UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

Justicia restaurativa: integración efectiva de las partes en el sistema penal

Luz Kátherin Sánchez Ávila

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá, D.C., Colombia
2016

Justicia restaurativa: integración efectiva de las partes en el sistema penal

Luz Kátherin Sánchez Ávila

Trabajo de investigación presentado como requisito para optar al título de:
Magister en Derecho con profundización en Derecho penal

Director:
Mg. Caviedes Estanislao Escalante Barreto
Profesor Asociado e Investigador
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Línea de Investigación:
Justicias alternativas

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá D.C., Colombia
2016

A mis amores: Luz María Ávila y Nicolás Andrés Gómez. Esas luces divinas que no me dieron la opción de desfallecer; las que me procuraron el impulso siempre que la tormenta me amenazaba; que me regalaron sus sonrisas, su bondad y el cariño que, a diario, me llena el alma.

Resumen

Se reconoce actualmente una crisis en el sistema jurídico penal colombiano debido a una proliferación legal que, en lugar de mejorar la situación, priva diariamente a más personas de su libertad, aumentando el hacinamiento carcelario desproporcionalmente con el paso de los años. El derecho penal se ha eclipsado en el castigo del victimario, dejando de lado los derechos de éste y, especialmente, los de la víctima. Los lazos sociales se debilitan con la comisión de cada delito y el problema social y jurídico se agrava, pues la política criminal está siendo creada para aminorar síntomas y no para modificar raíces. Es así como aparece la opción de la justicia restaurativa para recuperar esencialmente los derechos de la víctima y, de nuevo, equilibrar la balanza para que, por medio de la declaración de responsabilidad y el reconocimiento por parte del victimario, los lazos quebrantados con la conducta punible puedan ser nuevamente establecidos, evitando nuevas victimizaciones y uniendo a la sociedad con formas más adecuadas y menos coactivas para la resolución de conflictos, contribuyendo a la cohesión de las comunidades.

Palabras clave: Derecho penal mínimo; Victimología; Justicia restaurativa; Solución de conflictos; Comunitarismo.

Abstract

It is now recognized a crisis in the Colombian criminal justice system due to legal proliferation, rather than improve the situation, depriving everyday more people of their liberty, increasing prison overcrowding disproportionately over the years. The criminal law has been eclipsed in the punishment of the offender, ignoring his rights, and especially

those of the victim. Social ties are weakened with the commission of each crime and the social and legal problem is aggravated, because the criminal policy is being created to lessen symptoms and not to modify roots. Thus appears the option of restorative justice to essentially recover the rights of the victim and obtain a fair balance appears, so that through the statement of responsibility and recognition by the perpetrator, the broken ties can be re-appears established, avoiding further victimization and uniting society with more appropriate and less coercive conflict resolution forms, contributing to community cohesion.

Keywords: Minimum criminal law, Victimology, Restorative Justice, Conflict resolution, Communitarianism.

Contenido

1. La función de la pena 5
1.1 Discursos legitimantes de la pena..... 6
1.1.1 La legitimación de la pena en la doctrina..... 7
1.1.2 En la ley colombiana 16
1.1.3 En la realidad 18
1.2 El derecho penal mínimo como alternativa..... 30

2. La víctima vs. El victimario 41
2.1 La víctima 42
2.1.1 Quién es la víctima..... 42
2.1.2 Los derechos de las víctimas 47
2.2 El victimario 61
2.2.1 Quién es el victimario 61
2.2.2 Los derechos del victimario 64

3. La justicia restaurativa: un modelo alternativo 71
3.1 Una mirada global..... 71
3.2 Elementos jurídicos..... 77
3.2.1 La justicia restaurativa en el Derecho internacional..... 77
3.2.2 La Justicia restaurativa en el Derecho colombiano..... 79
3.3 Programas de justicia restaurativa 87
3.4 ¿Cómo y para qué usar la justicia restaurativa? 93

4. Conclusiones 101

Lista de gráficos

Gráfico 1-1: Situación carcelaria 20
Gráfico 1-2: Población reclusa en Colombia en Junio de 2015 22
Gráfico 1-3: Comportamiento de la población reclusa en el año 2015..... 23
Gráfico 1-4: Población reclusa por ciclos de escolaridad..... 25
Gráfico 1-5: Población reclusa que se agrupa en modalidades de ocupación..... 26
Gráfico 2-1: Sistemas el desarrollo y su ruptura..... 47
Gráfico 3-1: Papel de las partes en la Justicia Restaurativa..... 73

Lista de tablas

Tabla 2-1: ¿Cómo reparar a las víctimas? 54

Introducción

La administración de justicia en Colombia viene siendo objeto de críticas en el ámbito político, en el social, desde el punto de vista de su transparencia y su independencia, tanto así que la crítica la tiene expuesta a una situación problemática y de crisis desde muchos años atrás. La inconformidad ciudadana con la misma, sobre todo en el ámbito penal, empeora progresivamente por la manipulación de la información a través de los medios de comunicación, que termina creando en la comunidad una sensación de inseguridad creciente y de indignación por las acciones delictivas que se cometen a diario. Así, no es extraño que, con el tiempo, las masas se muevan acorde a un sentimiento de venganza que las lleve a tomar justicia por su propia mano, lo cual no tiene una justificación desde el punto de vista de los Derechos Humanos. De este modo, se trae a colación lo dicho por ZAFFARONI en la cuestión criminal y que atañe directamente al tema, lo cual es lo relativo a la criminología mediática, la que se expone como aquella que está creada a través de «información, subinformación y desinformación en convergencia con prejuicios y creencias, basada en una etiología criminal simplista asentada en causalidad mágica[1]», que se determina no precisamente como un sentido de venganza sino la capacidad que esta tiene para ser canalizada contra ciertos individuos en la sociedad.

La crisis de la justicia penal es entonces inminente. Se ha roto con los objetivos básicos de la pena (la resocialización, la prevención y la rehabilitación) y con el principio del uso

[1] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La cuestión criminal. Disponible en: <https://espectadores.files.wordpress.com/2011/09/cuestioncriminal_f16.pdf>

Introducción

del derecho penal como *ultima ratio*[2], aunque todavía se les use en la teoría. Resocializar a un individuo no es muy factible por la vía carcelaria, puesto que es el primer ambiente que rompe la garantía de dignidad humana que deberían tener todos los reclusos[3]. Es imposible pensar en un sistema que trate de reforzar los buenos valores por medio del incumplimiento de las garantías básicas de una persona, tal como en nuestro país lo ha reconocido la misma Corte Constitucional en su jurisprudencia, llegando a declarar los problemas que giran alrededor del hacinamiento carcelario, tal como se verá en el desarrollo de esta investigación.

De esta manera, la pregunta que se plantea para comprender este problema y dar rumbo a esta investigación es dilucidar si hay un sistema alterno que pueda usar la justicia para reducir los múltiples problemas que viene presentando, los cuales son expuestos en este texto, y que, a su vez, sea un método que logre integrar a las partes involucradas por la comisión de un delito, sea directa o indirectamente, es decir, a la víctima, al victimario y a la comunidad, para hacer que este tipo de incidentes tengan la menor trascendencia posible en un sentido negativo y, al contrario, enseñen a la sociedad a solucionar sus dificultades considerando valores como el diálogo, el liderazgo y la paz social.

Para dar respuesta a la problemática planteada, el principal propósito de esta investigación es mostrar, de manera descriptiva, la situación actual de la pena en

---

[2] SANZ MULAS, Nieves. Sistema de sanciones en España y Colombia. Alternativas a la prisión. En: Alternativas a la pena privativa de libertad. Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana. Madrid: Colex, 2000.

[3]SANZ MULAS, Nieves.El derecho penal ante los retos del siglo XXI: La urgencia de un Derecho penal que haga frente a los “nuevos” problemas, pero sin olvidar los “viejos” límites. En: cuadernos de política criminal *nº106, i, época ii, abril 2012, pp.115--151.*

Colombia, en el marco de la justicia penal, del papel de la víctima y el victimario dentro del proceso penal y después del mismo, y reconocer si este proceso satisface a largo plazo las necesidades y derechos de las partes del conflicto penal. Como parte del objetivo propuesto, se analizan las teorías de la pena para comprender cuál debería implementarse en mayor medida para mejorar las problemáticas planteadas al reconocer la crisis de la ejecución de la pena en nuestro medio, y como escenario que implica analizar alternativas menos lesivas a los derechos de las personas.

Como objetivo final, pero no menos importante, se analiza el problema de una forma sencilla con un alcance de interés general para la comunidad y de fácil comprensión para las personas que no necesariamente estén dentro de la disciplina del derecho, puesto que, al fin y al cabo, para plantear soluciones a los problemas que aquí se estudian, se dispone que la comunidad sea consciente de sus deficiencias y esté dispuesta a ser parte de un cambio.

Para cumplir los fines propuestos, desde el punto de vista metodológico[4] esta investigación es sistematizadora, puesto que su orientación básica es descriptiva (ya que parte de un carácter de profundización), y en sí trata de hacer más comprensible un conjunto normativo, en este caso el relativo a los derechos de víctimas y victimarios, y posteriormente su relación con la Justicia Restaurativa en el marco del proceso penal en Colombia.

Así mismo, tiene un propósito de investigación de *lege ferenda*, pues, aunque no se propone directamente un cambio en materia legal, se parte de una inconformidad con la política criminal que, en algún momento, tiene que llevar a una nueva orientación y producción de las normas relacionadas con la solución de los conflictos sociales y el control social.

Como fuentes usadas en la investigación, se hace una búsqueda en la historia interna en el derecho para contextualizar al lector acerca de cómo el paso del tiempo ha cambiado

---

[4] Sobre las diversas posibilidades de investigación en las disciplinas jurídicas puede consultarse a COURTIS, Christian. Ecos cercanos. Escritos sobre derechos humanos y justicia. Bogotá: Siglo del hombre Editores, 2009, especialmente el capítulo sobre metodología de la investigación jurídica.

Introducción

las visiones de la sociedad acerca del tratamiento tanto a víctimas como a victimarios y, de la misma forma, se ha abierto en diferentes comunidades el uso de justicias alternativas por medio de la autocomposición de conflictos. Se ha acudido también al análisis jurisprudencial como fuente para la evidencia de la realidad en el país, y para poder conocer qué principios y garantías se refuerzan por esta vía en lo referente a los derechos de las partes, esto es, para proteger adecuadamente a las víctimas y a los victimarios en la configuración de sus actuaciones en el proceso penal y en lo que se presenta posterior a ello. Para complementar la visión jurisprudencial se ha acudido a la doctrina más representativa, contexto en el que se han tenido que repasar los aportes más importantes de disciplinas como la victimología y la criminología, así como en temas relacionados con la minimización del derecho penal y la Justicia Restaurativa, pasando por diferentes enfoques en este proceso.

Como método de análisis se ha preferido el uso de un método empírico para lograr los fines de la investigación, debido a que está orientada a consecuencias, guiándose a la toma de decisiones para el futuro, buscando ser propositiva e invitar a la creación de ideas para la solución de la problemática contemporánea de la maximización del derecho penal; del hecho de haber olvidado su característica básica como *última ratio* y convertirlo en un aliado de ideales políticos en lugar de respetarle como una fuente independiente de justicia.

Y de esta forma, volviendo a concretar el tema en su contenido, tal y como se planteaba anteriormente, la reunión de diversos factores configura el caos que se vive en la actualidad, el cual parece no tener una salida clara ni efectiva. De este tema se ocupará el primer capítulo de esta investigación, llevando al lector a plantearse la verdadera

función de las penas para el derecho y la justicia en la teoría del derecho penal, reseñando diversas visiones acerca de los fines de la pena, y añadiendo un estudio acerca de cómo está siendo administrada en la actualidad colombiana. Seguidamente, se da luces para reconocer el minimalismo penal como una opción ante los atropellos a los Derechos Humanos de las personas involucradas en un delito.

Para ello se enunciarán los discursos legitimantes de la pena, viendo un resumen de las teorías absolutas, relativas y mixtas de la pena, pasando por autores como KANT, BENTHAM, FEUERBACH, JAKOBS, LISZT y ROXIN, entre los más representativos en cada una de las teorías. De esta manera se empieza a adentrar al lector en un análisis acerca de la función de la pena privativa de la libertad, partiendo de la crítica que se puede obtener luego de haber examinado los anteriores supuestos teóricos.

En el desarrollo del análisis, la investigación da cuenta de la ejecución de la pena en la ley colombiana y, por supuesto, cómo esto se ve en la realidad, todo por medio de datos estadísticos acerca de las instituciones carcelarias, a partir de lo cual se puede evidenciar que hay claras contradicciones que van en detrimento del orden constitucional. El ejercicio insuficiente y poco garantista de la administración de justicia lleva a que, dentro de los procesos penales, el Estado esté más preocupado por imponer penas ejemplares y castigos vacíos que realmente por acercar a los involucrados y a la comunidad a una justicia verdadera. No se incluye a todas las partes de igual manera en el proceso, lo cual constituye una clara deficiencia. Por tanto, se plantea la opción de implementar un derecho penal mínimo como posible alternativa para la mejoría del sistema.

De esta manera, en el segundo capítulo se analiza la figura de la víctima y del victimario desde diversas disciplinas. Inicialmente se expondrá lo establecido en el Código de Procedimiento Penal y la Ley de Justicia y Paz para caracterizar a la víctima, y seguidamente se desarrollarán las visiones históricas acerca de la misma en la doctrina, entre ellas, las de HENTIG y MENDELSOHN, primeros en analizar el tema del papel de la víctima como protagonista de la acción delictiva, aunque de una manera muy diferente a la actual, pues se le atribuye culpabilidad dentro del mismo acto.

Introducción

Luego se entrará a desarrollar la manera en la que hoy en día se defiende la posición de la víctima y se trata de reivindicarla para garantizar sus derechos y repararla por el mal sufrido. En la explicación de sus derechos se dará una mirada a los instrumentos internacionales que apoyan su defensa y realización material en el marco del Estado Social de Derecho. Se examinará posteriormente el ámbito interno, describiendo el rol de la víctima dentro del proceso penal, primero estableciendo los elementos jurídicos que les definen y, segundo, mirando hacia la realidad: la víctima no recibe una digna reparación[5] ni se le invita al perdón, no se le cumplen las garantías prometidas por los entes estatales[6]y, además, se le desfigura la imagen de la justicia haciéndole creer que es la pena privativa de la libertad la única que puede hacer pagar al victimario.

En un siguiente aparte se tocará la figura del victimario, quien, por su parte, es generalmente privado de su libertad, llevándole a un espacio en el que sus Derechos Humanos son irrespetados por la existencia de una política criminal que está constituida con base en un sistema carcelario deficiente, y que no tiene una visión integral del respeto de la dignidad humana; y la comunidad se ve consternada y confundida al estar dentro de un sistema jurídico penal que no maneja el castigo de manera uniforme, y se le involucra apenas desde un punto de vista exterior, sin hacerle partícipe directa para que contribuya a soluciones útiles al ser también afectada por la comisión de un delito.

---

[5] PULZO. Las víctimas del conflicto armado en Colombia están mal contadas, mal informadas y mal reparadas. Abril 25 de 2015. Disponible en: < http://www.pulzo.com/nacion/las-victimas-del-conflicto-en-colombia-estan-mal-contadas-mal-informadas-y-mal/330846>

[6] EL PAÍS. Víctimas de violencia en Buenaventura reclaman más atención de las autoridades. Diciembre 3 de 2014. Disponible en: < http://www.elpais.com.co/elpais/judicial/noticias/victimas-buenaventura-inconformes-por-falta-respuesta-autoridades>

Asimismo, se ampliará la vista teórica acerca de la figura del victimario, para lo cual se acudirá a la dar una brevísima descripción del desarrollo histórico de la misma, desde la criminología tradicional con el estudio enfocado del delincuente, y luego en la criminología contemporánea, que practica sus estudios sobre el proceso de criminalización. Por último, se enunciarán normas en el ámbito internacional que contribuyen a la protección de las garantías del victimario y se presentará el sistema progresivo penitenciario, el cual es la forma de tratamiento penitenciario establecida en nuestro país para la correcta resocialización del individuo.

Al considerar que actualmente este es el panorama colombiano, se debe propender por hallar una solución que haga eficiente el aparato de justicia penal y no impacte negativamente en los derechos de las víctimas y victimarios de los delitos ni en la comunidad, pues, aunque el victimario ha cometido una acción reprochable, esto no constituye una razón para privarle de sus derechos más básicos. Es así como nace el tercer y último capítulo de esta investigación, el cual propone como modelo alternativo la Justicia Restaurativa, reseñando qué es, cómo funciona, qué marco legal nacional e internacional la establece, cómo se ha manejado y el porqué sería útil aplicarla en este contexto.

Básicamente, se establece cómo el ofensor, la víctima y la comunidad pueden unirse en un esfuerzo para solucionar las controversias surgidas al interior de la sociedad, en intentos autocompositivos para descongestionar la justicia penal y, a su vez, para sentirse con mayor valor en una comunidad participativa, dispuesta a tener en cuenta las opiniones de todos, método que produce una sensación de satisfacción y de utilidad de cada individuo al interior de los grupos, es decir, logra que las personas se sientan útiles y necesarias para la vida en su círculo social.

Finalmente, se describe una estructura primordial de funcionamiento de la Justicia Restaurativa, y se establecen los programas que existen dentro de la misma, es decir, las formas por medio de las cuales se ha venido aplicando, como la autocomposición, la mediación, las reuniones de reparación, los círculos de sentencias, la asistencia a la víctima y la asistencia al delincuente, entre otras y, nuevamente, se hace un enlace directo con el derecho penal mínimo, explicando al lector por qué la justicia restaurativa lograría establecerlo y volver a llevarlo a su estado ideal como *ultima ratio*.

Introducción

Así, se analiza la opción de la Justicia Restaurativa como un método de integración de la comunidad (sin dejar de reconocer el beneficio que conlleva para el Estado y para la administración de justicia) para que pueda actuar acorde con el rol que desempeñaron las partes dentro de la acción delictiva. Tanto víctima como victimario pueden lograr, por medio de los programas dispuestos dentro de la Justicia Restaurativa, conseguir sus objetivos sin acudir a la imposición necesaria de una pena privativa de la libertad, sino que pueden optar por buscar una respuesta por medio de la misma integración sin romper los lazos sociales ni crear impactos negativos, los cuales no tienen la vocación de ser necesarios y pueden ser evitados con un simple esfuerzo proveniente de una sociedad que cree en sí y se establece por medio de valores como la tolerancia, la verdad y el diálogo.

1. La función de la pena

A lo largo de la historia, las diferentes civilizaciones han usado la pena como un medio de control social, puesto que, frente a la diversidad de personas, a la cantidad de individuos, a las costumbres de cada sociedad y demás factores influyentes en el medio, se ha visto la necesidad de intervenir en la regulación de las relaciones sociales para hacer más llevadera la vida en comunidad. Es evidente que la manera en que esto se ha regulado ha cambiado dependiendo del momento de la humanidad y de las relaciones de poder existentes.

Tal como lo analiza FOUCAULT en su obra "Vigilar y castigar", en el antiguo régimen el castigo era básicamente una técnica de poder usada por el soberano, dirigida precisamente contra quien violaba la voluntad de éste. Así, el castigo era la forma establecida para manifestar públicamente el poder[7].

Es así como en la presente investigación se ofrece, en primer lugar, un breve análisis sobre cómo la pena ha tomado poder dentro de la sociedad para luego, formalmente, formarse sobre ella el sistema del Derecho penal, aproximadamente desde el siglo XVIII, cuando el régimen absolutista decayó y poco a poco empezaron a reconocerse derechos para las personas. Es necesario saber sobre la base de la existencia de la pena para conocer sus avances o sus retrocesos, y asimismo poder tomar partida al conocer la situación actual tanto teórica como legal y social.

El hecho de que la pena exista tal como actualmente se conforma, de que esté tan inmersa dentro de la conciencia social y se haya convertido en una parte de la lógica del

---

[7] FOUCAULT, Michel. Vigilar y castigar. 27ª edición. México: Siglo Veintiuno Editores, 1998. Traducción de Aurelio Garzón del Camino.

ser humano, a quien desde temprana edad se le impregna de la idea básica de que todo acto reprochable socialmente es razón suficiente para que el individuo actor reciba un castigo, desemboca en una proposición casi natural e intrínseca a las comunidades y a los seres que, dentro de ellas, se van formando con esta misma representación mental.

Es necesario analizar el tema más a fondo para conocer sus consecuencias tanto a corto como a largo plazo y poder iniciar a la sociedad en la toma de decisiones respecto del sistema penal actual, de las diversas penas y de su proporcionalidad, y del papel de los derechos humanos dentro de todo este universo.

De esta forma se puede proceder a definir quién es la víctima y quién es el victimario, y quienes son los directos interesados en la imposición de una pena o de una medida correctiva luego de haber sido cometida la conducta punible.

1.1 Discursos legitimantes de la pena

La pena, aquella palabra a la que las generaciones se han adaptado y que denota mentalmente la presencia de un criminal, una víctima y una cárcel, es un término básico del derecho penal. Casi que se puede decir que el derecho penal moderno gira en torno a la pena, tal como se observará a continuación con las teorías de varios doctrinantes.

La institución encargada de resolver, dirimir y controlar la conflictividad relacionada con el antes y el después del delito es el Estado. Es éste el encargado de controlar el "monopolio de la pena" desde el momento de su institucionalidad formal, el cual antes era conducido por las altas esferas del poder, no necesariamente estatal. Acorde con la opinión de ZAFFARONI, el poder punitivo es precisamente una herramienta que aumenta estos intereses burocráticos y verticaliza la sociedad, convirtiendo a las clases dominantes en castas que se resisten al cambio (a pesar de que este sea necesario) para no perder su condición como tal[8]. Es así como el Estado arrebata a las partes este poder punitivo y lo verticaliza, logrando manejarlo a voluntad propia.

[8] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La palabra de los muertos. Buenos Aires: Ediar, 2011.

Con el paso del tiempo y a través del principio de legalidad[9], cuidadosamente introducido en la doctrina penal en los inicios del humanismo, se condicionó que el ciudadano no puede ser penado por un delito que no conste en ley previa al hecho, lo cual produce la seguridad de que no habrá alguna autoridad magnánima que juzgue o procese de manera arbitraria a ninguna persona.

