de la Ley 906 de 2004, el cual quedará así:

“Mecanismo. Son mecanismos de justicia restaurativa la conciliación preprocesal, la conciliación en el incidente de reparación integral, la mediación y la proposición restaurativa.

ARTÍCULO 5. Créase el artículo 527 B, el cual establece:

“Audiencia de Ejecución Reparadora. Formulado el mecanismo de Proposición Restaurativa, el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, dará apertura a la audiencia concentrada de Ejecución Reparadora, la cual se desarrollará a través de la audiencia de Control Restaurativo y la de Aval Restaurativo.”

ARTÍCULO 6. Créase el artículo 527 C, el cual establece:

“Audiencia de Control Restaurativo. Una vez concretados los acuerdos restaurativos, procederá el juez a instalar la audiencia pública. Inicialmente, se

permitirá que el condenado concrete y reafirme los compromisos ofrecidos a la víctima. Seguidamente, la víctima expondrá de manera libre sus consideraciones al respecto.

Concluido lo anterior, el juez impartirá legalidad a la proposición, en caso de llegarse a un acuerdo entre las partes subyacentes al delito. Lo cual producirá la apertura de la fase de ejecución de los compromisos, los cuales concluidos darán apertura a la audiencia de Aval Restaurativo.

Parágrafo. En caso de no llegarse a un acuerdo entre las partes subyacentes al delito, sobre el plan de reparación, éste se archivará.

ARTÍCULO 7. Créase el artículo 527 D, el cual establece:

“Audiencia de Aval Restaurativo. Vencido el plazo de cumplimiento de los compromisos suscritos por el condenado, se convocará a esta audiencia, cuya finalidad será la de evaluar la ejecución de los mismos. Con posterioridad a ello, el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, tomando como criterios la gravedad de la conducta, la declaración de la víctima y el comportamiento del condenado durante la ejecución de cumplimiento. Resolverá la aplicación de beneficios punitivos aplicables a la pena.

Parágrafo. Contra las decisiones proferidas por el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad en la audiencia de Ejecución Reparadora, proceden los recursos de reposición y apelación.

Con lo anterior, se considera que de una u otra forma, existen alternativas para con base en las propuestas expuestas, brindar al proceso penal un nuevo enfoque, permitiendo a las

víctimas la obtención de mayores beneficios, mediante los acuerdos que se logren obtener en curso del Incidente de Reparación Integral, así como en ejercicio del mecanismo de Proposición Restaurativa.

Igualmente, se contribuiría con la reinserción social, dado que los condenados, al tener la posibilidad de rebajar la sanción penal mediante el uso de este mecanismo, ejecutarían actos tendientes a recuperar los lazos y la armonía con las víctimas.

Finalmente, atendería la problemática relacionada con el hacinamiento carcelario que se afronta en la actualidad a lo largo y ancho del territorio nacional, pues los condenados que cumplan con los compromisos suscritos en favor de las víctimas, obtendrían rebajas bien sea para cumplir la pena en un periodo más corto, o bien sea para hacerse acreedores de algún subrogado penal, pues la valoración realizada por el Juez de Ejecución de Penas, les permitiría cumplir con los requisitos objetivos para ello en un menor plazo.

CAPÍTULO 7: CONCLUSIONES

Agotado el estudio anterior, en primer lugar, puede concluirse que el paradigma del sistema penal, adoptado tradicionalmente bajo la implementación de un componente meramente represivo al concepto de la pena, diluyendo cualquier posibilidad de concebirla como un mecanismo restaurador del tejido social lesionado, por un conflicto humano que subyace al delito, demuestra con total claridad, que la eficacia, durante la ejecución de la pena, ha sido reducida a términos meramente cuantitativos. Esta situación no solamente deteriora las relaciones humanas, sino que resulta violatoria de garantías fundamentales inherentes a los condenados y de los derechos propios de las víctimas.

Por otro lado, en lo que tiene que ver con el sistema penitenciario colombiano actual, pudo observarse, que se presenta una serie de fallas estructurales frente a las condiciones físicas e infraestructura de los Centros de Reclusión. Lo anterior debido a que estos no están cumpliendo con las exigencias de salubridad mínimas en lo relacionado con servicios públicos esenciales, tales como el agua potable, el sistema de acueducto y alcantarillado, entre otros. Ello sin duda alguna, vulnera un sin número de derechos constitucionales y legales exigidos para el cumplimiento de la ejecución de la pena en condiciones dignas.

Igualmente, pudo establecerse que a la fecha, la totalidad de las regiones del país, en donde tienen presencia Centros de Reclusión a cargo del INPEC, registran altos índices de sobrepoblación o hacinamiento carcelario. Dicha situación, vista desde una perspectiva económica, refleja la existencia de altos costos para el Estado, quien debe sufragar integralmente la manutención de un interno, sin que ello garantice una reinserción social efectiva y una pronta resolución del conflicto.