Así, la ley penal es concebida en su manejo, creación, modificación y demás a los diferentes Estados (teniendo en cuenta sus claros límites dentro del principio de legalidad), dentro del poder que los ciudadanos le han dado al mismo para la defensa de los derechos y control del cumplimiento de los deberes, como nos enseña la doctrina del Contrato social[10], y como es aceptado tácitamente hoy en día.

Es necesario establecer la pregunta sobre el uso de las penas y de la utilidad que tienen hoy en día en el sistema, tema que ha sido estudiado no sólo desde el derecho penal sino también desde la filosofía del Derecho.

1.1.1 La legitimación de la pena en la doctrina

A través de la doctrina en el derecho penal se han venido desarrollando conceptos y opiniones sobre los fines y las utilidades de la pena, los cuales han constituido fundamentos de gran importancia en la obra de muchos teóricos (como se verá a continuación), y han ayudado enormemente en la construcción de la teoría del delito y del desarrollo futuro del derecho penal, tanto en la teoría como en la práctica. Esto ha dado paso a mayores desarrollos en la teoría que alimentan el debate sobre la importancia de tener claro el fundamento de la pena como base misma de esta disciplina.

---

[9]Art. 29, Constitución política de Colombia: (…) nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

[10] Remitirse a ROUSSEAU, Jean-Jaqcues en su obra *"El contrato social".*

Así, en la doctrina del derecho penal se encuentran teorías absolutas y relativas de la pena. Las teorías absolutas defienden la idea de que la pena es sólo retribución, sin ninguna pretensión adicional y sin un fin más que su existencia misma[11], siguiendo una norma similar a la "ley del Talión". Históricamente, se encuentra el origen de estas teorías en autores como HEGEL y KANT, quienes se imponen contra la posición relativista que dominaba la época, en la que no se respetaba ni en sus más mínimas garantías al condenado[12]. Su postulado fundamental es la retribución del mal que se ha causado. La pena es un carácter absoluto; existe porque es un fin en sí misma y contribuye al logro de la justicia.

Así, en palabras de KANT en su obra "La metafísica de las costumbres":

> La ley penal es un imperativo categórico y ¡ay de aquél que se arrastra por las sinuosidades de la doctrina de la felicidad para encontrar algo que le exonere del castigo, o incluso solamente de un grado del mismo, por la ventaja que promete, siguiendo la divisa farisaica es mejor que un hombre muera a que perezca todo el pueblo! Porque si perece la justicia, carece ya de valor que vivan hombres sobre la tierra[13].

Otro concepto muy sobresaliente en la teoría absoluta es el de CARRARA, teórico de gran prestigio dentro del campo por ser uno de los principales pensadores del Derecho penal liberal clásico. CARRARA hace una de las primeras aproximaciones concretas sobre la finalidad de la pena, definiéndola como un "mal infligido por los Magistrados,

---

[11] MADRID FERNÁNDEZ, Salvador. De la utilidad de la pena. En Legaltoday. Disponible en: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/penal/de-la-utilidad-de-la-pena>

[12] "El surgimiento de las teorías absolutas puede explicarse, históricamente, como una reacción ideológica centrada en la revaloración del hombre -como tal y en sí mismo-y en la preocupación por la dignidad del condenado, frente a los abusos del antiguo régimen, de los primeros revolucionarios burgueses y en contra de las concepciones utilitaristas de la pena, muchas de ellas fundadas en el contrato social, propuestas por los penalistas de la Ilustración". Ejemplo máximo de esta concepción ilustrada y contractualista es la obra Beccaria, Cesare "*De los delitos y de las penas".*Por: DURÁN MIGLIARDI, Mario. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-43602011000100009&script=sci_arttext>

[13] KANT, Immanuel. La metafísica de las costumbres. Editorial Tecnos: Madrid. 2005.

conforme a la ley del Estado, a aquellos que han sido en debida forma reconocidos culpables de un delito[14]".

Refiere expresamente que la finalidad única de la pena es devolver el orden a la sociedad, lo cual no implica que se cumplan fines como la justicia, la reparación del daño o la intimidación de los individuos[15]. Estas ideas de rehabilitación y dictámenes humanistas no hacen parte de la realidad según la visión carrariana, puesto que se busca primordialmente es retornar al orden natural de la sociedad, el cual se ve resquebrajado con la comisión de cualquier acción delictiva.

En la teoría contemporánea, autores como SIERRA y SALVADOR CANTARO argumentan que las teorías absolutas están de acuerdo con el uso de la pena para los delitos que se demuestran haber sido cometidos con culpabilidad[16]. La pena sólo será guiada por el valor que para la sociedad tiene la justicia, y será legítima solamente si contiene ésta característica, aunque carezca de utilidad. A su favor se argumenta que no se usa la intimidación como un fin para la prevención del delito, es decir, no se está usando al ser humano como medio para conseguir los fines del derecho penal.

Posteriormente surgen las teorías relativas, las cuales incluyen la fundamentación de la prevención general y especial, y como tal las ideas de resocialización y rehabilitación empiezan a tomar rumbo. Su fin fundamental es prevenir los delitos hacia futuro y por eso cuenta con este enfoque.

Sobre las teorías relativas (también llamadas utilitaristas), estas están ligadas necesariamente a la obtención de un fin, lo cual las hace radicalmente distintas a las teorías absolutas. Se basan en la prevención, sea general (intimidar a la sociedad para

[14]CARRARA, Francesco. Programa de Derecho criminal (Traducción: Octavio Béeche/Alberto Gallegos), Tomo II. No. 584. p. 6.
[15]Ibíd., No. 615. p. 31.
[16] SIERRA, Hugo Mario; SALVADOR CANTARO, Alejandro. Lecciones de Derecho Penal, Parte general. Bahía Blanca: Editorial de la Universidad Nacional del Sur, 2005. p. 47-49.

que evite la comisión de delitos) o especial (evitar que el individuo vuelva a cometer las acciones delictivas)[17].

Dentro de los doctrinantes de las teorías relativas se encuentra BENTHAM, padre del utilitarismo y que, por tanto, afirma que la pena tiene el fin básico de la corrección y la intimidación del criminal para poder reinsertarlo en la sociedad, ya que no debe limitarse a ser un castigo sin utilidad, lo cual carecería de lógica y significaría un desgaste para el funcionamiento correcto de la sociedad[18]. Uno de los fines fundamentales de la pena debe ser la prevención general, modo en el que ésta se haría más productiva al extenderse los efectos de temor hacia la misma y buscar reflexividad en el potencial delincuente.

Respecto a la prevención general, se encuentra una vertiente negativa y una positiva. La negativa está desarrollada por FEUERBACH, que apoya la idea de que la pena debe seguir obligatoriamente al delito para cumplir efectivamente su función preventiva, intimidando a la sociedad de manera que esta esté convencida de que recibirá una aprehensión física o psicológica por medio de una sanción legal si se delinque[19]. Por su parte, la vertiente positiva está desarrollada principalmente por JAKOBS, y se basa fundamentalmente en alentar las expectativas de cumplimiento de la norma penal para hacer menos frecuente la comisión de delitos. "Se asigna al derecho penal la función de garantía de las expectativas sociales esenciales frente a las conductas que cuestionan la vigencia de la norma penal, en otras palabras, la finalidad de confirmar la confianza en la vigencia de las normas pese a su ocasional infracción[20]".

---

[17]SIERRA, Hugo Mario; SALVADOR CANTARO, Alejandro. Lecciones de Derecho Penal, Parte general. Bahía Blanca: Editorial de la Universidad Nacional del Sur, 2005. p. 49.

[18] Referirse a la obra de Jeremy Bentham *Teoría de las penas y las recompensas*, publicada en 1811.

[19]VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter.Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, 1799. Citado por CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Culpabilidad e imprudencia. Madrid : Centro de publicaciones Ministerio de justicia, 1990. p. 36.

[20] JAKOBS, Günter. Culpabilidad y prevención. Estudios de derecho penal. Traducción de Carlos Suárez Gonzales del texto en alemán «SchuldundPrävention», Tübingen, 1976. Madrid: UAM-Civitas, 1997, p. 79. Citado en: MONTOYA VIVANCO, Yván. La justificación del derecho penal en Jakobs y sus consecuencias en el ejercicio de la potestad jurisdiccional en un Estado constitucional. Disponible en: <dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5085114.pdf>

Por otra parte, está la prevención especial. Básicamente se encuentra soportada en la idea de convencer al sujeto que ya ha delinquido de que no vuelva a cometer delito alguno, sin reparar en ningún momento en circunstancias relativas a la acción ya sucedida y, fundamentalmente, que esté dirigida en esencia a un fin de resocialización para el individuo. Uno de sus mayores representantes es LISZT, quien no se orienta hacia una finalidad retributiva de la pena sino esencialmente hacia la adecuación a un fin:

> La pena correcta, es decir, la pena justa, es la pena necesaria. Justicia en Derecho penal quiere decir respeto a la magnitud de pena exigida por la idea de fin. Así como la pena jurídica nació como autolimitación del poder estatal por la objetivación, llega a su máxima perfección por la perfección de la objetivación. La completa vinculación del poder estatal a la idea de fin es el ideal de la justicia punitiva[21].

Finalmente surgen las teorías mixtas, que tratan de conciliar ambos términos para retirarlos de puntos extremos. También conocidas como teorías de la unión, éstas hacen un intento por reunir en sí la importancia de la retribución y de la prevención, legitimando la pena sólo cuando es generada por medio de justicia y, a su vez, cuando tiene una utilidad. Así, se tiene que entrar a resolver problemas cuando la justicia y la utilidad chocan, usando métodos para ponderar entre uno y otro postulado.

Uno de los mayores representantes de esta teoría, que fundamentalmente se ha desarrollado dentro del derecho penal contemporáneo es ROXIN, quien consciente de las críticas a la teoría de la pena como tal, aboga por una idea más yuxtapuesta. Básicamente nos dice que "el derecho penal se enfrenta al individuo de tres maneras: amenazando, imponiendo y ejecutando penas; y que esas tres esferas de actividad estatal necesitan de justificación cada una por separado[22]"; es necesaria la prevención tanto como la resocialización, y todo debe estar guiado por el principio de la justicia en la actuación estatal.

---

[21] VON LISZT, Franz. La idea de fin en el Derecho penal. México, D.F.: Instituto de investigaciones jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, 1994. p. 106.
[22] ROXIN, Claus. Problemas Básicos del Derecho Penal. Traducción de Diego Manuel Luzon Peña. Madrid: Editorial Reus, 1976. p. 20.

Es dado admitir que la pena es una cuestión que siempre implica un sufrimiento y un mal para la persona que ha cometido el delito. Y como es normal, la pena por excelencia en la sociedad contemporánea es la pena privativa de la libertad. En la actualidad, existe una sociedad 'esquizofrénica', que busca seguridad de cualquier manera que se presente como probable para mantenerla lejos de los atropellos a la persona humana en cualquiera de sus ámbitos. Así, con el pasar del tiempo, el ser humano ha llegado a convencerse a sí mismo de que el único medio posible para hallar esta seguridad es mantener al criminal aislado, donde ya no pueda delinquir más, aunque aun así sea ésta (la cárcel) una medida que cada vez se nos muestra más ineficiente y torna la sociedad como un espacio mucho más peligroso e insano.

A finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIV la prisión se convirtió en la sanción penal oficial debido a que podía conjugarse dentro de esta misma institución la escuela, la fábrica y el cuartel, lo cual le daba vida a la misma bajo el poder de la burguesía como poder dominante, específicamente tratándose de lo relativo al control político y disciplinario, los cuales eran necesarios para el mantenimiento de dicha clase social[23]. Así se alimentaba una supuesta seguridad ciudadana en sus más tempranos albores institucionales, y se promulgaba el poder político burgués.

A propósito, comenta DURÁN que el hecho de detenernos en la actualidad a analizar y revisar las justificaciones del derecho penal no debe concluir en una revisión de lo dicho anteriormente, sino en una mirada actual y a la posterioridad de lo que marca la doctrina del esta disciplina. Igualmente, nos dice que en primer lugar, la pena está cabalmente constituida "como un mal, como una lesión o restricción de derechos o bienes jurídicos, respecto de aquel sujeto que supuestamente ha cometido algún delito y se le pretende imputar su responsabilidad jurídico-penal[24]".

En este sentido, GÓMEZ GRILLO refiere la opinión de GAROFALO respecto al cambio de carácter de la prisión de "recurso preventivo" a acción de "finalidad represiva o

[23]SANDOVAL HUERTAS, Emiro. Penología. Ediciones Jurídicas. Colombia, 1998. p. 965.
[24] DURÁN, Mario. Justificación y legitimación político-criminal de la pena. Concepto, criterios y orientaciones en la actual jurisprudencia nacional. Revista Política criminal, Volumen 4, número 8. Diciembre de 2009. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v4n8/art01.pdf>

educativa": "primero, la idea de que la privación de la libertad es un dolor que todos sentimos de igual modo; luego, la de que la civilización no puede tolerar ya los castigos corporales y, por último, la necesidad de igualdad y simetría en todas las cosas. Todo esto acabó dando preferencia a esta clase de penas, susceptible de ser graduadas y divididas casi hasta el infinito[25]". Se puede entonces afirmar que, una de las razones para preferir la pena privativa de la libertad como castigo ha sido su practicidad, ya que es un medio que fácilmente tolera cualquier graduación, a diferencia de otros como la pena de muerte.

Es necesario ver la prisión desde las diferentes perspectivas existentes, que son resumidas por GÓMEZ GRILLO en "El problema de la prisión", las cuales fueron apiladas por LANDREVILLE en torno a tres grupos: el reformismo, el reductivismo y el abolicionismo[26].

- Reformismo: la prisión sí encarna la posibilidad de rehabilitación del delincuente. Los argumentos de quienes comparten esta perspectiva respecto al fracaso de la prisión se sustentan en los pocos recursos que el Estado ha invertido en esta institución. Mas, en sí, la prisión es un ambiente propicio para el pago de una pena; la privación de la libertad es una pena adecuada y con una asignación y administración de recursos adecuada se pueden lograr los fines propuestos por la misma.

- Reduccionismo[27]: quienes apoyan el enfoque reduccionista, fundamentalmente propenden por un uso mínimo de la prisión, dejando su uso exclusivamente para aquellos criminales a quienes se asignen penas muy largas o, en definitiva, tengan que ser neutralizados. Por otra parte, están los reduccionistas que tienen la perspectiva de que es necesaria la reducción de las penas privativas de la libertad.

---

[25] GÓMEZ GRILLO, Elio. El problema de la prisión. Resumen de una conferencia dictada en el VI seminario oriental sobre ciencias del delito celebrado en Lecherías, Edo. Anzoátegui, del 1 al 5 de noviembre de 1978.
[26] Ibíd.
[27] Es este el enfoque teórico que, respecto a la prisión, usan los autores del minimalismo, el cual se estudiará más adelante.

- Abolicionismo: es una posición irreconciliable entre la prisión y la sociedad, pues esta pena no tiene ninguna contraprestación positiva y debe ser necesariamente eliminada. "Se toma como modelo la prisión abierta, la cual supone el autogobierno, la ausencia de muros y de carceleros armados. Es como el eslabón perdido entre la vieja cárcel derrotada por fracasada y la no-cárcel, que será la situación penológica del futuro"[28].

El motivo por el cual la pena privativa de la libertad es aceptada generalmente en la población, es porque responde a un modelo proteccionista que opta por retirar de la actuación social a quien ha infringido las leyes penales, considerándolo directa o indirectamente como un sujeto desviado e indigno de vivir su libertad en sociedad: un traidor que tiene que ser separado de la sociedad.

Esto es evidencia de que los organismos de poder han encontrado este método como justo, pero sin ver las secuelas que tiene hacia futuro; sin analizar conjuntamente todos los elementos consecuenciales de la aplicación de la pena. Aunque la población tiene referencia de las pésimas condiciones de vida, el hacinamiento carcelario y la deplorable situación en la que viven los reclusos, implícitamente se opta por una política criminal orientada al reformismo, pues admitir el fracaso de la prisión y empezar a buscar otras medidas puede significar un movimiento sumamente arriesgado.

Transformar el estado de cosas y proponer nuevas opciones significaría un liberalismo poco prometedor porque encarna menor poder coercitivo del Estado y, consecuentemente, menor control por su parte. Es evidente que defender principios de corte liberal, garantías constitucionales y la intervención mínima del sistema penal no es nada fácil en las condiciones de inseguridad en que vive la sociedad actualmente, pues siempre se espera que el Derecho penal use su brazo represor para proteger a la comunidad. Aun así, tal como lo expresa LARRAURI PIJOAN, la criminología tiene que estar basada en valores progresistas, de solidaridad y de inclusión social, pensando más

[28] GÓMEZ GRILLO, Elio. El problema de la prisión. Resumen de una conferencia dictada en el VI seminario oriental sobre ciencias del delito celebrado en Lecherías, Edo. Anzoátegui, del 1 al 5 de noviembre de 1978.

en un uso mínimo del derecho penal, en lugar de pensar que es el primer medio al que se debe acudir[29].

La problemática que atrae todo lo anterior se desprende precisamente del análisis de los beneficios y perjuicios que la institución de la pena confiere en la temporalidad, sobre todo viéndolo a largo plazo. La sociedad paga un enorme precio con la imposición de una pena; es el instrumento más catastrófico, más inhumano y menos elaborado para retener el crimen y mitigar sus efectos. En toda su historia, la pena no ha logrado demostrar que ostente una verdadera capacidad para resolver los conflictos que se desprenden de la existencia del delito[30]. Cabe resaltar la pertinencia de lo dicho por HENTIG sobre la pena de prisión:

> …había sido el nuevo gran invento social, intimidando siempre, corrigiendo a menudo; debía hacer retroceder al delito, acaso derrotarlo, en todo caso, encerrarlo entre muros (…) a pesar de campos de deportes, escuelas y salas de trabajo, no hemos ido más allá de la custodia mecánica, nunca se han aplicado suficientes recursos humanos ni bastante dinero para experimentar una terapia más seria y consistente (…) nos hemos conformado con el aislamiento del mundo exterior. No hay mejor prueba de esta concepción, que la importancia tremenda que le atribuimos a la fuga de un penado, aunque este suceso, nacido del impulso de libertad, haga peligrar nuestra seguridad menos que la liberación de criminales sin corregir, que incluso acaso se han vuelto más peligrosos[31].

Es válida la analogía hecha por SANDOVAL HUERTAS entre el médico y el ejecutor de penas. El primero tiene como objetivo eliminar la enfermedad, pero no modificar las condiciones específicas que pudieron haber llevado al paciente a sufrir dicho mal. El segundo, por su parte, tampoco tiene un interés en modificar las condiciones que han llevado al individuo a delinquir, sino se preocupa básicamente por el tratamiento del

---

[29] LARRAURI PIJOAN, Elena. La economía política del castigo. Revista electrónica de ciencia penal y criminología. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-06.pdf>

[30] LEYVA ESTUPIÑÁN, Manuel Alberto; LUGO ARTEAGA, Larisbel. El derecho penal mínimo y el bien jurídico. Disponible en: <www.alfonsozambrano.com/principio/pr-dpenal_bienjuridico.doc>

[31] GÓMEZ GRILLO, Elio. El problema de la prisión. Resumen de una conferencia dictada en el VI seminario oriental sobre ciencias del delito celebrado en Lecherías, Edo. Anzoátegui, del 1 al 5 de noviembre de 1978.

sentenciado[32]. Ambos dejan de lado el contexto en que se han adquirido las anomalías, sus causas y las consecuencias que determinado tratamiento puede tener a futuro. Su objetivo fundamental es neutralizar una 'enfermedad' en el presente, pero no darle un fin contundente a la misma.

La política criminal actual está enfocada en el uso de la pena, ignorando medios de control social que puedan ser más válidos o igualmente eficaces. A pesar de saber que se ha demostrado la poca eficacia del sistema (pues se criminaliza más y se encarcela más), se sigue recayendo en la misma fórmula, y lamentablemente la fe en la prisión es cada vez mayor, paradójicamente[33].

Como tal, la pena privativa de la libertad es una medida rápida y satisfactoria a tiempo presente, en conclusión. La comisión de cualquier crimen se ve mitigada cuando la víctima encuentra a su victimario en una cárcel. El individuo no puede obtener nada más allá de una 'venganza' al ver a su ofensor privado de la libertad; el victimario, al salir de aquel lugar, queda completamente destruido y su vida cambia de manera radical a partir de estos sucesos, como se verá con detalle en el capítulo posterior.

1.1.2 En la ley colombiana

Es necesario conocer el concepto que actualmente tiene nuestra ley en el tenor literal acerca de la pena y de sus funciones, para lograr obtener una comparación objetiva sobre el deber y el ser.

El Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000, reglamenta respecto a la pena, en sus artículos 3 y 4, sus principios y sus funciones[34]. En principio, establece que la cualquier

---

[32]SANDOVAL HUERTAS, Emiro. Penología. Ediciones Jurídicas. Colombia, 1998. p. 965.
[33]SANZ MULAS, Nieves. La validez del sistema penal actual frente a los retos de la nueva sociedad. Publicado en: DÍAZ-SANTOS, DIEGO y CAPARRÓS,FABÍAN. *El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad.* Madrid: Colex, 2003, pp. 9 y ss.
[34]Ley 599 de 2000, *Artículo 3°. Principios de las sanciones penales*. La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.
El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan.

pena siempre debe estar guiada por la necesidad, la proporcionalidad y la razonabilidad, es decir, si una pena excede estos parámetros, estaría siendo injusta. Respecto a sus funciones, se refiere a la prevención general de las acciones delictivas, la retribución justa de los males ocasionados, la reinserción social de la persona que ha cometido el delito y la protección de la misma.

Por su parte, la Ley 65 de 1993, Código penitenciario y carcelario, refuerza también las ideas del Código Penal respecto a las funciones y finalidad de las medidas de seguridad en su artículo 9[35], en el cual establece su función de protección para el individuo que cumple la pena, la prevención de otros delitos y su correcta resocialización en el momento en que vuelva a la vida en sociedad. Asimismo, indica que la medida de seguridad está orientada a la persecución de otros fines, los cuales son la curación, la tutela y la rehabilitación.