Una consideración adicional, guarda relación con los beneficios que traería al ordenamiento jurídico, la posibilidad de aplicar nuevos mecanismos restaurativos durante todas las fases del proceso penal. Cabe recordar, que este fenómeno, se presenta como una figura tendiente a remplazar el castigo *per se*, por nuevas formas que permitan restablecer las relaciones entre las partes subyacentes al delito. Lo anterior resulta pertinente en el sentido de que por un lado, el sistema penal debería utilizar estándares más humanos durante la ejecución de la

pena; igualmente, dado que la verdadera reparación se atiende únicamente en el momento en que el conflicto en sí, se haya superado. Por último, resulta útil para las víctimas, quienes pueden sentirse verdaderamente reparadas, a través de la creación de escenarios armónicos de restablecimiento humano con los victimarios.

Dentro del referido contexto, se destaca que en materia de mecanismos restaurativos, el sistema penal Colombiano adopta como punto de partida, la expedición del acto legislativo 03 de 2002, el cual, contiene un amplio desarrollo legal mediante el capítulo I del libro VI de la ley 906 de 2004.

De esta manera, se encuentra que son mecanismos restaurativos en el ámbito nacional, la Conciliación Pre-procesal, la Mediación y la Conciliación en el Incidente de Reparación Integral, sin perjuicio de aquellos mecanismos no consagrados en la ley, pero que encuentran plena vigencia jurídica, dada la no taxatividad de los mismos. Cabe resaltar, en todo caso, la forma como pueden ser aplicados dichos mecanismos, los cuales, por regla general, han sido condicionados a ser aplicados durante las fases iniciales que componen el proceso penal, es decir, en situaciones previas a la promulgación de una sentencia condenatoria. Así mismo, de manera excepcional, puede tener lugar la Conciliación en el Incidente de Reparación Integral, por virtud de la modificación realizada mediante la ley 1395 de 2010.

En un segundo plano, y dando alcance al componente práctico analizado, se puede concluir que el conocimiento en la Cárcel para policías de Facatativá (Cundinamarca) frente al concepto de Justicia Restaurativa, resulta desconocido para los internos, mientras que para los funcionarios encargados de custodiar y administrar el lugar, existe una leve noción del concepto, visto como aquel que pretende restaurar el daño causado con la conducta. Sin embargo, debe advertirse que se tiene una noción vaga y restrictiva del concepto, pues es visto como un asunto netamente económico.

Por otra parte, se pudo evidenciar que uno de los entrevistados, quien a la fecha se encuentra privado de la libertad, destacó la importancia que tendría un diálogo entre las víctimas y los victimarios, pues no solamente se resolvería el conflicto surgido entre las

partes subyacentes al delito, sino que se daría la oportunidad al condenado de resarcirse con la sociedad en general.

En un tercer escenario, se concluye que el ordenamiento jurídico penal debe propugnar por la creación de un nuevo mecanismo restaurativo durante la fase de ejecución de la pena, el cual atienda con mayor ímpetu las garantías de las víctimas, y permita la resolución integral de los conflictos surgidos con ocasión del delito.

En ese sentido, se considera oportuna la creación del “Mecanismo de Proposición Restaurativa”, tendiente a brindar una oportunidad al condenado para proponer acuerdos restaurativos en favor de las víctimas de la conducta punible desplegada por este.

Igualmente, se evidencia la necesidad de implementar una nueva audiencia en sede de ejecución de la pena, cuya función principal se centre en la búsqueda de compromisos restaurativos a cargo del condenado, y en favor de las víctimas. Así mismo, serían un escenario oportuno de control a cargo del Juez de Ejecución de Penas, quien deberá propugnar por el eficaz cumplimiento de lo acordado.

Por último, debe manifestarse que los acuerdos y compromisos celebrados por las partes subyacentes al delito, deben guardar un contenido más humano que punitivo, con lo que se espera que el Estado, representado por los Jueces, adopte todas las medidas necesarias, tendientes a permitir el cumplimiento eficaz de los compromisos acordados, una vez que estos han sido aceptados por el Juez de Ejecución de Penas. Así mismo, una vez realizado el control posterior dirigido a verificar el cumplimiento riguroso de los compromisos adoptados, el Juez en audiencia de “Aval Restaurativo” deberá otorgar beneficios y rebajas punitivas al condenado.

Lo anterior refleja un cambio importante en el proceso penal, que no solamente resulta positivo para los intereses de las víctimas, así como de los condenados, sino que contribuye realmente con una verdadera armonía social, mediante la reparación de las relaciones sociales, afectados con el delito.

BIBLIOGRAFÍA:

Normatividad Nacional

Código Penitenciario y Carcelario. Ley 65 de 1993. Agosto 19 de 1993. (Colombia).

Código de Procedimiento Penal [CPP]. Ley 906 de 2004. Agosto 31 de 2004 (Colombia).

Congreso de la República. Ley 599 de 2000. Julio 24 de 2000. (Colombia).

Constitución Política de Colombia [Const]. Julio 7 de 1991 (Colombia).

Ponencia para primer debate en sede de Cámara de Representantes.

Libros

Abelardo Rivera. “¿La Victimología, un problema criminológico?”. Pág. 322. Ed., Jurídica Radar Ediciones. (1997).

Alejandro Aponte Cardona. *Derecho Penal y Filosofía*. Ed., Ibáñez. (2014).