El documento CONPES 2797 del 19 de julio de 1995, expresa que la pena busca desafiar la criminalidad por medio de políticas que tienen su base en la comprensión, y que se basan en los principios de prevención, represión y resocialización. Concluye a su vez que el Estado no tiene por fin simplemente castigar o condenar a los individuos que han cometido crímenes, sino que su objetivo fundamental se encuentra en aplicar escenarios en los que puedan superarse estas situaciones por medio de principios como la legalidad y, esencialmente, sin faltar el respeto a la dignidad humana como derecho fundamental y pedestal del ordenamiento jurídico penal y constitucional en general. Se hace énfasis en el reconocimiento y la tutela de los derechos a favor de las personas internas en centros de reclusión, y en que su fin básico es la rehabilitación[36].

Ley 599 de 2000, *Artículo 4°. Funciones de la pena*. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.
La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

[35]Ley 65 de 1993, *Artículo 9o. Funciones y finalidad de la pena y de las medidas de seguridad.* La pena tiene función protectora y preventiva, pero su fin fundamental es la resocialización. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación.

[36] REPÚBLICA DE COLOMBIA, Departamento nacional de planeación. Política penitenciaria y carcelaria. Documento CONPES 2797, Ministerio de Justicia, Ministerio de Hacienda y crédito público. DNP, Bogotá. 1995.

Es tal lo que se reconoce como el "tratamiento penitenciario[37]", y su finalidad se encuentra plasmada en el artículo 10 del Código penitenciario y carcelario[38], en el cual se dice que el objeto de este es lograr resocializar a quien ha cometido un delito, con ayuda de medios como el trabajo, el estudio, la formación en actividades culturales y deportivas e incorporando también la recreación y la espiritualidad. Todo lo anterior con el fin de hacer más adecuada y llevadera la vida de las personas que han sido condenadas y ahora cumplen su pena en prisión; para recordar a las autoridades y a la ciudadanía que los reclusos nunca pierden su integridad y calificación como personas y ciudadanos, y siempre se debe propender por conseguir un bien para ellos, el cual, en este caso, es la resocialización por medio de la pena privativa de la libertad, para lo cual se establece el sistema progresivo penitenciario como metodología de tratamiento carcelario, tal como se verá más adelante.

Se puede apreciar que los instrumentos legales en nuestro país se describen como muy garantistas al respecto, proponiendo la necesidad primera de la resocialización para todo aquel que reciba una pena privativa de la libertad. Se puede concluir entonces que la persona que pasa por la prisión, al haber sido víctima de un encierro durante un tiempo considerable como castigo por la comisión de un delito, a su vez está bajo la tutela del Estado, que se compromete a rehabilitar a la persona para que pueda volver a la sociedad como un individuo que no sea motivo de peligro para sus pares; como una persona que pueda reintegrarse a la vida civil, retomar su entorno familiar y continuar alejado de la delincuencia.

1.1.3 En la realidad

---

[37] REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-286/11. M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub. *"Se entiende por Tratamiento Penitenciario el conjunto de mecanismos de construcción grupal e individual, tendientes a influir en la condición de las personas, mediante el aprovechamiento del tiempo de condena como oportunidades, para que puedan construir y llevar a cabo su propio proyecto de vida, de manera tal que logren competencias para integrarse a la comunidad como seres creativos, productivos, autogestionarios, una vez recuperen su libertad. Dando cumplimiento al Objetivo del Tratamiento de preparar al condenado(a) mediante su resocialización para la vida en libertad (…)"*

[38] Ley 65 de 1993, *Artículo 10. Finalidad del tratamiento penitenciario.* El tratamiento penitenciario tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario.

En la actualidad, y, lo más importante, en el panorama de la vida cotidiana, se observa que la teoría no se encuentra reflejada en su totalidad, ni en una buena parte siquiera. La prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y la protección al condenado son rimbombantes enunciados legales que enuncian lo que el legislador quiere que sea la realidad, mas no lo garantiza mediante la creación de condiciones que lleven a ello, ni tampoco se esfuerza mayormente por cambiarlo.

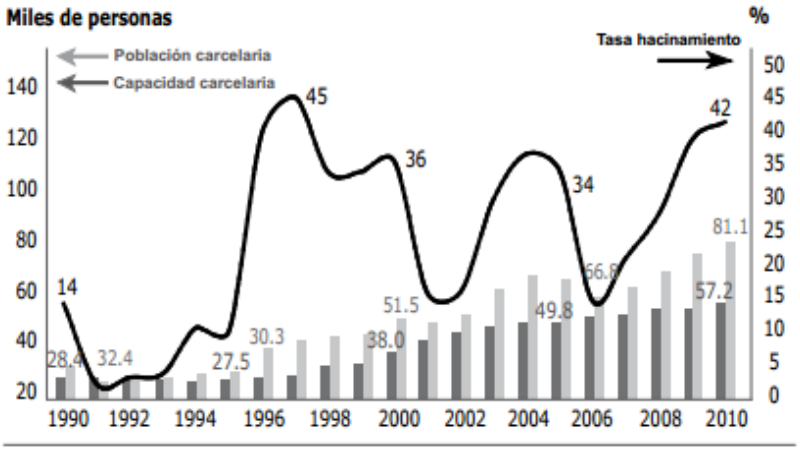
Es, por ejemplo, la situación del hacinamiento carcelario hoy en día en nuestro país. La sentencia T-153/98 declara este hecho como un estado de cosas inconstitucional, reconociendo que este contexto constituye una flagrante violación de múltiples derechos fundamentales de los reclusos. Al respecto, una de las soluciones que daes, resumidamente, ordenar que se construyan más cárceles[39], respuesta que es totalmente contraria y desfavorable a un sistema saludable de política criminal: "Es imprescindible, en este ámbito, rescatar el papel activo del Estado en la protección de los derechos humanos: no se puede limitar a no irrespetarlos —aunque con la cárcel, por lo general, lo hace—sino que, además, debe proveer las condiciones para que se puedan ejercer plenamente[40]".

Y, con el paso del tiempo, se ven los resultados en el gráfico 1-1, según el INPEC y el Ministerio de Defensa- planeación estadística, para el año 2011.

[39] Para más detalles referirse a la sentencia T-153/98, de la Corte Constitucional de Colombia. M.P. Eduardo Cifuentes.

[40] CHINCHILLA CALDERÓN, Rosaura; LINARES OROZCO, Éricka. Penas alternativas a la prisión. ¿Menos cárcel o más control social? (análisis del proyecto de código penal). Revista de ciencias penales. Edición 15, octubre de 2003.

Gráfico 1-1: Situación carcelaria[41]



Después del año 1998, se encuentra un pequeño lapso en que el hacinamiento carcelario pasa de una tasa del 35%, tiene un ligero aumento hasta el año 1999, hacia el 36%; disminuye entre los años 2000 y 2001 a un 15% y, de nuevo, en el 2004, vuelve al 35%. En conclusión, la solución de 'hacer más cárceles' no fue precisamente la más indicada. Hacer más cárceles es una solución superflua y pasajera, que da un alivio momentáneo y, lamentablemente, al existir más establecimientos de reclusión, se da paso a que haya más reclusos. Puede esta ser una de las razones por las cuales, al año 2010, la tasa de hacinamiento haya llegado a un 42%.

Respecto a tal problema, ESCALANTE BARRETO indica que a junio de 2014 se tenían destinados 76.519 cupos y la población recluida pasó de 51.518 a 117.510 individuos, lo que representa un sobrecupo de 40.991 personas. Comenta que las condiciones de "depósito social" en las que se ven los individuos constituyen un evidente deterioro para

[41] CLAVIJO, Sergio. Costos y eficiencia de la rama judicial en Colombia: políticas de choque operativo. Bogotá: Editorial Anif- Asociación Nacional de Instituciones Financieras, 2011. Disponible en: <http://anif.co/sites/default/files/uploads/LIBROJUSTICIA-11.pdf>

la salud en general de los reclusos, convirtiéndose la prisión en un mecanismo contraproducente, de ninguna manera destinado al ideal de disciplina y resocialización[42].

La cuestión del hacinamiento no puede parecer extraña puesto que, pese a que la parte general del Código Penal Colombiano cuenta con varias respuestas punitivas para castigar las infracciones (privativa de la libertad, pecuniaria y privativas de otros derechos), en realidad, en la parte especial del Código la mayoría de delitos se castigan con pena de prisión; con prisión y multa; con prisión e inhabilitación, o incluso, con prisión, multa e inhabilitación[43].

Posteriormente, con la sentencia T-388⁄13 se requiere un análisis independiente del realizado en el año 1998, después del cual se llega a la conclusión de que nuevamente se hay un estado de cosas abiertamente opuesto al orden constitucional, existiendo condiciones de desconocimiento de la dignidad humana de los sujetos privados de la libertad, situación que se reviste de enorme gravedad por ser esta uno de los principios fundantes de nuestra nación[44].

Esta sentencia reconoce un panorama absolutamente decepcionante. No se logran los objetivos requeridos en la sentencia T-153/98, el hacinamiento se agrava y la sobrepoblación carcelaria hace que la violación de derechos humanos se multiplique, creando un espectáculo desolador. Así como dice en su literalidad:

> La violencia al interior de las prisiones es un asunto que compete a muchos sistemas penitenciarios y carcelarios en el mundo, pero en especial a aquellos que se encuentran en situación de hacinamiento. La sobrepoblación carcelaria, por sí misma, propicia la violencia. El hacinamiento penitenciario y carcelario lleva a la escasez de los bienes y servicios más básicos al interior de las cárceles, como un lugar para

---

[42] ESCALANTE BARRETO, Estanislao. Atrapados en las rejas del sistema penal. UN periódico. Agosto 9 de 2014. Disponible en: <http://www.unperiodico.unal.edu.co/dper/article/atrapados-en-las-rejas-del-sistema-penal.html>

[43] SANZ MULAS, Nieves. España y Colombia. Alternativas a la prisión. Madrid: Colex, 2000.

[44] Para más detalles remitirse a la sentencia T-388/13, de la Corte Constitucional de Colombia. M.P. María Victoria Calle Correa.

> dormir. Esto lleva a que la corrupción y la necesidad generen un mercado ilegal, alterno, en el cual se negocian esos bienes básicos escasos que el Estado debería garantizar a una persona, especialmente por el hecho de estar privada de la libertad bajo su control y sujeción (…) Conseguir un buen lugar en un pasillo tiene sus costos; conseguir una celda es prácticamente imposible, sobre todo por su altísimo valor. Diferentes analistas de la realidad nacional, en diversos medios de comunicación, han puesto de presente su opinión al respecto. Son voces que coinciden en la gravedad de la crisis carcelaria y de su impacto sobre la dignidad humana y los derechos humanos. Ha sido calificada, entre otros términos, de "insostenible". Por ejemplo, las condiciones de extorsión y chantaje, generan recursos que, en el contexto del conflicto armado, se convierten en un botín de guerra[45].

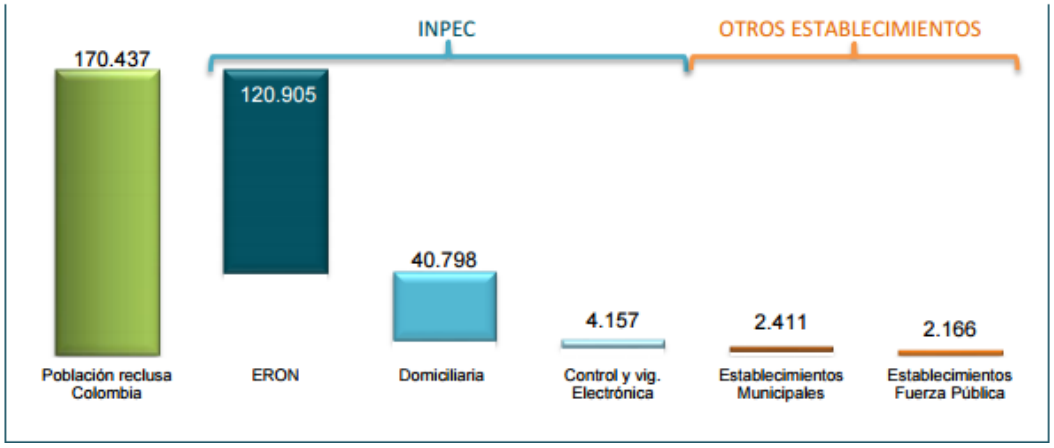
Siguiendo esta línea, la sentencia T-762/15 resalta que «la política criminal colombiana necesita con urgencia crear y fortalecer los precarios sistemas de información sobre la criminalidad y sus dinámicas, para poder presentar propuestas que retroalimenten las diversas respuestas institucionales a los fenómenos criminales[46]», razón por la cual la situación carcelaria no presenta signos de mejoría, y a su vez no es posible pensar en alternativas para crear sistemas eficientes para el control de la criminalidad.

Así, para junio del año 2015 se encuentra que la situación sigue sin repararse. Según informe del INPEC, la población reclusa en Colombia para esta fecha es en total de 170.437 personas, encontrándose un 72.9% en los establecimientos de reclusión del orden nacional, un 24.6% en prisión domiciliaria, y un 2.5% están bajo sistemas de control y vigilancia electrónica. En otros establecimientos (municipales y de la Fuerza Pública) hay un total de 2.7%.

---

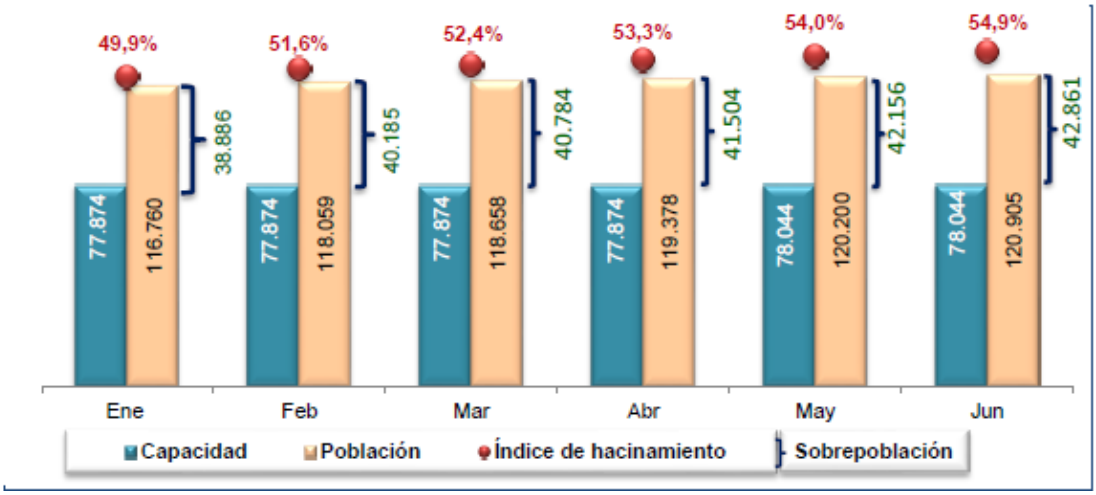
[45] REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-388/13. M.P. María Victoria Calle Correa.
[46] REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-762/15. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Gráfico 1-2: Población reclusa en Colombia en Junio de 2015[47]



Analizando nuevamente la tasa de hacinamiento, para el mes de junio de 2015 se ha llegado a un 54.4%, representado en una cantidad de 42.861 personas que configuran el índice de sobrepoblación carcelaria e intramural a cargo del INPEC para el actual momento.

Gráfico 1-3: Comportamiento de la población reclusa en el año 2015[48]



[47] Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC). Informe estadístico junio 2015. Disponible en: <http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/Inpec/Institucion/Estad%EDsticas/Estadisticas/Informes%20y%20Boletines%20Estad%EDsticos/INFORME%20JUNIO%202015_0.pdf>

[48] Ibíd.

Es evidente que la cárcel es un método injustificado y no goza de un apoyo real acorde con los avances de la civilización. La excusa de la defensa social era aplicada en la época del fascismo y el estalinismo, lo cual, aparentemente, ya está superado[49]. Aun así, el sistema no logra entender que la cárcel no es un método adecuado[50]. Aunque las teorías absolutas de la pena se dicen ya superadas, la sociedad parece estar inmersa aun en un puro retribucionismo que, a pesar de mutar con el tiempo, sigue siendo el mismo en su esencia y, para completar aquel estado ya preocupante, se suma la extrema manía legal de crear cada vez más conductas ilegales y de castigarlas con pena de prisión.

CHRISTIE recalca en su obra *'La industria del control del delito ¿la nueva forma del holocausto?'* que la prisión no cumple con un control social real por el hecho de ser una institución selectiva (no todos los infractores de la ley son procesados y condenados por el sistema), clasista(ya que llegan a la cárcel básicamente personas de los estratos más bajos de la sociedad) y racista (hablándose en el contexto de los Estados Unidos, en donde clases minoritarias como las negritudes e inmigrantes latinos son blanco especial de las autoridades penales)[51]. Es también notorio que una de las características más comunes por las personas penalizadas es, precisamente, que vienen de los sectores más perjudicados por la sociedad, en lo que se conoce como la estrategia de la 'tolerancia cero[52]', donde se encuentra un Derecho penal que trata de justificar su maximización haciendo blanco de sus políticas a los desempleados, mendigos, prostitutas, inmigrantes y demás[53].

---

[49] BERGALLI, Roberto y RIVERA BEIRAS, Iñaki. Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas. Barcelona: Anthropos. pp. 107-154.

[50] Según lo dicho por el abogado Jorge Vicente Paladines Rodríguez, profesor de Sistemas Penales de la Universidad Andina Simón Bolívar, en diálogo con Infobae América. En: ¿para qué sirve la cárcel? Disponible en: <http://www.infobae.com/2014/05/24/1567148-para-que-sirve-la-carcel>

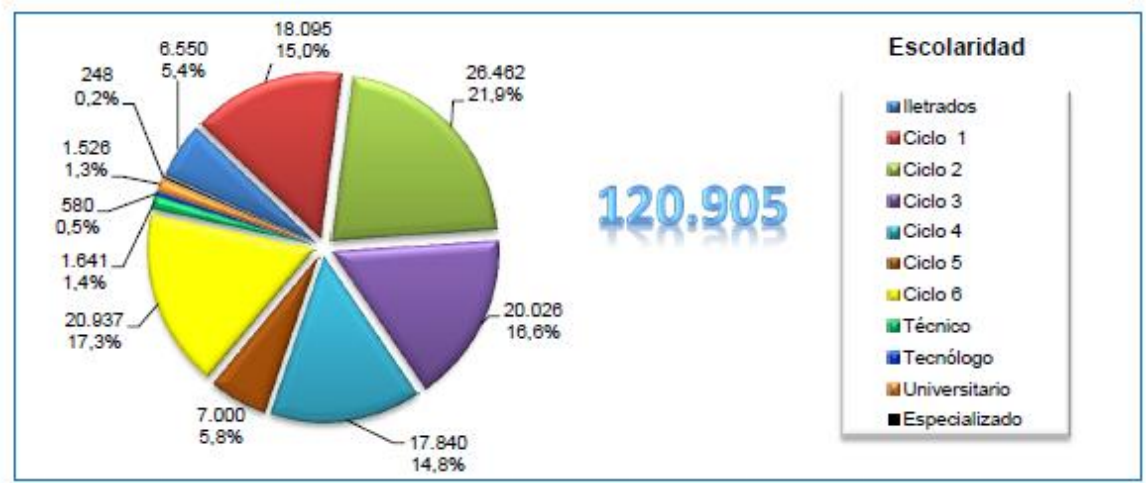
[51] CHRISTIE, Nils. La industria del control del delito ¿la nueva forma del holocausto? Traducido por Sara Acosta. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2º edición, 1993. pp. 127-130.

[52] WACQUANT,Loïc. Las cárceles de la miseria. Buenos Aires: Manantial, 1999. pp. 32-39.

[53] SANZ MULAS, Nieves. El derecho penal ante los retos del siglo XXI: La urgencia de un Derecho penal que haga frente a los "nuevos" problemas, pero sin olvidar los "viejos" límites. En: Cuadernos de política criminal Nº106, I, Época II, abril de 2012, pp.115-151. Citado de: DEL ROSAL BLASCO, B. ¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad?, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, 11-08, 2009, p. 57.

Como se puede observar en el Gráfico 1-4, la afirmación anterior se encuentra en íntima relación con el nivel educativo de los reos, puesto que, entre mayor sea la posibilidad de acceso a la educación y, por tanto, mayores las posibilidades de triunfo dentro de la sociedad, la idea de cometer un delito se verá en menor medida.

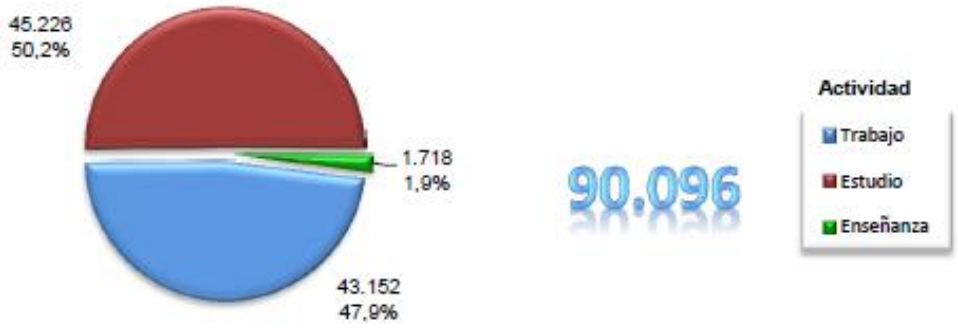
Gráfico 1-4: Población reclusa por ciclos de escolaridad[54]



Siguiendo la línea de que la prisión debe resocializar y de que su metodología para tal fin es el tratamiento penitenciario por medio del sistema progresivo, el establecimiento carcelario debe ofrecer al reo oportunidades para desarrollarse como persona a pesar de encontrarse privado de la libertad. El siguiente gráfico enseña el porcentaje perteneciente a cada modalidad de ocupación ofrecida, sea el trabajo, el estudio, o tratándose también de la enseñanza:

[54] Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC). Informe estadístico junio 2015. Disponible en:
<http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/Inpec/Institucion/Estad%EDsticas/Estadisticas/Informes%20y%20Boletines%20Estad%EDsticos/INFORME%20JUNIO%202015_0.pdf>
Entiéndase los ciclos de escolaridad de la siguiente manera: ciclo 1 pertenece a 1° a 3° en básica primaria; ciclo 2 a 4° y 5° en básica primaria; ciclo 3 a 6° y 7° en básica media; ciclo 4 a 8° y 9° en básica media; ciclo 5 a 10° media vocacional y ciclo 6 en 11° media vocacional.

Gráfico 1-5: Población reclusa que se agrupa en modalidades de ocupación[55]



Del total de 120.905 internos, 90.096 de ellos tienen la posibilidad de acceder a una forma de trabajo (trabajos en las áreas industrial, artesanal, agropecuaria y de servicios administrativos), acceder a un programa de estudio o dedicarse a la enseñanza dentro del establecimiento.

Por su parte, en un reportaje de agosto de 2015 realizado por el diario El Tiempo, se comunica que el hacinamiento existente dificulta la resocialización con estudio o trabajo por el hecho de significar un sobrecupo carcelario. "Hay 544 espacios comunes para 117.018 presos en 138 prisiones. La empresa privada tiene 61 maquilas en los penales, que le dan trabajo a 1.441 prisioneros. Solo 12 de cada mil reclusos e Colombia tienen la posibilidad de emplearse en estos lugares"[56]. Tal como lo expresa SANZ MULAS:

> La carencia de recursos, de espacios adecuados, de maquinaria y herramientas para estas actividades, la imposibilidad de creación de talleres, el establecimiento de áreas para la enseñanza ubicadas en lugares impropios y nada motivadores, la incipiente capacitación por parte del INPEC, y la falta de vinculación y participación de la empresa privada, son el denominador común de la infraestructura carcelaria, lo que dificulta la prestación de los servicios que como oferta de resocialización son garantizados por la legislación penitenciaria[57].

---

[55] Ibíd.
[56]DIARIO EL TIEMPO. El país detrás de las rejas. 26 de agosto de 2015. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/multimedia/infografias/carceles-y-presos-de-colombia/14739475>
[57]SANZ MULAS, Nieves. España y Colombia. Alternativas a la prisión. Madrid: Colex, 2000.

Es difícil saber qué pensar mientras la teoría se muestra alentadora y la práctica despreciable. Otra razón para pensar en lo lejano de la resocialización está en un hecho tan simple como el de la alimentación para la población reclusa. Según lo dicho por María del Pilar Bahamón, quien dirige la Unidad de Servicios Penitenciarios (Uspec), diariamente se destinan 931.5 millones de pesos en alimentación para los establecimientos carcelarios, lo cual equivale a un total de 7.960 pesos para las tres comidas de un reo al día[58], lo cual es constitutivo de una situación indignante, abiertamente violatoria de los derechos humanos.

De igual manera sucede con la situación en salud. Todo debido a la tercerización de los servicios y la ineficiencia de los mismos, teniendo en cuenta ya la sobrepoblación carcelaria, lo cual también se analiza en la sentencia T-388/13. "Al no existir las condiciones adecuadas para resocializarse, las cárceles terminan siendo un 'aparato reproductor de delincuencia en el país', como lo afirmó el Defensor del Pueblo, Jorge Armando Otálora, en septiembre, durante una audiencia pública en la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Representantes"[59].

NEUMAN comenta al respecto sobre lo que denomina procesos de *prisionización* o *prisionalización* como aquellos que suceden dentro de los establecimientos carcelarios al adaptarse el reo a la vida en prisión, ya que le es necesario hacerlo para poder 'sobrevivir' dentro de esta subcultura, y así, al darse estos procesos de adaptación a las costumbres, las reglas, el lenguaje y, en general, la vida en el encierro, se desajusta enteramente para la vida en sociedad.

> Como todos sabemos, la cárcel siempre ha sido mucho más que la privación de un tiempo abstracto de libertad. Cuando a una persona se le condena a prisión no solo se le condena a estar encerrada en un establecimiento penitenciario, sino también se le obliga a estar con personas que no ha escogido, a comer lo que le den, a dormir junto a quien le corresponda, etc.,

[58]DIARIO EL TIEMPO. El país detrás de las rejas. 26 de agosto de 2015. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/multimedia/infografias/carceles-y-presos-de-colombia/14739475>
[59] Ibíd.

> y todo ello sin contar con las altas probabilidades de ser violado sexualmente y de ser más propenso a ser lesionado o asesinado que en la vida en libertad –aparte de la involucración que este hecho tiene para su familia, sobre todo cuando el condenado es, al mismo tiempo, el encargado de mantenerla–[60].

Es esto lo que ocurre al margen de los procesos resocializadores que fracasan, los cuales abandonan el fin de la prevención especial y deciden optar por la prevención general, sirviendo la pena como medio intimidatorio para el resto de la comunidad[61]. No se logra ninguno de los propósitos requeridos y los medios usados son contraproducentes.

BARATTA apoya la idea de que todo esto pertenece a una 'cultura de lo penal' que ha eclipsado la manera de dirimir los conflictos sociales, dirigiendo la imaginación de la comunidad a una sola forma soberana para el castigo de los mismos[62]. Hace falta un giro en dicha cultura para que se pueda lograr un avance en el sistema.

Los principios metodológicos de la construcción alternativa de los conflictos y de los problemas sociales implican la liberación de la imaginación sociológica y política respecto de una 'cultura de lo penal' que ha colonizado ampliamente el modo de percibir y de construir los conflictos y los problemas sociales[63], lo cual requiere no solamente trabajo del Estado sino una perspectiva nueva desde la comunidad.

Y por parte del Estado se encuentra la mínima intervención. Es un principio que, como muchos, se ha quedado matizado exclusivamente en la teoría. Ahora la venganza es el

---

[60]ISSA-ARIAS. Derechos humanos en el sistema penal. Costa Rica: Editorial Universidad Estatal a Distancia, 1996. Citado por: SANZ MULAS, Nieves. España y Colombia. Alternativas a la prisión. Madrid: Colex, 2000.

[61] NEUMAN, Elías. La sociedad carcelaria. Citado por FERNÁNDEZ, Lorena. Alternativas a la pena de prisión en Costa Rica. Tesis, Facultadde Derecho, Universidad de Costa Rica, 1994, p. 88.

[62] BARATTA, Alessandro.Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam).Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. pp. 299-333.

[63]HALANOCA HUAMÁN, Julián César. El derecho penal mínimo, principios y derechos humanos. En *Agenda Magna*el, 26 de febrero de 2009. Disponible en: <https://agendamagna.wordpress.com/2009/02/26/los-principios-extrasistematicos-de-la-minima-intervencion-penal/>

centro del sistema. El seguimiento de formalidades legales y la taxatividad de la ley están por encima de las garantías y de los derechos fundamentales de las personas.

La iglesia católica también ha tomado parte en esta discusión. Para mayo de 2014, el Papa Francisco envió una carta a ZAFFARONI[64], extendiendo sus saludos a los participantes del XIX Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal y a los participantes del III Congreso de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología. En este documento hace algunas precisiones sobre cómo se debe orientar esta disciplina acorde con los principios de la religión católica, haciendo algunas precisiones sobre la pena y sobre la prisión.

En su preocupación por los rumbos del derecho penal y la importancia trascendental de que tienen sus medidas para armonizar el conjunto del ser humano, habla específicamente sobre las medidas de satisfacción o reparación del daño causado, explicando que en la religión católica no se propende por la enseñanza de una pena asimétrica, sino que se busca la justicia para la víctima más que un ajusticiamiento para el agresor[65]. La iglesia católica no se ha quedado en el arcaísmo de apoyar la ley del Talión. Por el contrario, es consciente desde sus altos mandos de la realidad de la situación por la que pasa el derecho penal:

> En nuestras sociedades tendemos a pensar que los delitos se resuelven cuando se atrapa y condena al delincuente, pasando de largo ante los daños cometidos o sin prestar suficiente atención a la situación en que quedan las víctimas. Pero sería un error identificar la reparación sólo con el castigo, confundir la justicia con la venganza, lo que sólo contribuiría a incrementar la violencia, aunque esté institucionalizada. La experiencia nos dice que el aumento y endurecimiento de las penas con frecuencia no resuelve los problemas sociales, ni logra disminuir los índices de

[64] PAPA FRANCISCO. Carta a los participantes del XIX Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal y a los participantes del III Congreso de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología. Vaticano. Mayo de 2014. Disponible en: <http://w2.vatican.va/content/francesco/es/letters/2014/documents/papa-francesco_20140530_lettera-diritto-penale-criminologia.html>

[65] Ibíd.

> delincuencia. Y, además, se pueden generar graves problemas para las sociedades, como son las cárceles superpobladas o los presos detenidos sin condena (…)[66].

Es importante tener en cuenta esta visión, no para parcializar la perspectiva que tiene esta investigación, sino reconociendo la influencia que tiene la iglesia católica aun hoy en día, pues hay muchos adeptos de la misma que se guían por los preceptos del Papa como mayor consejero de la doctrina católica. También hay que reconocer que en diversos ámbitos de la sociedad, incluyendo el religioso, se reconoce esta problemática.

En conclusión, la condición de más importancia para la adecuada resocialización de las personas privadas de la libertad empieza con el debido respeto y garantía de sus Derechos Humanos. Aun así, actualmente se sigue propendiendo por una cultura de castigo, de 'cero tolerancia' cada vez mayor y menos consciente de estas realidades que promueven la criminalización de los más débiles, de la pobreza y los problemas sociales.

1.2 El derecho penal mínimo como alternativa

Como se trataba anteriormente, acorde con la consecución de los fines de la pena planteados jurisdiccionalmente, el derecho penal se ha maximizado y entorpecido de tal manera que ha perdido el norte, lo cual se sustenta en el fracaso de la consecución de dichas finalidades. El individuo no se resocializa (la cárcel no es precisamente una institución sanadora, a pesar que está consagrada legalmente una metodología progresiva como tratamiento carcelario, según se verá en lo próximo); el delito no se previene (pues la disuasión no está siendo efectiva, lo cual se denota con el conocimiento de la situación del hacinamiento carcelario), y la retribución parece ser el único fin que guía la imposición de las penas, conducido por la simple venganza que se ejerce por medio de la privación de la libertad del criminal.

Es interesante, en este punto, analizar la teoría de ZAFFARONI, quien apoya la idea de reducir en lo posible el poder punitivo por la falta de eficacia de la pena, insistiendo en

---

[66] Ibíd.

que éstas no tienen una finalidad específica y, además de ello, no sirven como medio reparador[67]. Recuerda igualmente que es también un método inútil para la víctima, ya que "el modelo punitivo es poco apto para la solución de los conflictos, pues cuando prisioniza no resuelve el conflicto, sino que suspende, es decir, lo deja pendiente en el tiempo, dado que por definición excluye la víctima[68]".

Las penas se ven como el único medio posible para la prevención del delito, siendo ésta una quimera que mantiene la sociedad en su conciencia para sentirse un poco más segura. La cárcel, al parecer, es considerada colectivamente como el método por excelencia para el castigo de los criminales (y es que, el castigo del crimen es el objetivo del derecho penal, sencillamente, a ojos del común), y el sistema tiene que abogar por la búsqueda y el juzgamiento de los delincuentes. Nada más hay de fondo tras ello.

AGUIRRE comenta al respecto:

> Ese cuadro de situación ha naturalizado un estado permanente de *excepción* del derecho penal que, entre otras calamidades, ha sido víctima de una hipertrofia irracional -de cuño pampenalista-, absolutamente desformalizada. Eso ha dado lugar, a su vez, a una utilización descontrolada y asimétrica de la pena de prisión como forma hegemónica de resolución de los conflictos sociales (que victimizan no solamente a individuos sino a colectivos sociales enteros), y un consecuente relajamiento de las garantías y derechos individuales[69].

El derecho penal como *ultima ratio* se encuentra solamente en la teoría, como una manera de hacernos creer que la mínima intervención es uno de los fundamentos del

---

[67] Extensión de la explicación de esta teoría en conferencia sobre la inutilidad de la pena en la teoría de Zaffaroni, por Carlos Parma. En: Primer congreso binacional de Derechopenal y criminología. Guayaquil, 2005. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=VmTBZkpKkZM>

[68] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal: Parte General. Buenos Aires: Editorial Ediar, 2000. p. 35.

[69] AGUIRRE, Eduardo Luis. Derecho penal mínimo y estado constitucional de Derecho. En: Derecho a réplica (blog). Disponible en: <http://derecho-a-replica.blogspot.com/2012/11/derecho-penal-minimo-y-estado.html>

sistema, hermoseando los artículos de la constitución y de la ley. Lamentablemente, de la letra a la realidad hay un enorme trecho, el cual está relacionado con la visión de la sociedad sobre ciertos fenómenos, y con las soluciones que se proponga desde la academia a este tipo de dificultades.

Pero es muy importante saber hablar del derecho penal mínimo, en primer lugar, implica inmediata y primeramente concebir la pena como *ultima ratio*, es decir, como el último recurso pensable para tratar las consecuencias de un delito. Así como se dice que el derecho penal debe ser un último camino, también se debe tener muy en cuenta que esta disciplina, en primer lugar y para poder encaminarse de esta manera, un examen e inclusión en su práctica de un respeto más riguroso hacia los derechos humanos y demás garantías. De la misma forma, implantar dentro de sí una tendencia a la reintegración y a la inclusión social de aquellos condenados y privados de la libertad y mantener un control estricto de las funciones estatales relativas al poder de castigar, debido a la carga trascendental que tiene para los individuos y para la sociedad[70]. Es así como se puede entender que la meta misma del derecho penal es su propia minimalización por medio de la reducción de la violencia social informal y del alcance de las garantías de los individuos[71].

Es necesario adentrar a la comunidad en una lógica de costo-beneficio. Como se evidencia, el costo que produce la imposición de la pena es tan alto que termina afectando mayormente al delincuente y a la sociedad. La pena privativa de la libertad es un paliativo que proporciona una seguridad imaginaria a la comunidad, al excluir temporalmente al delincuente del sistema, y que, pasado determinado lapso, y sin haber cumplido sus objetivos de resocialización, libera a un sujeto con una carga aun mayor de problemas. Es importante recordar que, lamentablemente, la sociedad tiene una corta memoria, y lo que sucede hoy es olvidado rápidamente, y las lecciones que se deberían aprender son simplemente accesorias e inaplicables.

De ahí que se marque con denotada frecuencia el fenómeno del populismo punitivo, y se encuentra a las masas cada vez más llenas de indignación por un determinado crimen,

[70]Ibíd.
[71]SANZ MULAS, Nieves. España y Colombia. Alternativas a la prisión. Madrid: Colex, 2000.

exigiendo soluciones radicales y esperando la verdadera justicia en la venganza. La consideración del otro como ser humano que detenta derechos es totalmente eliminada en pos de la búsqueda y exigencia de la seguridad, a la cual se propende cada vez más por medio de métodos incorrectos.

Es así como, al darse una incapacidad de contener la criminalidad existente y expandirse las conductas violentas debido a la decadencia de ciertos valores sociales, la sociedad reclama ‘mano dura’, y mientras crece la criminalidad en toda Latinoamérica, la colectividad se llena más de inseguridad y se encuentra menos dispuesta a aceptar políticas penales de corte moderno y garantista. Es este un periodo de decadencia ideológica. "Es decir, a medida que las penas se suavizan a tenor del cada vez mayor reconocimiento del daño que produce el encarcelamiento, las condenas largas van adquiriendo una justificación especial en la necesidad de protección de la sociedad frente a determinados individuos y sus conductas. El producto más dantesco de la actual tendencia hacia un derecho penal del enemigo[72]".

Se observa cada vez con más facilidad que las penas impuestas no acarrean la rehabilitación del delincuente. Al contrario, en lugar de realizar esta transformación positiva que debe tener la persona, según nos promete la ley, el individuo sufre una deformación, convirtiéndose la prisión en una "universidad de delitos"[73], evadiendo completamente el principio de proporcionalidad que debe existir entre la conducta realizada y la pena impuesta.

Por razones como éstas, es muy importante que el Estado y la jurisdicción se abran a la búsqueda y aceptación de medidas alternativas para la resolución de conflictos penales, puesto que la pena privativa de la libertad resulta una opción de baja efectividad, poca funcionalidad y costos muy elevados.

---

[72] Ibíd.

[73]AGUIRRE, Eduardo Luis. Derecho penal mínimo y estado constitucional de Derecho. En: Derecho a réplica (blog). Disponible en: <http://derecho-a-replica.blogspot.com/2012/11/derecho-penal-minimo-y-estado.html>

En cuanto a la asignación de dineros, el presupuesto para el INPEC[74], que sobrepasa el billón de pesos, y que debería estar asociado básicamente con la rehabilitación y resocialización de los individuos que ingresan al sistema, está siendo invertido en la manutención básica y paupérrima de los reclusos, que no solo cuentan en sus números a los condenados, sino a una gran cantidad de personas que están allí en cumplimiento de medidas de seguridad.

Es adecuado que el Estado, como Estado Social de Derecho, recuerde que una de sus banderas en el derecho penal debe ser la intervención mínima. Debe permanecer pendiente del respeto y garantía de los derechos fundamentales del hombre, basados esencialmente en su libertad y dignidad como ser humano, asimismo como principios rectores de la disciplina penal. La respuesta del *ius puniendi* relativa a los actos violentos debe ser minúscula para que el castigo del delito no deje una huella negativa sobre la sociedad ni sobre los individuos.

Según el concepto de FERRAJOLI, una de las condiciones fundamentales para la existencia de un derecho penal mínimo es la reducción enorme de las prohibiciones legales como corolario de que el Estado ostenta una legitimidad política y jurídica y, justo por esta vía el mismo derecho penal es el llamado a obtener credibilidad y legitimidad[75]. Se pinta como un reto extremadamente complicado debido a la terrible imagen que de hoy en día gozan el Estado y el Derecho, pero es un camino que, metodológicamente, está trazado con claridad por medio del método de la minimización.

Hay que recordar que el derecho penal tiene un carácter fragmentario y uno solidario. El primerio referido a que éste se debe usar sólo en casos realmente graves; el segundo, cuando se ha intentado dirimir el conflicto por medio de otros mecanismos y no se ha logrado[76]. Así, está el derecho penal mínimo en el camino intermedio para la regulación

---

[74] Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC). Balance general Junio 2015. Disponible en: <http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/Inpec/Institucion/InformacionFinanciera/Balance%20General/BALANCE%20GENERAL%20JUNIO%202015%20PARA%20PUBLICAR.pdf>

[75] FERRAJOLI, Luigi. Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales. Traducción del profesor Walter Antillón M., de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Disponible en: <http://www.juareztavares.com/textos/ferrajoli_bens_minimo.pdf>

[76] LEYVA ESTUPIÑÁN, Manuel Alberto; LUGO ARTEAGA, Larisbel. El derecho penal mínimo y el bien jurídico. Disponible en: <www.alfonsozambrano.com/principio/pr-dpenal_bienjuridico.doc>

del poder punitivo bajo el poder del Estado y el abolicionismo penal. No apoya ninguno de los dos extremos, pues su ideal es el uso del minimalismo como un camino para la consecución del respeto de los derechos fundamentales, sin olvidar la función legitimadora y de protección que da el derecho a la sociedad. Es una articulación de ambas funciones positivas en razón de la consecución y el mantenimiento de la justicia y de la paz en una colectividad.

El Estado, aunque no haya conducido de la mejor manera su potestad de castigar, es entonces un tercero legitimador que trabaja imparcialmente para dirimir los conflictos. Cosa distinta sucedería si cada cual tuviera en su poder el legítimo uso de la venganza, pues las comunidades se verían avocadas a la comisión de un sinfín de injusticias a la hora de imponer una pena. El clamor popular, muchas veces, al ser tan encendido, suele vivificar en el ser humano emociones que no resultan saludables para el curso de una vida llevadera dentro de una comunidad.

Como anteriormente se refería, aun no se cuenta en la generalidad con la madurez colectiva suficiente para encargarse de tales menesteres. Colombia, un país que ha sido azotado por la violencia y la inseguridad de una manera tan aguda, tiene una visión de tolerancia mínima para con la comisión de delitos, sin observar la caracterización de sujetos de derechos que, igualmente, detentan quienes los cometen.

En última instancia, el derecho penal mínimo encuentra su justificación en la evitación de la venganza privada y pública, que no es otra cosa que la guerra de todos contra todos; una especulación que puede conducir a pensar al derecho penal como la protección del más débil contra el más fuerte, antes que como una superestructura formal destinada a reproducir las relaciones de poder y dominación, que debe ser legitimada únicamente mientras la estructura injusta de las sociedades imperiales y la relación de fuerzas sociales desfavorable no indique que ha llegado la hora de la abolición del sistema penal[77].

Es de primera necesidad que el derecho penal sea guiado por una lógica utilitaria presta a encontrar el bienestar social: "más allá del máximo bienestar posible para los no

[77] AGUIRRE, Eduardo Luis. Derecho penal mínimo y estado constitucional de Derecho. En: Derecho a réplica (blog). Disponible en: <http://derecho-a-replica.blogspot.com/2012/11/derecho-penal-minimo-y-estado.html>

desviados, hay que alcanzar también el mínimo malestar necesario de los desviados"[78]. Claro está, en un entendimiento a la época actual de que la comisión de delitos no está relacionada con sujetos desviados o no, sino simplemente que todos los individuos están considerados dentro del espectro de sujetos de derechos, analizándolo desde la óptica de la utilidad del derecho penal para la búsqueda del bienestar general.

Así, el concepto de derechos humanos es básico para la teoría del derecho penal mínimo, ostentando una función negativa concerniente a los límites de la intervención estatal, y una positiva relativa a la definición del objeto de la tutela por medio de este campo[79]. Hay que insistir en la importancia fundamental del respeto de los derechos fundamentales de cada una de las personas que conforman una comunidad, puesto que cada cual tiene la misma naturaleza como ser humano, independientemente de sus acciones o de sus decisiones.

Es menester tener en cuenta que el minimalismo se erige como una metodología interdisciplinaria, conteniendo "reglas de derecho realizativo, normas de derecho de fondo y estrategias unitarias en materia criminológica y político criminal"[80] que se dirigen a un fin protector del ser humano. No se limita a la creación o eliminación de normas, y tampoco se restringe a la crítica del sistema penal y sus técnicas: simplemente está dirigido a la protección real del ser humano en su dignidad inherente como derecho básico.