Alfonso Reyes Echandía. *Derecho Penal*. Ed., Temis. (1996).

Antonio Beristain. “Criminología, Victimología y Cárceles”. Pág. 162. Ed., Pontificia Universidad Javeriana. (1996).

Antonio Luis González Navarro. *Justicia restaurativa y el incidente de reparación en el proceso penal acusatorio*. Ed., Leyer. (2009).

Claus Roxin. *Derecho Penal*. Ed., CIVITAS. (1997).

Elías Neuman. “Victimología y Control Social”. Ed., Universidad S.R.L. (1994).

Eugenio Zaffaroni. “El abolicionismo penal de Louk Hulsman”. Ed., Editar. (1983).

Fernando Velásquez Velásquez. *Derecho Penal Parte General*. Ed., Librería jurídica Comlibros. (2008).

Javier Darío Coronado Díaz. *Hacia el Arbitraje de las Causas Penales en Colombia*. Ed., Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas. (2014).

Josep Ma. Tamarit Sumalla & Carolina Villacampa Estiarte. *Victimología, justicia penal y justicia reparadora*. Ed., Ibáñez. (2006).

Julio Andrés Sampedro Arrubla. *La humanización del proceso penal*. Ed., Legis. (2003)

Puig, S. ET AL. “*Política Criminal y reforma del derecho penal*”. Ed., Temis. (1982).

Artículo

Julio Andrés Sampedro-Arrubla. *La justicia restaurativa: Una nueva vía, desde las víctimas, en la solución al conflicto penal*. Pág. 87-124. 17 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional. (2010).

Sentencias De La Corte Constitucional

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-153 de 1998. (M.P Eduardo Cifuentes Muñoz: Abril 28 abril de 1998).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-647 de 2001. (M.P Alfredo Beltrán Sierra: Junio 20 de 2001).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-709 de 2002. (M.P Alfredo Beltrán Sierra: Septiembre 03 de 2002).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-806 de 2002. (M.P. Clara Inés Vargas Hernández: Octubre 03 de 2002).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-979 de 2005. (M.P Jaime Córdoba Triviño: Septiembre 26 de 2005).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-917 de 2006. (M.P Manuel José Cepeda Espinosa: Noviembre 09 de 2006).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-409 de 2009. (M.P Juan Carlos Henao Pérez: Junio 17 de 2009)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-055 de 2010. (M.P Juan Carlos Henao Pérez: Febrero 03 de 2010)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-334 de 2013. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: Junio 13 de 2013.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-388 de 2013. (M.P María Victoria Calle Correa: Junio 28 de 2013).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 387 de 2014. (M.P Jorge Iván Palacio Palacio: Junio 25 de 2014).

Sentencia Corte Suprema De Justicia

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de Casación 07/11/2002. Radicado: 14380.

Informes

Comisión asesora de política criminal. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado Colombiano. Informe Final. Junio de 2012.

<http://www.cej.org.co/index.php/293-sala-de-prensa/articulos-de-prensa/prensa-escrita?start=235> (Octubre de 2014).

U.N. Econ. & Soc. Concil [ECOSOC] *Principios básicos de la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal*, en *informe de la reunión del grupo de expertos sobre justicia restaurativa* (Comisión de prevención del delito y justicia penal, 11 periodo de sesiones, Viena, 16 a 25 de Abril de 2002).

U.N. Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. *Manual sobre programas de justicia restaurativa*. (2006).

Publicaciones Electrónicas

<http://colombiadiversa.org/colombiadiversa/documentos/informes-dh/colombia-diversa-personas-LGBT-en-carceles-de-colombia-2013-2014.pdf> (2013 – 2014)

<http://www.ehu.eus/documents/1736829/2176658/Eguzkiloire+22.pdf>. (Diciembre, 2008).

<http://www.elespectador.com/noticias/judicial/procuraduria-sanciono-funcionarios-del-mininterior-fall-articulo-398082> (22 Enero, 2013).

<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS92.pdf>(2004).

<http://justiciarestaurativa.org/images/2005-04-28.8339786315>

https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/INFO%20POLI%20CRIMINAL_FINAL23NOV.pdf (junio, 2012).

<http://portales.puj.edu.co/justrestaurativa/DIPLOMADO/Modulo%20III/OrigenesConcepto/mastergraficos/M03U01.pdf> (22 de julio, 2008).

<http://www.redalyc.org/pdf/876/87602205.pdf> (Julio - Diciembre, 2008)

<http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/6269/2/AlfonsoPerezAnaLeonor2010.pdf> (2010).

<http://www.semana.com/nacion/articulo/asi-vida-infierno-carcel-modelo-bogota/262384-3> (03 Agosto, 2012)

<http://www.semana.com/nacion/articulo/cuanto-le-cuesta-un-presos-al-pais/403005-3> (16 Septiembre, 2014).

http://servoaspr.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=22&p_numero=23&p_consec=37455. (28 Agosto, 2013).

http://www.usta.edu.co/otraspaginas/diversitas/doc_pdf/diversitas_10/vol.6no.2/articulo_10.pdf (15 de abril, 2015).