Las normas internacionales que establecen reglas y elementos que fundan esta garantía en un canon de universalidad, llenan aún más de sentido esta prerrogativa. CHRISTIE nos recuerda que el incorporar dichas garantías dentro de los ordenamientos jurídicos es una acción progresiva y que debe permanecer en un estado de evolución hacia formas más avanzadas y carentes de violencia para solventar las controversias, papel para el que, hasta ahora, nuestro derecho penal se ha mostrado insuficiente[81].

---

[78]FERRAJOLI, Luigi. El derecho penal mínimo. En: Prevención y Teoría de la Pena. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995. p. 25-48.

[79] BARATTA, Alessandro, Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam). Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. pp. 299-333.

[80]CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. Derecho Penal como *última ratio*: hacia una política criminal racional. Revista Ius et Praxis, año 14,N° 1, p. 13 a 48. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v14n1/art02.pdf>

[81]CHRISTIE, Nils. Una sensata cantidad de delito. Editores del Puerto, 2004, p. 127.

Siendo así, la sociedad debe apartarse decididamente de un modelo de justicia penal que produce más puntos negativos que positivos. Se debe considerar el carácter enfermizo de una búsqueda de seguridad que aleja al delincuente sin ofrecerle una verdadera calidad de vida, siendo que él, a pesar de haber infringido la ley penal, no por ello pierde su calidad de persona humana. En desarrollo de la idea anterior, desde hace más de veinte años REYES ECHANDÍA comentó que:

> …el sistema punitivo tradicional montado sobre el monofonalismo de la pena y orientado esencialmente hacia la cárcel, está en crisis; en la mayor parte de los países los establecimientos penitenciarios se reducen a sórdidos lugares de encerramiento, donde se hacina la población reclusa en condiciones miserables; en algunos países de mayor desarrollo económico se ha introducido avances en la arquitectura penitenciaria, en el trabajo dirigido y en la educación, pero medido en términos de rehabilitación, es decir, de no reincidencia, los resultados del sistema son decididamente negativos[82].

Efectivamente, la pena no sólo tiene un costo monetario. Es evidente que también tiene un costo social, el cual a la larga puede resultar mucho mayor aunque no esté cuantificado en pesos. Ese costo se ve reflejado también en los efectos sobre el ámbito social y familiar del condenado, y que dependen también del estatus social de éstos, puesto que la pena privativa de la libertad es mucho mayor para personas de estratos más bajos que en estratos elevados[83].

Es pertinente analizar los siguientes puntos: primero, ¿en realidad el individuo, al cumplir con su pena de prisión, se está resocializando? Segundo, ¿es la pena privativa de la libertad el medio correcto para conseguir mitigar el delito y sus consecuencias en Colombia?

---

[82] REYES ECHANDÍA, Alfonso. La punibilidad en la dogmática penal y en la política penal. En: revista del Instituto de Ciencias penales y criminológicasV. 6, N. 19. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: Ediciones Librería del profesional, 1983.
[83]BARATTA, Alessandro. Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam).Buenos Aires: Editorial B de F. 2004, pp. 299-333.

Respecto a la primera pregunta es plausible analizar el siguiente caso hipotético. Un hombre de 25 años va a la cárcel por la comisión de un homicidio. Pasa diez años en la cárcel, dejando a su esposa junto con dos pequeños hijos. Cumple su pena y vuelve a la libertad. Allí empieza a darse cuenta de que la vida realmente es más difícil de lo que era antes, y que nada está saliendo bien. Trata de conseguir un trabajo pero, a cualquiera de los lugares a los que va, es rechazado por contar con antecedentes penales. Además de lo desesperante de la situación, se encuentra con que es rechazado por sus antiguas amistades, las cuales se alejaron de él desde que ingresó a la prisión.

De la misma manera, aunque finalmente está con su familia, con su esposa y los hijos a quienes tanto extrañó, se encuentra con que ellos constantemente le recriminan por este mismo motivo, pues su mujer tiene que trabajar el doble para poder mantener a la familia, y sus hijos se sienten decepcionados por no haber tenido a su padre mientras crecieron, y por el rechazo que igualmente significa para ellos que tengan un padre etiquetado como criminal, que ahora no tiene dinero para enviarles a una universidad o para brindarles una educación que les ofrezca un futuro prometedor.

Ofuscado por la presión, el hombre decide volver a delinquir para alivianar un poco la situación económica, esperando que de esta manera pueda responder nuevamente con sus obligaciones familiares y alejarse un poco de la culpabilidad que ahora siente por no ser aceptado de nuevo en la sociedad, ni tampoco en su familia. Esto sin contar el alto impacto psicológico con el que él cuenta ahora, luego de haber pasado por tan terribles condiciones de hacinamiento en el establecimiento carcelario, confinado al encierro con personas de tan distintas condiciones y con tan diferentes costumbres. No bastó con la pérdida de su libertad, sino con la pérdida de su dignidad humana y su integridad al haber estado encerrado en condiciones tan inhumanas y con esperanzas tan vanas de salir adelante[84].

Esto nos lleva inmediatamente a pensar en la respuesta a la segunda pregunta. ¿Realmente la pena de prisión está funcionando? ¿Se consigue más seguridad con el establecimiento de más penas privativas de la libertad? Al parecer, no. La pena de

[84] Para conocer relatos acerca de la vida del ser humano en la cárcel, leer a MOLANO, Alfredo. Penas y cadenas. Bogotá: Planeta. 2004. 244 p.

prisión no ayuda al individuo, y tampoco a la sociedad. La persona que ha cometido el delito no puede volver a tener una vida normal, ni la esperanza de que en prisión puedan rehabilitarla y educarla para una vida 'normal'.

La colectividad tiene que verse enfrentada nuevamente a un individuo calificado como peligroso, justa o injustamente, por la razón de que la prisión no logró sus objetivos: el individuo no reparó el daño cometido y no tiene la posibilidad de reintegrarse a la sociedad civil por el rechazo que esta misma le procura. ¿Y qué sucede con los altos costos que paga el Estado por la manutención de los establecimientos carcelarios? El enorme costo que, al menos en teoría, está asumiendo el Estado por cada individuoprivado de la libertad no está reflejando buenos resultados para la sociedad[85]. El gran fracaso de la justicia penal actual es evidente.ZAFFARONI recalca la idea con las siguientes palabras:

> La pena es una consecuencia del delito y, necesariamente, debe el delito reflejarse en su determinación. Delito y pena no pueden ser conceptos separados en forma tal que nada diga el uno acerca del otro, puesto que uno es antecedente necesario de la otra, y ésta, a su vez, la consecuencia natural de la anterior. Todo corte arbitrario, toda solución de continuidad que los desvincule, no es otra cosa que la confesión de un fracaso sistemático[86].

Por tanto, visto desde cualquier ángulo y ratificando lo dicho anteriormente, lo que se puede comprobar empíricamente con base en las violaciones penales y de sus puniciones son únicamente sus desventajas, es decir:

- El grado de inefectividad de las prohibiciones penales, o bien la cantidad de las lesiones de los bienes jurídicos cometidas a pesar de la amenaza de la penas;

---

[85] PENAL REFORM INTERNATIONAL. ¿Una condena de prisión es siempre la solución? Agosto 2 de 2014. Visto en: <http://vimeo.com/100795630A>

[86] ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Tratado de Derecho Penal. Parte general, Tomo V. Buenos Aires: Ediar editores, 1998.

- los costos del derecho penal para los transgresores, así como para los sujetos injustamente acusados, es decir, los sufrimientos y las restricciones padecidos por ellos con el proceso y con la pena;

- en fin, los costos de la máquina penal para la sociedad[87].

Es de total importancia recordar el punto central: nuestro sistema penal ha llegado a su decadencia. La dignidad humana que le dio cabida a su origen está desapareciendo progresivamente del panorama. Ni víctimas ni victimarios obtienen beneficio alguno, y la sociedad cada día está más inconforme e insatisfecha. La constitución, que debe servir como fuente y límite del sistema, no está ocupando el lugar preferente que debería como motor del derecho penal.

[87]FERRAJOLI, Luigi. Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales. Traducción del profesor Walter Antillón M., de la Facultad de Derecho de la Universidad deCosta Rica. Disponible en: <http://www.juareztavares.com/textos/ferrajoli_bens_minimo.pdf>

2. La víctima vs. El victimario

Al iniciar el proceso penal se cuenta con la presencia de dos partes: la víctima y el victimario. La víctima, quien ha sido vulnerada en sus derechos por el victimario, se desprende de la titularidad de la acción en este momento, y es el Estado quien se encarga de todo lo demás de aquí en adelante. Éste se facultapara llevar el proceso e imponer la pena, dejando a la víctima un espacio para colaborar en el proceso. Por su parte, el victimario es quien entra a demostrar su inocencia o, dado el caso, a entablar una negociación para poder establecer una pena más baja.

Es así como se puede observar que la acción delictiva, la pena y el derecho penal no pueden estudiarse solamente desde una óptica. La víctima y el victimario tienen una existencia distinta, y es menester que se estudien de manera particular antes de querer estudiarlas en conjunto y, posteriormente, poder analizar la conducta típica.

Ambas partes, desde el inicio del proceso, tienen particulares derechos que son garantizados constitucionalmente, especificados por normas y, a su vez, asegurados por tratados internacionales. Es necesario que el Estado pueda garantizar tanto a la víctima como al victimario la protección de sus derechos, de los cuales se hablará a continuación.

No es dado limitarse a analizar una teoría jurídica sin entender un marco lógico y contextual que hable sobre la realidad, puesto que la norma no está fundada sobre un espacio etéreo sino sobre el comportamiento de la sociedad y sus escenarios. Este tipo de estudios deben estar firmemente fundamentados sobre la persona humana, aunque inicialmente pueda parecer que la norma obtiene el papel principal, pues, al fin y al cabo, se está comprometiendo un tema que los relaciona.

Esto, a su vez, tiene que ser aplicado y entendido de manera que no se conciba como una superposición de un punto sobre el otro; de un manejo de dominios o de contextos independientes, sino enteramente como un equilibrio entre partes. El entendimiento del contexto en general es primordial para poder llegar a conclusiones que logren una aplicación en el ámbito de la realidad, y no que se proyecten solamente en teorías[88].

Es algo significativo en su comprensión debido a que se considera que la normatividad, en muchas ocasiones, deja de ser funcional por el hecho de no estar atada a un escenario real, y de provenir en buena parte de idealismos. El derecho nunca debe ser una disciplina independiente, pues está diseñado para ser aplicado sobre seres humanos, los cuales son estudiados con rigor por otras disciplinas, lo cual es un enorme apoyo al momento de buscar soluciones a problemas como el del uso excesivo y descontrolado de la ley penal.

Así, en este capítulo se esbozará la existencia de la víctima y el victimario desde un ámbito conceptual y legal, para poder así hacer un comparativo con la realidad y poder justificar y entender más a fondo el derecho penal mínimo como una solución a los problemas expuestos en el capítulo anterior.

2.1 La víctima

2.1.1 Quién es la víctima

En el procedimiento penal acusatorio colombiano, el fiscal es el encargado de representar los intereses del Estado y de la víctima, pero ello no significa que ésta no tenga derecho a participar en el desarrollo del proceso. Así, la Corte Constitucional, fundamentada en el numeral 7 del artículo 250 de la Constitución Política, reconoce en múltiples sentencias que la víctima tiene calidades de interviniente especial[89].

---

[88] CARREÑO GÓMEZ, Bernardo. Introducción a la victidogmática: hacia un estado social de justicia restaurativa. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2013.

[89] REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-260/11. «*La identificación de los diferentes actores en el proceso penal ha permitido diferenciar aquellos que en estricto sentido son "partes", esto es, el imputado y el Fiscal, de quienes no tiene esa calidad y, por lo tanto, han sido llamados genéricamente "intervinientes" o "intervinientes especiales", como ocurre con el Ministerio Público o la víctima. Teniendo en cuenta que en esta oportunidad el debate se centra*

En la legislación colombiana, el artículo 132 del Código de Procedimiento Penal[90] dicta una definición de 'víctima' en la que las define como sujetos que hayan sufrido algún daño por la comisión de un delito, sin importar que el delincuente sea detenido o enjuiciado, ni tampoco los nexos relacionales personales que se tengan con el mismo.

Resulta también provechoso analizar el concepto de víctima que tiene la Ley 975 de 2005, conocida como "Ley de justicia y paz", encargada específicamente de las víctimas de delitos cometidos por grupos armados al margen de la ley. La definición que tiene de 'víctima' se encuentra en su artículo 5[91], en el cual se especifica que es un sujeto que ha recibido daños de muy diversos tipos como consecuencia de violaciones a la ley penal, cuando hayan sido ejecutadas por grupos armados al margen de la ley. Se tiene en cuenta aquí también a los miembros de la Fuerza Pública como susceptibles de entrar en esta categoría.

Es digno resaltar el garantismo y el cuidado que se da a la víctima en la ley 975. Se especifican situaciones que en el Código de Procedimiento Penal no se han tratado, y se

en las atribuciones de la víctima, la Sala considera necesario examinar con detalle sus derechos en el proceso penal.»

[90]*Artículo 132. Víctimas.* Se entiende por víctimas, para efectos de este código, las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto.
La condición de víctima se tiene con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto e independientemente de la existencia de una relación familiar con este.

[91]*Artículo 5o. Definición de víctima.* Para los efectos de la presente ley se entiende por víctima la persona que individual o colectivamente haya sufrido daños directos tales como lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual y/o auditiva), sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales. Los daños deberán ser consecuencia de acciones que hayan transgredido la legislación penal, realizadas por grupos armados organizados al margen de la ley.
También se tendrá por víctima al cónyuge, compañero o compañera permanente, y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a esta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida.
La condición de víctima se adquiere con independencia de que se identifique, aprehenda procese o condene al autor de la conducta punible y sin consideración a la relación familiar existente entre el autor y la víctima.
Igualmente se considerarán como víctimas a los miembros de la Fuerza Pública que hayan sufrido lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual o auditiva), o menoscabo de sus derechos fundamentales, como consecuencia de las acciones de algún integrante o miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley.

garantiza una protección a quienes se consideran víctimas por dicho artículo. A pesar de su especificidad y de su campo de acción más abierto (todo debido al contexto de conflicto armado, que señala las terribles situaciones que han tenido que atravesar estas personas), el sentido es el mismo que en la Ley 906.

Clara y directamente se evidencia la naturaleza de estas definiciones desde un punto de vista orientado con exclusividad al delito. No tienen variantes ni otras posibles perspectivas. Se es víctima por el sufrimiento de un daño ocasionado por el delito. Todo está referido a la acción misma y no a la naturaleza del individuo.

Este punto de vistatan tradicional y herméticoha venido tratando de ser modificado desde la década de los sesenta. Para auxiliar la solución a esta necesidad sobre el estudio de la víctima, se creó una disciplina dentro del derecho penal llamada *victimología*. Es un campo de estudio realmente recienteque se basa en la necesidad de querer equilibrar las cargas y desfijar el protagonismo que se ha enfatizado en el victimario. Así, busca revisar científicamente el papel de la víctima con base en conocimiento experimental[92]. Se define de la siguiente manera:

> La victimología es el estudio de las personas que son víctimas de crímenes y otras acciones que causan sufrimiento; es el estudio de los hechos de victimización, entre los cuales se incluyen los casos de homicidio, robo, violación, secuestro, entre otros, y es el estudio de cómo la víctima recibe el impacto de la victimización, y cómo ayudan a que la víctima se recupere física, financiera y emocionalmente[93].

Mayoritariamente, la víctima ha sido considerada como tal sólo en relación con el delincuente, iniciando así la corriente victimológica por su definición[94]. En la década de

---

[92] CUAREZMA TERÁM, Sergio J. La victimología. Estudios básicos de derechos humanos. Tomo V. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1839/19.pdf>

[93] J. DUSSICH, John P. y PEARSON, Annette. Historia de la victimología. En: Victimología: aproximación psicosocial a las victimas. Editores: LÓPEZ LÓPEZ, Wilson, PEARSON, Annette y BALLESTEROS, Blanca Patricia. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2008. p. 17.

[94] "En este sentido, la más temprana aproximación desde esta particular óptica, creemos la inicia Hans Von Hentig, quien desde los EE.UU., publica en la universidad de Yale un texto que titula 'El criminal y sus víctimas', en el que hace un intento de clasificación de la víctima, que

los sesenta, HENTIG, en su texto titulado 'La estafa', apoyaba un modelo teórico en el que concretaba que las víctimas lo eran por el hecho de, simplemente, ser los más débiles entre la comunidad de individuos, tal como lo enseña la ley del reino animal. Estos caracteres de debilidad incluyen, por ejemplo, el hecho de ser anciano, de ser niño, de ser mujer, o incluso de tener una pobre voluntad que lleve a la persona a ceder a sus impulsos, entre otros[95].

Aunque se puede manifestar algún reproche contra tal teoría por considerarla discriminatoria de ciertas personas pertenecientes al núcleo social, o posiblemente muy superficial por basarse en el ser humano como un sujeto instintivo, es así como la victimología tiene sus inicios. Finalmente hay una preocupación por estudiar a la víctima independientemente. MENDELSOHN, otro de los primeros en teorizar sobre la materia, desarrolla su teoría victimológica partiendo de la culpabilidad que se pueda atribuir a las víctimas[96]. Así, como hay víctimas que no puedan tener la culpa en absoluto por la comisión del delito y hayan actuado cuidadosamente, hay también otras que han sido negligentes en su actuar y, por tanto, han atraído hacia sí mismas el delito. Entonces, a mayor culpabilidad de uno, mayor culpabilidad del otro.

Adquiere importancia tras lo anteriormente reseñado analizar la cuestión que se refiere a los niveles de victimización, la cual puede ser dividida en primaria y secundaria según LANDROVE DÍAZ en su texto 'Victimología'[97].La victimización primaria proviene de los efectos que permanecen en el tiempo tras el padecimiento de un delito, sean de tipo económico, social, psicológico y demás, especialmente cuando estos están relacionados con algún tipo de violencia o factor que haya marcado a la víctima de la acción delictiva. Por su parte, la victimización secundaria es relativa a la relación de la víctima con el sistema penal, la cual, según el autor, es peor que la primera porque el aparato estatal,

posteriormente ampliará y especificará en un estudio que sobre la estafa realizara en el año 1957, siendo este uno de los textos del derecho penal que dinamiza la pareja delincuente-víctima para el estudio de este tipo penal." MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique. La víctima en el sistema acusatorio y los mecanismos de justicia restaurativa. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2010. p. 19.

[95] VON HENTIG, Hans. La estafa. En: Estudios de psicología criminal,Vol. III. Madrid: Espasa-Calpe, 1960. p. 25

[96] MENDELSOHN, Benjamín. La victimología y las tendencias de la sociedad contemporánea. En: revista Ilanud, al día. San José, año 4, abril de 1981.

[97] LANDROVE DÍAZ, Gerardo. Victimología. Editorial Tirant to Blanch, primera edición. 1990. p. 44.

en últimas, es quien victimiza a la persona, lo cual es un factor en contra de la imagen del sistema mismo.

Así, en resumen, NEUMAN plantea lo siguiente:

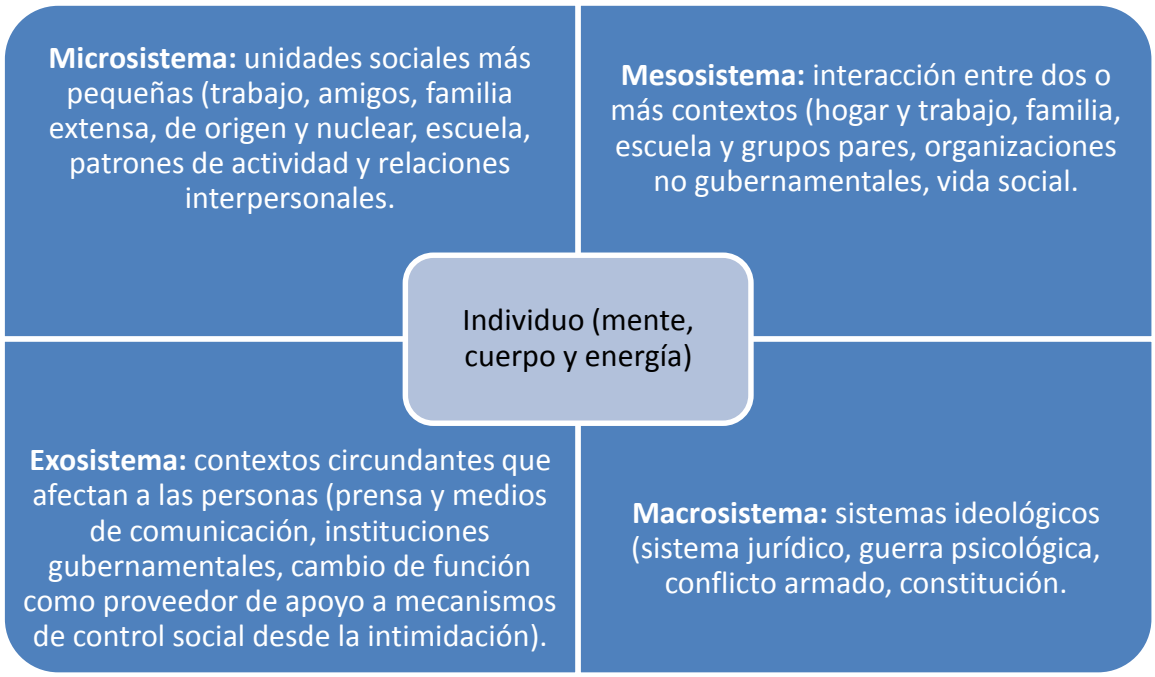
> Entendemos el término 'victimidad' como un concepto general, un fenómeno específico común que caracteriza todas las categorías víctimas cualquiera que sea la causa de su situación. De esa manera, la victimología satisface por completo las necesidades de la sociedad, y su definición como ciencia de las víctimas resulta ser la más adecuada; por eso deberá tomar en consideración todos los fenómenos que provocan la existencia de víctimas, en la medida en que tienen alguna relación con la sociedad (…) si limitamos la victimología únicamente a un factor –el delictivo– la denominación 'victimología', o sea, la ciencia sobre las víctimas, ya no corresponderá al concepto de víctimas en general[98].

Es cada vez más evidente que la víctima encierra un conjunto de características mucho mayor al que se ha analizado tradicionalmente. La víctima es también un ser humano y, por tanto, encierra un gran universo dentro de sí, y en este caso estudiarle en su integridad y en relación con un acto delictivo es una tarea que, aunque ardua, trae resultados mucho mejores y más humanos para su tratamiento y la garantía de sus derechos en general.

Tal como se ve en el siguiente gráfico, todas las esferas del ser humano, al ser víctima, se pueden ver afectadas por cuatro grandes sistemas exteriores, y en lo posible hay que mitigar estos efectos para que no sean graves en el desarrollo de la persona. Se resume la presión cultural que lleva a la inducción al silencio, a los sentimientos de culpa, al perdón y al olvido, y se legitima así la violación a los derechos humanos de la víctima. En el cuadro se señalan los sistemas del desarrollo humano y su ruptura por violación a los derechos humanos.

[98]NEUMAN, Elías. Victimología. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1984. p. 29-30.

Gráfico 2-1: Sistemas del desarrollo y su ruptura[99]



2.1.2 Los derechos de las víctimas

Como se ha reseñado, el Estado ha tomado el monopolio del castigo y de la pena para evitar la venganza privada y fijar el sistema penal sobre la legalidad de la norma, lo cual es positivo a todas luces, pero en este mismo intento se llegó a borrar del panorama a la víctima, elevándola solamente a un segundo plano, y restándole así derechos que constitucionalmente y bajo el bloque de constitucionalidad le están garantizados. Por esta razón la jurisprudencia ha intervenido para abogar por ellas.

La situación de las víctimas es un tema que viene tomando mucha fuerza desde las últimas décadas, pues las legislaciones han empezado a tener en cuenta que son una parte de gran importancia en el proceso, y también se les debe garantizar un conjunto de

[99] Gráfico reelaborado, tomado de: Victimología: aproximación psicosocial a las victimas. Editores: LÓPEZ LÓPEZ, Wilson, PEARSON, Annette y BALLESTEROS, Blanca Patricia. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2008. p. 129.

derechos, lo cual se tratará a continuación. La legislación colombiana y la jurisprudencia, para hacer frente al problema de los derechos de las víctimas del delito, se han encargado de delinear el problema de manera amplia otorgando, según instrumentos internacionales y el propio orden constitucional, las garantías suficientes a las víctimas para resarcir los daños que se les han causado.

Desde la base, con lo planteado en el artículo 229 de la Carta[100], la Corte Constitucional en sentencia C-228/02, verdadero hito en la defensa de derechos de las víctimas en nuestro país, comenta que dicho artículo se refiere al derecho de cada uno de los ciudadanos colombianos para acceder a la administración de justicia, el cual resulta una garantía constitucional esencial para favorecer a las víctimas de delitos.

Es un amplio espectro de derechos del que se parte para tutelar los derechos de las personas, entre las cuales están incluidas las víctimas. El artículo 11 del Código de Procedimiento Penal colombiano[101] señala, a partir de este principio, las garantías que para proteger el derecho a la administración de justicia para las víctimas se debe aplicar. Se señalan algunas como el derecho a recibir un trato digno, a la protección de la

[100]ARTICULO 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

[101]ARTÍCULO 11. *Derechos de las víctimas.* El Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia, en los términos establecidos en este código. En desarrollo de lo anterior, las víctimas tendrán derecho:

a) A recibir, durante todo el procedimiento, un trato humano y digno;

b) A la protección de su intimidad, a la garantía de su seguridad, y a la de sus familiares y testigos a favor;

c) A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de este código;

d) A ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas;

e) A recibir desde el primer contacto con las autoridades y en los términos establecidos en este código, información pertinente para la protección de sus intereses y a conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del injusto del cual han sido víctimas;

f) A que se consideren sus intereses al adoptar una decisión discrecional sobre el ejercicio de la persecución del injusto;

g) A ser informadas sobre la decisión definitiva relativa a la persecución penal; a acudir, en lo pertinente, ante el juez de control de garantías, y a interponer los recursos ante el juez de conocimiento, cuando a ello hubiere lugar;

h) A ser asistidas durante el juicio y el incidente de reparación integral, si el interés de la justicia lo exigiere, por un abogado que podrá ser designado de oficio; *Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-516 de 2007.*

i) A recibir asistencia integral para su recuperación en los términos que señale la ley;

j) A ser asistidas gratuitamente por un traductor o intérprete en el evento de no conocer el idioma oficial, o de no poder percibir el lenguaje por los órganos de los sentidos.

intimidad de la víctima tanto como de los testigos a favor, a la reparación pronta, a recibir la información suficiente para la protección de sus intereses y a ser debidamente asistidas durante el proceso penal, entre otros. Todos relativos a las garantías fundamentales que tienen como seres humanos y a las prerrogativas que se les otorgan por su posición como intervinientes dentro del proceso penal.

Igualmente, la Ley 1257 de 2008 en su artículo 8[102] añade garantías para proteger a las mujeres víctimas de la violencia como aquellos relativos a recibir la atención, cuidado y asesoría necesaria para superar las secuelas de la misma; obtener la información que sea necesaria para la garantía de su seguridad y de sus derechos humanos, así como las garantía de verdad, justicia y reparación.

[102]ARTÍCULO 8°. *Derechos de las víctimas de Violencia. Reglamentado por el Decreto Nacional 4796 de 2011.* Toda víctima de alguna de las formas de violencia previstas en la presente ley, además de los contemplados en el artículo 11 de la Ley 906 de 2004 y el artículo 15 de la Ley 360 de 1997, tiene derecho a:
a) Recibir atención integral a través de servicios con cobertura suficiente, accesible y de la calidad.
b) Recibir orientación, asesoramiento jurídico y asistencia técnica legal con carácter gratuito, inmediato y especializado desde el momento en que el hecho constitutivo de violencia se ponga en conocimiento de la autoridad. Se podrá ordenar que el agresor asuma los costos de esta atención y asistencia.
Corresponde al Estado garantizar este derecho realizando las acciones correspondientes frente al agresor y en todo caso garantizará la prestación de este servicio a través de la defensoría pública.
c) Recibir información clara, completa, veraz y oportuna en relación con sus derechos y con los mecanismos y procedimientos contemplados en la presente ley y demás normas concordantes;
d) Dar su consentimiento informado para los exámenes medico-legales en los casos de violencia sexual y escoger el sexo del facultativo para la práctica de los mismos dentro de las posibilidades ofrecidas por el servicio. Las entidades promotoras y prestadoras de servicios de salud promoverán la existencia de facultativos de ambos sexos para la atención de víctimas de violencia.
e) Recibir información clara, completa, veraz y oportuna en relación con la salud sexual y reproductiva;
f) Ser tratada con reserva de identidad al recibir la asistencia médica, legal, o asistencia social respecto de sus datos personales, los de sus descendientes o los de cualquiera otra persona que esté bajo su guarda o custodia;
g) Recibir asistencia médica, psicológica, psiquiátrica y forense especializada e integral en los términos y condiciones establecidos en el ordenamiento jurídico para ellas y sus hijos e hijas.
h) Acceder a los mecanismos de protección y atención para ellas, sus hijos e hijas;
i) La verdad, la justicia, la reparación y garantías de no repetición frente a los hechos constitutivos de violencia;
j) La estabilización de su situación conforme a los términos previstos en esta ley.
k) A decidir voluntariamente si puede ser confrontada con el agresor en cualquiera de los espacios de atención y en los procedimientos administrativos, judiciales o de otro tipo.

Es un catálogo muy integral el que la ley está ofreciendo a la víctima para que pueda hacerse valer durante el proceso, así como ofrece los parámetros para que ésta logre ser resarcida por los daños cometidos con la ocurrencia del delito. Muchos de los literales aquí presentados toman partido así por la restauración de la víctima, lo cual se exige sea de manera integral, sin tomar la parte económica como su único referente.

Esto no significa que el campo económico quede fuera por la búsqueda de los derechos subjetivos. Las víctimas también sufren algunos daños que, efectivamente, pueden ser reparados monetariamente. El artículo 99 de la Ley 906 de 2004[103] especifica que se pueden exigir medidas de reparación patrimoniales como la restitución de los bienes que la víctima haya perdido con ocasión del delito o reconocer ayudas provisionales que provengan del fondo de compensación para las víctimas.

Reducirse al campo subjetivo no es una opción, pues el delito también se comete en el campo de lo objetivo. En los casos en que sea viable realizar una compensación económica, es necesario hacerlo. Es complicado, igualmente, creer en una reparación que trascienda estos límites, pues, como es sabido, no todo delito puede subsanarse monetariamente.

Además de una reparación existe también la protección que busca una víctima al ser parte de un proceso judicial, dependiendo de su gravedad. Al respecto, el artículo 250 de la Constitución política, en su numeral 7[104], expone que la Fiscalía General de la Nación

---

[103]ARTÍCULO 99. *Medidas patrimoniales a favor de las víctimas.* El fiscal, a solicitud del interesado, podrá:
1. Ordenar la restitución inmediata a la víctima de los bienes objeto del delito que hubieren sido recuperados.
2. Autorizar a la víctima el uso y disfrute provisional de bienes que, habiendo sido adquiridos de buena fe, hubieran sido objeto de delito.
3. Reconocer las ayudas provisionales con cargo al fondo de compensación para las víctimas.

[104] ARTÍCULO 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en

debe estar pendiente de la protección que se brinde a las víctimas y a todos los que intervengan en el proceso penal, mientras que la ley estará encargada de reglamentar en qué términos las víctimas podrán intervenir en el mismo, tal como se ha expuesto anteriormente, incluyendo los mecanismos de justicia restaurativa.

De aquí se extrae que la Fiscalía es uno de los órganos garantes básicos de los derechos de las víctimas. Asimismo, se exhorta al legislador a definir cuestiones relativas a términos de intervención para las éstas, para que no pueda existir duda que les prive de sus derechos dentro del proceso. También el legislador queda encargado de promover mecanismos de justicia restaurativa como apoyo para la reparación de la víctima, puntos específicos que la Fiscalía está encargada de suscitar para lograr el fin de protección.

Escudriñando en el tema específico de la intervención de las víctimas en el proceso penal, lo cual aterriza aún más las normas vistas anteriormente, se presenta el artículo 137 del Código de Procedimiento Penal reglamentando el tema[105]. Se les integra acorde

---

relación con el mismo servicio. En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:
(…)
7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.

[105]ARTÍCULO 137. *Intervención de las víctimas en la actuación penal.* Las víctimas del injusto, en garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, tienen el derecho de intervenir en todas las fases de la actuación penal, de acuerdo con las siguientes reglas:
1. Las víctimas podrán solicitar al fiscal en cualquier momento de la actuación medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en su contra o de sus familiares.
2. El interrogatorio de las víctimas debe realizarse con respeto de su situación personal, derechos y dignidad.
3. Para el ejercicio de sus derechos no es obligatorio que las víctimas estén representadas por un abogado; sin embargo, a partir de la audiencia preparatoria y para intervenir tendrán que ser asistidas por un profesional del derecho o estudiante de consultorio jurídico de facultad de derecho debidamente aprobada.
4. En caso de existir pluralidad de víctimas, el fiscal, durante la investigación, solicitará que estas designen hasta dos abogados que las represente. De no llegarse a un acuerdo, el fiscal determinará lo más conveniente y efectivo. -Numeral declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-516 de 2007-.
5. Si la víctima no contare con medios suficientes para contratar un abogado a fin de intervenir, previa solicitud y comprobación sumaria de la necesidad, la Fiscalía General de la Nación le designará uno de oficio.

con los principios de verdad, justicia y reparación, ofreciéndoles la libertad de intervenir en el proceso penal. Aquí se ofrecen medidas de protección frente a posibles amenazas, se establecen normas de respeto de la intimidad personal en el interrogatorio, se les garantiza la asignación de un abogado de oficio en caso de no contar con uno de confianza, entre otros.

Así, en sentencia C-651/11, la Corte Constitucional expresa lo siguiente respecto a la participación de las víctimas dentro del proceso penal:

> En la medida en que la competencia atribuida al legislador para desarrollar la intervención de la víctima está supeditada a la estructura del proceso acusatorio (investigación, imputación, acusación y juzgamiento), su lógica propia y la proyección de la misma en cada etapa, la Corte ha señalado que en tanto el constituyente sólo precisó respecto de la etapa del juicio, sus características, enfatizando su carácter adversarial (confrontación entre acusado y acusador), debe entenderse que la posibilidad de actuación directa y separada de la víctima al margen del fiscal, es mayor en las etapas previas o posteriores al juicio, y menor en la etapa del juicio (…)

Aun así, lo anterior no resta mérito al cumplimiento de los derechos de las víctimas, pues estas tienen la garantía de ser defendidas por un abogado propio, el cual se encuentra en constante comunicación con el fiscal encargado. Igualmente, se reservan todas las garantías a la víctima en medio del proceso penal. El legislador se ha encargado de crear un listado de derechos y acciones específicas para que la víctima pueda hacer parte del proceso activamente, demostrando que la víctima no es simplemente un tercero o un observador pasivo.

La sentencia C-180/14 fundamenta que los derechos constitucionales a la verdad, la justicia y la reparación y las garantías de no repetición, como marco de todos los derechos de las víctimas, encuentran asidero en principios constitucionales como la

6. El juez podrá en forma excepcional, y con el fin de proteger a las víctimas, decretar que durante su intervención el juicio se celebre a puerta cerrada.
7. Las víctimas podrán formular ante el juez de conocimiento el incidente de reparación integral, una vez establecida la responsabilidad penal del imputado.

dignidad humana; el deber que tienen las autoridades en el país de proteger los derechos de las personas que residan dentro del mismo; todas las garantías que tengan relación con el debido proceso y lo relativo a la responsabilidad del Estado;la debida integración del bloque de constitucionalidad; el acceso a la justicia y la adopción adecuada de mecanismos de justicia transicional para la garantía de todos los derechos[106].

A pesar de ello, MÁRQUEZ CÁRDENAS considera que se encuentra desajustado el derecho que a la justicia tienen las víctimas a la comunicación en lo que al proceso penal respecta (es decir, a lo que a éstas se les comunique), pues se está viendo casi exclusivamente de un modo relativo a lo puramente procesal[107]. Se debe garantizar a la víctima la información sobre sus derechos en el proceso, así como también se le debe asegurar el acceso al conocimiento de todas las circunstancias relativas a la comisión del delito.

Argumenta MÁRQUEZ CÁRDENAS que debe existir una interdependencia fundamental entre los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, lo cual conllevaría el cumplimiento de la garantía de comunicación para la víctima, entre una de sus consecuencias positivas. Así, debe la víctima conocer desde el primer momento lo relativo al suceso, con cooperación de los órganos de investigación. Es esto de importancia trascendental debido a que, si la víctima no tiene posibilidad de acceder a la información desde el inicio del proceso, sus derechos pueden entonces verse reciamente afectados.

Para entender la importancia de estos derechos, de vital importancia es tener en cuenta que, dentro de la correcta reparación de todos los daños al individuo, el valor económico no es el único a reparar, como se resaltaba anteriormente, especialmente en casos en que se ha sido víctima de crímenes de lesa humanidad. Se ha dado un valor excesivo y casi único a este tipo de reparación, aunque en múltiples ocasiones sea el menos trascendental, y en ocasiones podría decirse que hasta menos importante, tratándose,

---

[106] REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-180/14. M.P. Alberto Rojas Ríos.

[107] En: MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique. La víctima en el sistema acusatorio y los mecanismos de justicia restaurativa. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2010. p. 62.

claro está, de tipos penales que no están directamente relacionados con una afectación al patrimonio económico.

El sistema judicial colombiano se ha eclipsado por el modelo de reparación por vía económica, habiendo una articulación en el imaginario social que nos indica que el dinero puede hacerlo todo. Lamentablemente, este ámbito es uno en el que se puede asegurar que el dinero está muy lejano a la reparación de daños que pueden ser producidos a una persona, dentro de cualquier comunidad (casos de homicidios, torturas, lesiones personales y demás). No todo tiene un valor monetario, así se opte por esta solución para dar cierto tipo de 'consuelo' a los afectados. La siguiente tabla da una ilustración muy concreta acerca de los ámbitos de reparación, de forma que se demuestra que cada esfera de la sociedad puede cooperar en la reparación víctimas, siendo todas útiles e importantes para la misma.

Tabla 2-1: **«** ¿Cómo reparar a las víctimas?[108]»

Recursos a movilizar	**Tipo de violencia**			
	Familiar	**Conflicto armado: desplazamiento**	**Conflicto urbano: pandillas**	**En pocas palabras**
Psicológicos	Afirmación de la identidad	Duelo- proyecto de vida	Duelo- resignación de hecho- proyecto de vida	Resiliencia
Sociales	Apoyo emocional– instrumental	Apoyo instrumental- emocional	Vínculo familiar- apoyo instrumental y emocional	Redes sociales
Culturales	Formas de regulación moral y género	Imaginarios religiosos- solidaridad	Masculinidad	Valores de paz
Políticos	Género– poder	Restablecimiento	Jóvenes como	Ciudadanía

[108] BRITTO RUIZ, Diana. Atención a víctimas, formas de reparación: un estudio de caso. En: Victimología: aproximación psicosocial a las víctimas. Editores: LÓPEZ LÓPEZ, Wilson, PEARSON, Annette y BALLESTEROS, Blanca Patricia. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2008. p. 167.

		de derechos	categoría política	
Jurídicos	Leyes de familia- infancia y juventud	Leyes nacionales e internacionales de protección a desplazados/as	Ley de infancia y juventud	Derechos
Espirituales	Valores para la convivencia desde la familia	Comunidad cristiana	Sentido de comunidad	Cristianismo
Económicos	Economía del hogar	Cooperativismo	Economía solidaria	Microcrédito

Tal situación la comenta también la Corte en la sentencia C-228/02. Argumenta que esta realidad se compone también del hecho de que en materia penal es muy dificultoso señalar una manera para reconocer el restablecimiento de bienes jurídicos o de bienes afectados con la ejecución de un delito. Asimismo, reconoce que este tipo de medidas no son las únicas existentes y que pueden usarse algunas más acordes con la naturaleza humana y con su dignidad, lo cual se demerita al brindar soluciones únicamente de relacionadas con lo económico.

Lo atinente al bloque de constitucionalidad resulta ser un fundamento de primera línea para el conocimiento de este tema, ya que este está definido como una unidad compuesta por principios y normatividad que hacen parte del control de constitucionalidad de las leyes, sin pertenecer expresamente a la constitución misma[109], pero guardando en sí e irradiando una fuerza excepcional a la norma y al ejercicio mismo del derecho. El bloque de constitucionalidad refuerza todas aquellas disposiciones pertenecientes a los derechos humanos, para garantizar su aplicación incluso por encima de parámetros legales que estén en detrimento de los mismos.

De los instrumentos internacionales más relevantes que reconocen los derechos de las víctimas, se resaltan los siguientes:

[109] REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

- Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 8).
- Declaración Americana de Derechos del Hombre. (art. 23).
- Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder (arts. 8 y 11).
- Informe Final sobre la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos.
- Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra (art. 17).
- Conjunto de Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad o "principios Joinet" (arts. 2, 3, 4 y 37).
- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Declaración de Cartagena sobre Refugiados (parte III, párrafo 5).
- Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas.
- Convención Sobre el Estatuto de los Refugiados de Naciones Unidas y su Protocolo Adicional[110].

Como se puede observar, el Derecho internacional relativo a los derechos a la verdad, la justicia y la reparación es especialmente relevante en temas constitucionales acorde con el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia, puesto que los tratados y convenios internacionales ratificados respecto al tema tienen prevalencia en el orden nacional y, por otra parte, porque los derechos constitucionales tienen que ser interpretados en relación con los tratados ratificados por Colombia. Asimismo, la Corte ha resaltado que la jurisprudencia de instancias internacionales como la Corte

[110] REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-715/12. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Interamericana de Derechos Humanos es muy importante porque configura una *pauta hermenéutica* para lograr la correcta interpretación y aplicación de los tratados y los mismos derechos constitucionales, y poder así garantizarlos debidamente[111].

En 1988, dijo la Corte Interamericana lo siguiente:

> Esta obligación [obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos] implica el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos[112] (subrayas no originales).

Dicha tendencia a no reducir los derechos de las víctimas o perjudicados a la búsqueda de una reparación pecuniaria también se refleja en el derecho internacional humanitario. El Protocolo I reconoce el "derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros", lo cual no está referido únicamente a la posibilidad de obtener una indemnización económica[113].

Es así como se ha empezado a dar un valor conjunto a la verdad, la justicia y la reparación como medios idóneos para que el individuo pueda reponerse luego de haber sido víctima de un delito. Estos parten de la existencia de otros derechos constitucionales, como el derecho al buen nombre y a la honra, puesto que con ocasión

---

[111] Ibíd.
[112] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez (fundamento 166), Sentencia del 29 de julio de 1988.
[113] Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, artículo 32.

del proceso penal es como las víctimas y perjudicados pueden entrar a oponerse a distintas versiones que sean desfavorables para cualquiera de sus derechos[114].

La participación de la víctima en el proceso es una de las garantías que de mejor manera logran acercarse a la verdad, la cual tiene un enorme carácter reparador para quien ha sido víctima de un delito. En palabras de la Corte: "Contribuir en la definición de la verdad y en el rechazo a la falsedad, es tan importante como lograr lo válido, lo útil, lo interesante. El orden social justo conlleva el asegurar "la justicia, la igualdad, el conocimiento[115]" (Preámbulo de la Carta).

En brevedad, se define cada uno de estos derechos de la siguiente manera:

- Derecho a la verdad:para poder llegar a conocer lo que ha sucedido en realidad y que esto pueda tener una coincidencia entre el proceso y la realidad. Esto da una esperanza a las víctimas de que los hechos no quedarán en el olvido y su ocurrencia no será silenciada. Asimismo, es una promesa de que sus victimarios no serán encubiertos[116].

  Este derecho está dividido en dos dimensiones: una relacionada con el derecho a saber, que como tal es individual, y otra relativa con el derecho inalienable a la verdad y deber de recordar, que es colectiva. Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expuesto que el derecho a la verdad está basado en el deber de los Estados de buscar la verdad acerca de los hechos y no permitir la impunidad, allegándose así al cumplimiento de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y de los principios 1 a 5 de los Principios para la lucha contra la impunidad[117].

---

[114] REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-228/02. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.
[115] REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-275/94. M.P. Alejandro Rodríguez Caballero.
[116]CNM- Colombia nunca más. El derecho a la verdad, la justicia y la reparación integral. Octubre 8 de 2008. Disponible en: <http://www.movimientodevictimas.org/~nuncamas/index.php?option=com_content&view=article&id=5&Itemid=313>
[117]REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-180/14. M.P. Alberto Rojas Ríos.

- Derecho a la justicia: derecho a combatir la impunidad, la cual constituye una violación de derechos para la víctima. La justicia tiene por propósito dar a cada uno lo que le corresponde, y está orientada a la constitución de un equilibrio entre las personas[118]. La impunidad, de la misma manera, es una burla contra la sociedad y contra el Estado, y ésta debe evitarse en lo posible para promover la seguridad de las personas y garantizar los demás derechos de la víctima del delito.

  El mismo hecho de que se lleve a cabo un proceso penal con el cumplimiento de todas las garantías, constituye la muestra fehaciente del derecho a la justicia.

  Reforzando la idea, MÁRQUEZ CÁRDENAS precisa que este derecho incluye el deber estatal de realizar una investigación integral e imponer las sanciones adecuadas a los declarados culpables del delito, y el deber de respetar cuidadosamente las normas relativas al debido proceso[119].

  El derecho a la justicia obliga al induce al Estado a investigar, juzgar y condenar adecuadamente a las personas que han cometido las conductas delictivas, impidiendo la impunidad[120]. Esto está cimentado en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los artículos 4, 5 y 6 de la Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas crueles, inhumanos y degradantes; los artículos 1, 3, y del 7 al 10 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura; los artículos 1, 3, y del 7 al 10 de la Convención Interamericana

---

[118]CNM- Colombia nunca más. El derecho a la verdad, la justicia y la reparación integral. Octubre 8 de 2008. Disponible en: <http://www.movimientodevictimas.org/~nuncamas/index.php?option=com_content&view=article&id=5&Itemid=313>

[119]MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique. La víctima en el sistema acusatorio y los mecanismos de justicia restaurativa. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2010. p. 54-55.

[120] REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-180/14. M.P. Alberto Rojas Ríos. *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Paniagua Morales y Otros, Sentencia del 8 de marzo de 1998: "173. La Corte constata que en Guatemala existió y existe un estado de impunidad respecto de los hechos del presente caso entendiéndose como impunidad la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares."*

sobre desaparición forzada de personas; los artículos 18 y 24 de la Declaración Americana de Derechos Humanos; los artículos 1.1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos relativos al derecho de acceso a los tribunales para hacer valer los derechos mediante los recursos ágiles y efectivos[121].

Asimismo, este derecho como obligación estatal implica establecer mecanismos adecuados respecto a lo jurídico para poder esclarecer los hechos sucedidos y condenar a los culpables; el deber del Estado de investigar todo lo relacionado con violaciones a los derechos humanos; el derecho que tienen las víctimas a contar con recursos judiciales caracterizados por ser adecuados y efectivos y, por último, el deber de respetar las garantías del debido proceso[122].

- Derecho a la reparación: plantea lo relativo a la indemnización efectiva en su forma individual, la cual toma ciertas formas como la restitución (restablecer el estado anterior al delito), la compensación (donar bienes para realizar una compensación), la rehabilitación (prestar atención médica en general), la garantía de no repetición, el reconocimiento público de lo sucedido y la satisfacción (reconocer la verdad y ofrecer disculpas públicamente, así como hacer homenajes a las víctimas)[123].

  Este derecho tiene también un carácter colectivo, el cual está referido a las medidas que se deben aplicar para restaurar los derechos de las comunidades afectadas por el delito perpetrado[124].

  Está afirmado en el principio general del Derecho que exige que quien ha sido responsable de un daño tiene la obligación de compensarlo. Este derecho está apoyado en el artículo 14 de la Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes, el artículo 9 de la Convención Interamericana

---

[121] Ibíd.
[122] Ibíd.
[123] CNM- Colombia nunca más. Verdad, memoria y lucha contra la impunidad 1966-1998. 2003. P.
[124] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. Principio No. 40.

> para Prevenir y Sancionar la Tortura, el artículo 75 del Estatuto de Roma y el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que es afín con el deber de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de ordenar el pago de una indemnización justa a la parte que ha sido perjudicada cuando se ha declarado la violación de un derecho protegido por la Convención[125].

Cabe resaltar que normalmente, en la teoría, estos derechos hacen referencia exclusivamente a la Ley de Justicia y Paz[126], pero es trascendental conocer que estos derechos son para todas las víctimas, sea cual fuere el delito por el que hayan sido afectadas. Si bien se les ha dado mayor importancia a partir de dicha Ley (además para recordar la gravedad de la grave situación de vulneración a los derechos humanos sucedida en Colombia por la guerra contra los grupos armados al margen de la ley), y se les ha dado la caracterización de pertenecer exclusivamente a las víctimas del conflicto armado, estos derechos no son excluyentes. La víctima de un proceso que no involucre necesariamente delitos de lesa humanidad también es digna de un proceso guiado por la búsqueda de la verdad, la justicia y la reparación.

2.2 El victimario

2.2.1 Quién es el victimario

El victimario es el llamado delincuente, el criminal. Es quien ha realizado la conducta delictiva, independientemente de sus razones o de sus intenciones. El victimario es la persona que ha cometido la conducta típica.

Así como en caso de la víctima es la victimología la disciplina que se ha encargado de su estudio integral, en este caso es la criminología la que se ha encargado del estudio del

---

[125] REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-180/14. M.P. Alberto Rojas Ríos.

[126] En la Ley de Justicia se da un significado particular a los derechos a la Verdad, Justicia y Reparación. Allí, aunque el fondo es el mismo, se encuentran orientados específicamente a las víctimas del conflicto armado. Para ampliar información, referirse a los artículos 6, 7 y 9 de la Ley 975 de 2005.

criminal, la cual se explicará resumidamente, debido a que no compete a los objetivos de esta investigación[127].

Sobre la etimología de la palabra *criminología*, ésta viene del latín *criminis* (crimen) y del griego *logos* (estudio). Así, sus estudios están asentados sobre el crimen. El primero en acuñar el término fue el antropólogo francés TOPINARD, en el año 1833[128]. Posteriormente, quienes le dieron desarrollo y como tal la fundaron fueron los italianos LOMBROSO con su obra 'El hombre criminal'; FERRI con su obra 'Sociología criminal', y GAROFALO con su obra 'Criminología'[129].

Los inicios de esta disciplina se encuentran en el contexto del positivismo italiano, por lo cual está centrada en las características antropológicas de la persona que la hacen ser delincuente, ya que éstas eran las que le impulsaban a la comisión de delitos. Así, la criminología estudiaba al criminal porque, de esta manera, se le podía identificar fácilmente y alejarlo del escenario social. Era esta la característica básica de la llamada 'escuela italiana': el criminal era básicamente un criminal endógeno.

En Francia, más o menos en la misma época, se halla una corriente criminológica con ciertas variantes: "la causa o factor del delito se detecta en el ambiente o en el mundo circundante inmediato o cercano; por ejemplo, en el clima, el terreno, la escuela, la familia o la religión[130]", con lo cual se evidencia la búsqueda de un criminal exógeno.

Cabe resaltar que LISZT tomó una posición más ecléctica, concluyendo que el delito era, necesariamente, una combinación tanto de factores ambientales como de la personalidad

---

[127] Para más información acerca de la criminología y del enfoque usado en esta investigación, remitirse a las siguientes obras: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La palabra de los muertos. Buenos Aires: Ediar, 2011. 635 p.; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La cuestión criminal. Buenos Aires: Planeta, 2012. 400 p.; BARATTA, Alessandro. Criminología crítica y crítica del Derecho penal. Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2004. 265 p.

[128] GÓMEZ GRILLO, Elio. Introducción a la Criminología, Segunda edición. Caracas: Publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad central de Venezuela. 1966.

[129] PINATEL J. Tratado de Criminología. Universidad Central de Venezuela. Caracas: Ediciones de la Biblioteca, 1984.

[130] PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando y PÉREZ CASTRO, Brenda Johanna. Curso de criminología. Octava edición. Editorial Temis, 2009. Bogotá. p. 1.

del criminal, reuniendo así los requisitos del criminal endógeno y exógeno que trataban las escuelas italiana y francesa[131].

La criminología estudiaba las causas que llevaban a la comisión del delito para lograr la prevención y la represión de la criminalidad[132]. La criminología tradicional, entonces, potencia la imagen del delincuente, reduciéndose al estudio del mismo.

Seguidamente, viene una corriente de criminología moderna que busca ahora el origen de la criminalidad en "quien hace la ley, quien la aplica y quien la ejecuta"[133], concepto lo suficientemente novedoso en comparación con lo que se había venido trabajando hasta el momento. El criminal no es ya el interés primario de la criminología, sino el proceso mediante el cual el sistema penal criminaliza a determinados individuos. Es decir, el proceso de criminalización es lo que va a primar en esta etapa de la criminología.

De gran interés es tomar estos estudios como provechosos hoy en día por el hecho de que las leyes actuales no son de corte de un ‘derecho penal de autor’ sino de un ‘derecho penal de acto’. La perspectiva desde la cual el Estado, sus funcionarios y las leyes son quienes definen al criminal y toman las decisiones acerca del mismo, encausan un suficiente cuidado para que sean revisadas y criticadas por la sociedad, ya que cualquier ciudadano está en la posibilidad de delinquir por el hecho de ser humano. El Estado no puede extralimitarse en su función punitiva y debe ofrecer todas las garantías posibles para que esta función que detenta no sea constitutiva de abuso de poder.

Es así como, en el decir de KAISER, una noción más amplia de la criminología está relacionada

> …con en el análisis del conocimiento científico experimental sobre los cambios del concepto del delito (criminalización) y sobre la lucha contra el delito, los controles de la conducta socialmente desviada así como los mecanismos de control policiales y judiciales. El objeto de la Criminología

131 Ibíd.
132 Ibíd.
133 Ibíd.

> abarca, en consecuencia, la creación de las leyes penales, sus infracciones y las reacciones sociales correspondientes[134].

Según esta visión, no se reduce al estudio interdisciplinario del sujeto y de la conducta, sino que suma a ello el estudio y la creación de la norma penal, y los efectos de la aplicación de la misma en el ámbito social. Se amplía notablemente el campo de la criminología según esta perspectiva. Por el mismo camino, dice MARCHIORI que la criminología "es una disciplina científica e interdisciplinaria que tiene por objeto el estudio y análisis del delito, de la pena, delincuente, víctima, criminalidad, reacción social, institucional, cultural y económica, a los fines de la explicación, asistencia y prevención de hechos de violencia[135]".

Desde entonces se han venido dando movimientos en la criminología como la criminología clínica, la nueva criminología, la perspectiva abolicionista, el minimalismo o derecho penal mínimo, el derecho penal de garantías, el neorrealismo, la victimología y la victidogmática, entre otras.

Efectivamente, en la teoría criminológica actual se encuentra una preocupación por la víctima, pero esta no ha sido estudiada a profundidad por esta disciplina. Como se desarrolló anteriormente, es la victimología la que realmente ha dado un matiz de verdadera importancia a este tema y lo ha estudiado con profundidad. Es dado entender que, como se trata de una disciplina casi un siglo más joven que la criminología, no haya sido tan largamente desarrollada y, como los sistemas penales actuales siguen eclipsados por el papel del criminal, la victimología no sea tan estudiada actualmente.

2.2.2 Los derechos del victimario

Actualmente, nuestra sociedad padece una crisis respecto a la visión que se tiene respecto de los derechos de los reclusos. Como se demostraba anteriormente, en su mayoría, la comunidad ve al delincuente como un enemigo al que hay que aislar irremediablemente, sin tener en cuenta que, de por medio, éste nunca pierde su calidad

---

[134]KAISER, Günter. Introducción a la criminología. Editorial Dykinson, Madrid, 1988.
[135] MARCHIORI, Hilda. Criminología. Introducción. Editorial Marcos Lerner .Córdoba. 1999.

de ser humano y, por ende, merece una debida protección a sus derechos fundamentales.

La intolerancia que produce la inseguridad hace que las personas sean cada vez más inconsecuentes respecto a este punto, optando por la búsqueda de una venganza para con el individuo que ha delinquido, sin importar el costo social o la efectividad de los medios utilizados. El individuo que paga una pena es estigmatizado y sus derechos se empiezan a dejar de lado. Las penas pierden progresivamente su efectividad.

Es digno reconocer que los derechos de los reclusos están resguardados por la norma internacional, pero el efecto de la misma debe garantizarse para constituir una lucha desde el ámbito jurídico, social y demás, para que todo esto confluya en la progresiva reducción de la pena privativa de la libertad, reduciéndola a una cantidad mínima de delitos y, por tanto, reforzándose la creación y aplicación de nuevos métodos y posibilidades para aplicar en la solución de conflictos[136].

Incluso, hay personas que apoyan el uso de la tortura, la pena de muerte, o hasta acuden en ocasiones a la venganza por mano propia frente a la comisión de determinadas acciones delictivas. La indignación social se ve mal expresada y el respeto a los derechos fundamentales se hace estorboso para la comunidad, que busca 'justicia' inmediata. En su parecer el delincuente debe pagar; el delincuente no es sujeto de derechos. La sociedad, exacerbada, se mueve diariamente guiada por comentarios de los medios de comunicación, e igualmente por la baja efectividad del derecho penal y de los medios policiales[137].

---

[136] FOGLIA, Sebastián Luis. Derechos humanos: su aplicación frente a la superpoblación carcelaria. Revista electrónica de Derecho Penal Online. Disponible en: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=16,111,1,0,1,0>

[137] Para acercarse más al problema de la criminología mediática, remitirse a ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La cuestión criminal. Disponible en: <https://espectadores.files.wordpress.com/2011/09/cuestioncriminal_f16.pdf>

Es pertinente dirigirse al principio general que deriva del art. 10.1 del PIDCP[138], que establece que "toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano". Muchos requisitos concretos derivados de esta norma se desarrollan en instrumentos que no tienen la consideración de tratados, como las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de la ONU. Las reglas 56 a 81 establecen directrices para el trato que deben recibir las personas que cumplen penas de prisión. Disponen que el sistema penitenciario no debe agravar el sufrimiento inherente a la privación de libertad (Regla 57 de las Reglas Mínimas), y exigen que el régimen de la prisión debe velar por que se reduzcan al mínimo las diferencias entre la vida en la prisión y la vida en libertad (Regla 60 de las Reglas Mínimas). También ha dicho que los Estados no pueden argumentar falta de recursos materiales ni dificultades económicas como justificación de un trato inhumano, y están obligados a proporcionar a todos los detenidos y presos servicios que satisfagan sus necesidades básicas[139].

Es digno tener en consideración que el respeto por los derechos de los reclusos tiene su debida protección internacional, como recoge el anterior párrafo. Si bien el recluso tiene un régimen de libertades menores al ciudadano común, como castigo recibido por la comisión del delito, esto no le hace perder sus garantías fundamentales. De por sí, la privación de la libertad es ya un castigo suficiente como para continuar menoscabando sus derechos y no marcar negativamente otras esferas de la persona. El Estado tiene la responsabilidad de ser el garante de los derechos de la población recluida, la cual nunca pierde su estatus como persona por el hecho de haber cometido un delito determinado.

PAVARINI sostiene que:

> El objetivo de la humanización de la pena carcelaria no puede ser otro que su abolición radical; así como toda estrategia reduccionista no puede hacer otra cosa que reclamar la supresión definitiva y radical de inferir

[138] ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.
[139] COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Casos Kelly v. Jamaica, (253/1987), 8 de abril de 1991. Informe del CDH, (A/46/40), 1991; y Párkányi v. Hungary (410/1990), 27 de julio de 1992, Informe del CDH, (A/47/40), 1992.

> sufrimiento legal. Es decir que bajo la constelación de la tutela de los derechos humanos, la cárcel -como pena corporal residual- no puede ser humanizada sino sólo abolida[140].

Es un punto que merece análisis detallado (aunque no es dado detenerse en ello para este propósito), pues el abolicionismo es una opción que se ha defendido desde la academia, igualmente por la indignación ante la falta de eficacia del sistema penal. La falta de confianza que se ha creado a lo largo del tiempo por el uso ineficaz de la imposición de penas a cargo del Estado ha llevado también a muchos teóricos al escepticismo respecto a la función del derecho penal.

Es una teoría que, aunque válida en sus fundamentos, contiene elementos que son irrealizables para el momento actual. La sociedad necesita de un proceso de maduración radical para poder lograr un manejo sin intervención estatal de sus propios conflictos, pues es susceptible de convertirse en un medio totalmente tiránico e irrespetuoso de las garantías fundamentales, guiado por ideas pasionales y funestas, arbitrarias e inconsecuentes.

El abolicionismo sería inadecuado por las razones expuestas anteriormente. El reduccionismo penal se torna más realista, más cercano. El manejo y la tutela de derechos por parte de un tercero (papel que cumple el Estado), conducido de buena manera, es susceptible de eliminar toda posibilidad de tiranía y abuso a cada uno de los individuos pertenecientes a la comunidad, pues se basa en el reconocimiento de la igualdad de derechos de cada una de las personas bajo su tutela.

En la práctica, una de las formas actualmente existentes creadas para la garantía y favorecimiento de los derechos de los reclusos es una forma de tratamiento penitenciario llamada "sistema progresivo" en lo relativo al tratamiento penitenciario.

---

[140] PAVARINI, Massimo. La miseria del reformismo penitenciario. En: Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina. Buenos Aires: Editores del Puerto,1999.

El sistema progresivo penitenciario, conocido también como sistema Irlandés o de Croffton, es un modelo carcelario que se basa en el conocimiento del recluso, que busca esencialmente la satisfacción de sus necesidades básicas y su realización personal[141]. Este sistema promueve la ejecución de varias etapas progresivas o graduales para lograr el reintegro social de la persona.

La finalidad en el sistema de Croffton es el mantenimiento de la disciplina (que debe mantenerse de manera que se eviten las medidas represivas o amenazantes), y de por medio el uso distintos elementos para rehabilitar a la persona por medio de la misma[142]. Está dividido en varios periodos, que van desde fases en que la persona está sometida a completo silencio y menor alimentación, pasando por prisión intermedia (trabajo fuera del establecimiento) y libertad condicional, como pasos graduales hasta la consecución de la libertad[143].

El cumplimiento de la pena privativa de la libertad debe estar acompañado de factores específicos que están relacionados con un análisis integral de la persona condenada. Al respecto, FOUCAULT, quien considera que:

> El ejercicio de la pena tiene dos elementos esenciales: la vigilancia y la disciplina. La primera consiste en estudiar detenidamente al delincuente de manera tal que sea posible entender los motivos por los cuales cometió el delito que se le imputa. La segunda, busca corregir este comportamiento. Todo lo anterior con el fin de darle estabilidad a la sociedad[144].

Delimitando la idea y adaptándola a nuestro contexto, el sociólogo ACOSTA MUÑOZ comenta que el sistema especial de tratamiento progresivo está presto a manejar el

---

[141]GALVIS RUEDA, María Carolina. Sistema penitenciario y carcelario en Colombia: Teoría y realidad. Pontificia Universidad Javeriana. Disponible en: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS92.pdf>

[142]ANTONINI, Pablo. Sistema progresivo. Universidad de Mar del Plata. Disponible en: <http://www.execucaopenal.com.br/sistemaprogresivo.pdf>

[143]ACOSTA MUÑOZ, Daniel. Desarrollo de sistemas y regímenes penitenciarios previos a la progresividad del tratamiento. Disponible en: <http://psicologiajuridica.org/psj196.html>

[144] FOUCAULT, Michel. Vigilar y castigar. 27ª edición. México: Siglo Veintiuno Editores, 1998. Traducción de Aurelio Garzón del Camino.

comportamiento y actitud de la persona, y en un punto tan básico como fortalecer sus expectaciones, a pesar de estar en el ambiente carcelario[145].

En el mismo texto, ACOSTA MUÑOZ comenta que el sistema progresivo pretende incidir en el comportamiento actitudinal, potencialidad y facultad del recluido en sus expectativas y aspiraciones a partir de la ejecución de acciones, provenientes de los facilitadores interdisciplinarios (los encargados de ejecutar directamente el programa), que conlleven al interno a sentir un apoyo y una visión de ellos mismos como seres valiosos e importantes, y a recuperar la autoestima y superar los problemas que han contraído con la privación de la libertad.

El sistema progresivo se establece en el código penitenciario y carcelario colombiano, Ley 65 de 1993, primero en el artículo 12[146], donde se aclara que la pena se regirá por los principios del sistema progresivo, y se desarrolla en su título XIII, entre los artículos 142 y 150.Se plantea que el objetivo del tratamiento penitenciario es lograr que el individuo se prepare para la vida en libertad. Para lograr tal fin se establece primeramente el trato que se debe dar al individuo privado de la libertad en el artículo 143 del Código penitenciario y carcelario[147], el cual siempre debe estar acorde a la dignidad humana como lineamiento básico, y atendiendo específicamente a las características personales de los reclusos para establecer así necesidades primordiales en el cuidado de la persona para lograr su rehabilitación, por lo cual debe ser progresivo y lo mayormente individualizado para garantizar su correcto funcionamiento. Se hace énfasis en la realización de actividades que influyen en el correcto desarrollo de la persona como ser integral, incluyendo algunas como la educación, el trabajo, la recreación y el deporte.

---

[145]Ibíd.

[146]Artículo 12. Sistema progresivo. El cumplimiento de la pena se regirá por los principios del sistema progresivo.

[147]*Articulo 143. Tratamiento penitenciario.* El tratamiento penitenciario debe realizarse conforme a la dignidad humana y a las necesidades particulares de la personalidad de cada sujeto. Se verifica a través de la educación, la instrucción, el trabajo, la actividad cultural, recreativa y deportiva y las relaciones de familia. Se basará en el estudio científico de la personalidad del interno, será progresivo y programado e individualizado hasta donde sea posible.

Seguidamente, en el artículo 144del Código penitenciario y carcelario[148]se plantean las fases en las que se llevará a cabo esta rehabilitación. La primera es la relativa a la observación del interno, en la cual el objetivo es establecer un diagnóstico del mismo para conocer su estado y así mismo las prioridades y el plan de acción para su tratamiento carcelario. La segunda se trata de una etapa de alta seguridad, es decir, un periodo cerrado en el establecimiento, seguida por una tercera fase de mediana seguridad que coincide con un periodo semiabierto. Estas tres primeras son obligatorias para todos los internos. Posteriormente, la cuarta fase se trata de un periodo de mínima seguridad considerado como abierto para así llegar finalmente a la etapa de confianza, que coincide con la de libertad condicional.

Cabe resaltar que, respecto a la primera fase, ya no hay necesidad de que se lleve a cabo por medio de aislamiento durante determinado lapso. Respecto a la tercera, se encuentra materializada a través de los permisos para salir hasta 72 horas y la llamada libertad preparatoria[149].

La consecución de los fines del sistema progresivo sería más fácilmente alcanzable por medio del uso mayormente institucionalizado y propagado de un modelo de justicia reduccionista y menos enfocado en la retribución. El hecho de conseguir un menor uso de las cárceles haría que el aparato represivo del Estado se encargara de rehabilitar y resocializar a una cantidad mucho menor de individuos privados de la libertad, enfocándose en las necesidades de los realmente afectados, y se preocupara más por la reconciliación, la compensación y el restablecimiento de la paz en la comunidad, básicamente usando un sistema que se preocupara menos por el castigo y más por la reparación.

---

[148]ARTICULO 144. *Fases del tratamiento.* El sistema del tratamiento progresivo está integrado por las siguientes fases:
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.

[149]TÉLLEZ AGUILERA, Abel. Derecho penitenciario colombiano: una aproximación desde la experiencia española. Fundación Dialnet. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=224088>

3. La justicia restaurativa: un modelo alternativo

Luego de un análisis anterior acerca de la situación actual de la justicia, recalcando el fracaso del modelo penal aplicado actualmente, y repasando el rol de la víctima y el victimario dentro de dicho sistema, se abre a disposición del lector no un catálogo de preguntas y de inquietudes como se hizo anteriormente, sino se ofrece finalmente una respuesta dentro de los llamados modelos de justicia alternativa: la justicia restaurativa como un método de aplicación efectiva a la realidad no sólo colombiana sino de todos los países que se han dado cuenta de que ensalzar la retribución dentro del Derecho penal no es una solución adecuada ni a corto ni a largo plazo, y que las iniquidades crecen sin miramientos.

A continuación se explica qué es, cómo y por qué aplicar la justicia restaurativa en el actual panorama para favorecer a la víctima, al victimario, a la sociedad y consecuentemente al Estado para dibujar un nuevo camino de soluciones en la esfera de lo penal, sin tener que seguir dentro del paradigma del castigo ejemplar o de la sanción irrespetuosa de la dignidad humana.

3.1 Una mirada global

La justicia, en general, es una institución que desde siempre ha buscado la manera de reprender a un individuo por los daños causados a otro dentro del normal transcurso de las relaciones sociales. Parte del valor humano "que inclina a dar a cada uno lo que le corresponde o pertenece[150]", lo cual ha sido tergiversado y usado de maneras muy

---

[150] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Real Academia Española. Avance de la vigesimotercera edición. Disponible en:

distintas en cada sociedad desde tiempos muy antiguos. Es un tema puramente cultural, así como se puede decir que también pertenece a los valores naturales del ser humano en su propia naturaleza.

El manejo que ha dado la modernidad a este asunto es interesante porque, para evitar atropellos en la dignidad de las personas y proteger la vida e integridad de las mismas, es el Estado quien ha asumido este gran deber como intermediario. Así, como institución humana, la justicia tiene también falencias que a travésdel tiempose ha tratado de modificar para humanizarla más y hacerla más efectiva, lo cual no es tarea fácil.

De esta manera, la justicia restaurativa surge como un modelo alternativo a la justicia retributiva (es decir, el modelo tradicional), desde el cual el pago de una pena no es lo único que se da por importante.

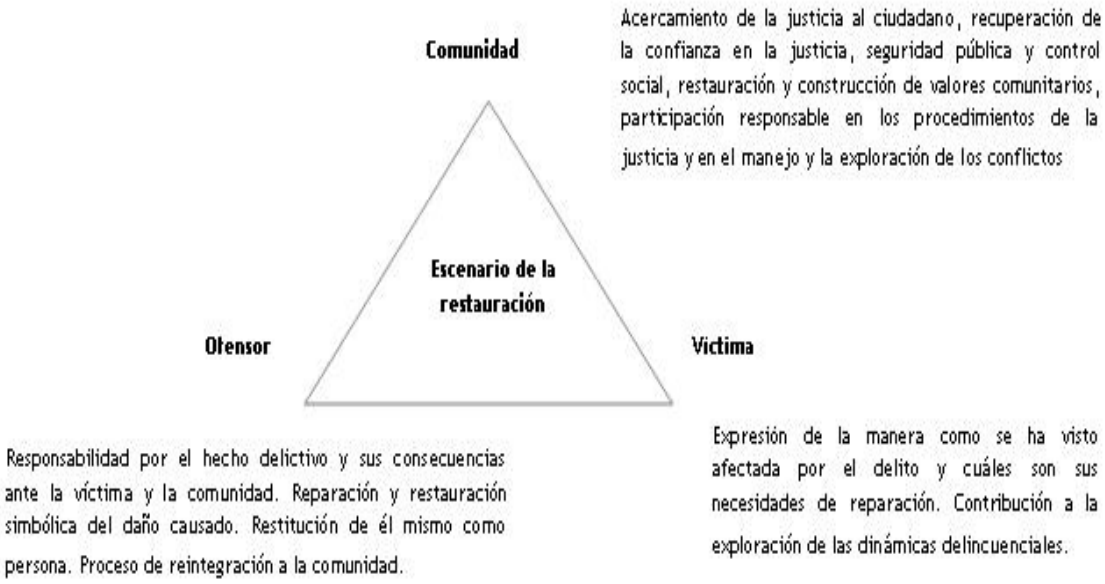
La justicia restaurativa surge para poder reconsiderar el sistema penal y poder re-crearlo. Su objetivo es reparar el daño causado a las víctimas y a los vínculos sociales. El castigo al delincuente no es un objetivo. Ésta es un modelo surgido en la década de los setenta como un intento para lograr que víctimas y delincuentes lograran la mediación de sus conflictos. Dos décadas después también se ha dado el paso para integrar a comunidades, familiares y amigos tanto de la víctima como del victimario, reconociendo que también tienen un papel importante en la solución de los conflictos, y que pueden haber sido perturbados por la comisión del delito[151].

En la gráfica presentada a continuación, realizada por la Sociedad Científica de Justicia Restaurativa, se ilustra la presencia y el papel de las partes que se involucran en la Justicia Restaurativa:

<http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=ug53dPLUq2x52lsOKAz>

[151] MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique. La víctima en el sistema acusatorio y los mecanismos de justicia restaurativa. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2010, p. 67.

Gráfico 3-1: papel de las partes en la Justicia Restaurativa *(copia textual)*



En este modelo, el papel de la víctima en el proceso penal cobra una importancia fundamental, pues se le reconoce como parte al haber sido quien directamente recibió una agresión y fue perjudicada en sus derechos. Se halla la importancia de la victimología como disciplina que propende por el respeto y el reconocimiento de los derechos de las víctimas como asunto básico para conseguir un derecho penal más humano y efectivo.

El delito y sus consecuencias no son una cuestión que se trate en un lapso breve, ni que involucre a un número reducido de personas. La comunidad también entra en el papel de buscar una solución a la controversia, porque se encuentra con el hecho de que ha sido lesionada en sus principios y se ha desequilibrado su saludable desenvolvimiento.

En apoyo de los puntos anteriormente tratados (el carácter de la justicia y la relevancia de la víctima), NAJAR comenta desde una perspectiva normativa y política, resaltando primeramente la importancia que tiene la justicia restaurativa para la superación de la idea represiva y de retribución que contiene en sí el derecho penal, al considerarlo insuficiente. Por su parte, la justicia restaurativa se posiciona como una salida no para hallar el castigo y la venganza contra el victimario, sino buscando fundamentalmente el

restablecimiento del estado de cosas anterior a la comisión del delito[152]. En general, la justicia restaurativa se puede entender como un "modelo alternativo de enfrentamiento del crimen" que intenta reparar la relación entre víctima y victimario.Según la visión de la autora, la personas, grupos e instituciones que están a favor de ésta proponen al derecho penal centrar su atención en la víctima en la resolución del conflicto y no considerar al criminal como el centro del asunto.

Seguidamente, NAJAR expresa la fundamental necesidad de la búsqueda de la "paz social" por medio de la aplicación de la justicia restaurativa también es una de sus finalidades básicas. El reconocimiento del sufrimiento causado y las reparaciones que se deban realizar son una parte fundamental para llegar al restablecimiento del vínculo social resquebrajado.

Pero es digno tener en cuenta que no es solamente la víctima quien debe tener el "protagonismo" dentro del proceso. Tanto el victimario como la víctima necesitan determinada atención para poder lograr un equilibrio entre las partes, pues es lo que se busca, ya que no se puede dejar de lado la presencia y el papel del victimario, tanto por el acto cometido así como por su rol dentro de la reparación.

Formulado de manera concreta, de acuerdo con la opinión de ZÁRATE, quien ha venido trabajando específicamente una propuesta de abolicionismo penal en relación con el modelo restaurativo, define este modelo de justicia como un "paradigma iusfilosófico en plena formación, que construye un espacio de diálogo reparador entre la víctima y el ofensor por medio de un modelo no punitivo de solución de conflictos"[153]. Se trata de la posibilidad de lograr un encuentro para que las partes puedan resolver el conflicto penal de manera consensuada"[154].Se tiene igualmente en cuenta el fundamento del logro de cierto acuerdo entre víctima y victimario con el fin de buscar medidas que no involucren

---

[152] NAJAR MORENO, Esperanza. Derecho a la verdad y justicia transicional en el marco de aplicación de la ley de justicia y paz. Estudios de derecho penal. Prólogo de Omar Huertas Díaz. Bogotá: Corporación de juristas Siglo XXI y grupo editorial Ibáñez, 2009. pp. 88-89.

[153] ZÁRATE, Héctor Horacio. Justicia Restaurativa América Latina (blog). Disponible en: <http://justiciarestaurativaamericalatina.blogspot.com/2014/08/desde-el-abolicionismo-penal-algunos.html?spref=fb>

[154] ZÁRATE, Héctor Horacio. Desde el abolicionismo penal: algunos conceptos sobre justicia restaurativa. Justicia Restaurativa américa Latina. Publicado: agosto 24 de 2014. Disponible en: <http://justiciarestaurativaamericalatina.blogspot.com/2014/08/desde-el-abolicionismo-penal-algunos.html?spref=fb>

la punibilidad por parte del Estado. El consenso se convierte en una característica fundamental para su alcance.

Se hace interesante analizar la teoría de la vergüenza reintegradora de BRAITHWAITE, quien es considerado como el "padre de la justicia restaurativa". Propone que la única forma de lograr el principio de prevención del derecho penal es por medio de la reparación, pero esto nunca se puede lograr con una pena de carácter diferente o alejado de la situación sucedida, sino "mediante un proceso de exposición del infractor a la vergüenza pública en una modalidad reintegradora, más que estigmatizante"[155].

BRAITHWAITE nos indica su desacuerdo profundo con excluir a las partes del proceso (esencialmente a las víctimas) y el uso de penas sin un valor social ejemplificante. Según estudios expuestos en su libro *Crime, shame and reintegration*, llega a la conclusión de que la exposición del delincuente a la vergüenza por la comisión del respectivo delito es un medio adecuado, concluyendo que el resultado, en un gran porcentaje, produce efectivamente su prevención, corrigiendo también la conducta criminal en quien la ha cometido.

Se hace necesario observar si este tipo de medidas podrían aplicarse correctamente en un Estado Social de Derecho. Los derechos a la honra y al buen nombre cumplen un papel muy importante en nuestra lista de derechos fundamentales, orientándose a la protección de la persona como tal, en su personalidad y en su imagen frente a sí y a los demás. La exposición a la vergüenza, aunque pudiera considerarse como un método efectivo para la prevención del delito, violaría esta garantía fundamental.

Sobra decir que BRAITHWAITE fundamenta esta teoría en que debe lograr un fin reintegrador y no estigmatizante, pero es este un modo que no conoce nuestra cultura actual que, en primer lugar, aplicaría este método como una venganza sustancial, y terminaría siendo un camino para llevar a la persona a ser juzgada de manera bastante cruel, todo debido a los afanes actuales respectivos a la inseguridad ciudadana, a la

[155]BRAITHWAITE, John. Crime, shame and reintegration. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

enorme intolerancia y poca educación que existe entre la población frente al respeto de los derechos fundamentales y a la necesidad del uso de penas alternativas a la privación de la libertad. Es una teoría que no puede tener aplicabilidad hoy en día, y aun a largo plazo puede ser descartada por faltar a garantías fundamentales.

Volviendo al punto central, se puede apreciar que este modelo de justicia pretende la erradicación total de la violencia en lo relativo a la pena (aunque, en sí, hablar de pena nos indica ya una referencia a la coacción). Se busca el establecimiento de la paz viniendo de la sociedad, de sus reivindicaciones y necesidades, y no de una exigencia por parte del aparato estatal.

El consenso implica una fase de 'madurez social' bastante rígida y desarrollada, ya que lo que se espera para el funcionamiento de la justicia restaurativa y la opción por el uso de este método alternativo es que el victimario sea lo suficientemente responsable para disponerse a enfrentar su equivocación, admitirla y prepararse para una reparación efectiva ante la víctima, y ésta, por su parte, debe prepararse para no buscar una "venganza vacía", exigiendo exclusivamente un pago del delito mediante una pena privativa de la libertad sino, de forma completamente opuesta, esperando recibir una restauración del mal causado por medio de acciones positivas y valores sociales como la sensibilidad, la apertura, la confianza, la esperanza y la sanación, además de otros como el respeto, la responsabilidad, la relación entre las personas, la empatía, y el diálogo[156].

Es significativo no olvidar que, al constituir un modelo basado en las dinámicas sociales, la justicia restaurativa guarda una estrecha relación con el comunitarismo. El comunitarismo es una corriente del pensamiento liberal que realza el contenido del consenso universal respecto al contenido de los principios contenido en las normas, siendo de fundamental importancia la "moral claramente mayoritaria" que resguarda y defiende las bases del derecho penal[157].De ahí que con facilidad pueda tergiversarse tal fundamento teórico como un deseo claramente abolicionista al referirse a una moral

[156] DOMINGO, Virgina. Una primera aproximación a la justicia restaurativa. Justicia Restaurativa por Virginia Domingo. Publicado en: Agosto 26 de 2014. Disponible en: <http://blogdelajusticiarestaurativa.blogspot.com/2014/08/una-primera-aproximacion-la-justicia.html>

[157] SHEARING, Clifford; WOOD, Jennifer.Pensar la seguridad.Editorial Gedisa.p. 84.

claramente mayoritaria. Este puede interpretarse más adecuadamente como una exigencia de la sociedad para el manejo más eficaz del derecho penal, pues todo el sistema normativo debe tener sus raíces en el consenso de la sociedad, y responder a sus necesidades sin dejar por fuera a ninguno de los individuos pertenecientes a la misma, reconociendo la realidad y las necesidades imperantes.

En miras al logro de tal fin, una sociedad comunitaria debe estar identificada por algún tipo de simbología especial para la población misma, pues es la identificación lo que hace que los individuos se sientan parte de un organismo social. Esta identificación particular del individuo con la comunidad constituye interdependencias que construyen lazos, los cuales tienden a generar obligaciones de cuidado para con los demás miembros de la comunidad. Finalmente, el resultado es la formación de una red formada por individuos que tiendan a aceptar obligaciones por su carácter recíproco y así, comprometerse culturalmente[158].

3.2 Elementos jurídicos

3.2.1 La justicia restaurativa en el Derecho internacional

En el ámbito internacional se ha venido dando un enorme desarrollo a los postulados y objetivos de la justicia restaurativa, a pesar de que aun sea un modelo muy novedoso institucionalmente. Se ha observado la experiencia que se ha tenido con diversos programas restaurativos en varios países alrededor de todo el mundo, y se ha llegado a la conclusión de que es un método que propende por la búsqueda de la paz y la realización efectiva de la misma.

El manual de programas de Justicia restaurativa de las Naciones Unidas define los procesos de Justicia Restaurativa como "cualquier proceso en el que la víctima, infractor y, cuando es apropiado, otras personas o miembros de la comunidad afectados por el

[158] Ibíd.

delito, participan conjunta y activamente en la resolución de las consecuencias del delito, generalmente con la ayuda de un facilitador[159]".

Por su parte, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, define la Justicia restaurativa de la siguiente forma:

> La justicia restaurativa es una forma de responder al comportamiento delictivo balanceando las necesidades de la comunidad, de las víctimas y de los delincuentes. Es un concepto evolutivo que ha generado diferentes interpretaciones en diferentes países, respecto al cual no hay siempre un consenso perfecto. Esto se debe también a las dificultades para traducir de manera precisa el concepto en diversos países, en los cuales a menudo se usa una gran variedad de términos[160].

La formalidad del proceso no cuenta con gran importancia para los partícipes, según se evalúa. Lo realmente importante es el resultado; la consecución de los objetivos de la restauración que se ha propuesto inicialmente. Rasga completamente las formalidades y la taxatividad exigida en el proceso penal contemporáneo, que se guía sagradamente por los pasos impuestos, muchas veces dejando de lado la evaluación preponderante que tiene la dignidad humana como principio fundante del Estado Social de Derecho.

Así, la coincidencia que hay entre los partidarios de la justicia restaurativa reside en que consideran que su fundamento para tener dicho título no está en la práctica específica de alguna formalidad o ritualidad, sino de tener en cuenta como fin común que los objetivos y metas que están persiguiendo no cambian de país a país o de comunidad a comunidad. Así los procesos se comiencen a entablar de manera distinta, el fin básico se tiene en claridad[161].

Se encuentra también como importante instrumento jurídico internacional la Resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985, que es la Declaración sobre los principios

---

[159] OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. Manual sobre programas de justicia restaurativa. Serie de manuales sobre justicia penal. Naciones Unidas, Nueva York, 2006, p. 9. Disponible en: <http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf>

[160] Ibíd.

[161] Ibíd.

fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder. Aunque en la presente resolución se hallan aspectos relacionados específicamente con las víctimas, hay un apartado que se relaciona con la justicia restaurativa, puesto que trata acerca del derecho a la reparación que tienen los niños víctimas de delitos. Dispone lo siguiente:

> 37. La reparación puede incluir el resarcimiento por parte del delincuente por orden judicial, ayuda proveniente de los programas de indemnización de las víctimas administrados por el Estado y el pago de daños y perjuicios ordenado en procedimientos civiles. Siempre que sea posible, se deberá considerar el costo de la reinserción social y educacional, el tratamiento médico, la atención de salud mental y los servicios jurídicos. Deberán establecerse procedimientos que garanticen que la ejecución de las órdenes de reparación y el pago en concepto de reparación se anteponga a la de las multas.

Es de gran importancia tener en cuenta esta resolución debido a que establece el parámetro de lo que debe obtener la víctima con la reparación. Cabe resaltar que, aunque se establece directamente una reparación para violaciones de derechos en niños, ésta como tal no encaja con el paradigma de la justicia restaurativa, ya que también busca una sanación en el victimario, y esto es algo que no se cumple con este tipo de reparaciones. Aun así, nos da una idea muy completa de las reparaciones que, generalmente, se exigen en la actualidad, y en un ejemplo bastante completo.

3.2.2 La Justicia restaurativa en el Derecho colombiano

En Colombia el desarrollo de la justicia restaurativa ha iniciadomucho más recientemente. Como es sabido, constitucional y legalmente se propende por el respeto de la vida, la libertad y la dignidad del ciudadano. El postulado que, en la práctica y en la teoría, da partida a nuestro sistema penal es la dignidad humana, la cual recoge dentro de sí el respeto por el derecho de los demás. Es necesario, si se falta al respeto de éstos, que se acepte una debida consecuencia por parte de quien ha desacatado este orden, la cual pueden ser de diverso orden debido ala importancia del derecho lesionado.

El Estado, en su rol como garante, debe propender no sólo por la protección de los derechos de cada persona, sino por dejar en claro que la falta a los derechos de los demás constituye un irrespeto al orden fundamental en el sistema, que se debe mantener para conservar un buen funcionamiento al interior de las comunidades.

En este orden de ideas, el modelo que se aplica hoy en nuestro país es el modelo de justicia retributiva, en el cual la persona comete una acción delictiva con la cual afecta a otra persona, y tiene que responder ante el aparato estatal por la comisión del delito.

Desde la visión de la Corte Constitucional, se denota un gran apoyo a la Justicia Restaurativa como modelo alternativo. Se puede resumir su visión en lo siguiente:

> Luego de mencionar las múltiples disfunciones que plantea el sistema penal tradicionalmente justificado en fines principalmente retributivos y punitivos, explica la decisión que en la actualidad se presenta un significativo auge de nuevos enfoques que se fundamentan en la introducción de una perspectiva restauradora como paradigma alternativo. Así la justicia restaurativa busca rescatar la importancia que tiene para la sociedad la reconstrucción de las relaciones entre víctima y victimario en relación con el daño inferido. Afirmó esta Corporación que el sistema penal debe orientarse “a la satisfacción de los intereses de las víctimas (reconocer su sufrimiento, repararle el daño inferido y restaurarla en su dignidad), al restablecimiento de la paz social y a la reincorporación del infractor a la comunidad a fin de restablecer los lazos sociales quebrantados por el delito, replanteando el concepto de castigo retributivo que resulta insuficiente para el restablecimiento de la convivencia social pacífica[162].

BRITTO, quien ha venido trabajando sobre el tema de la justicia restaurativa en nuestro país, comenta en su obra "*Justicia restaurativa: reflexiones sobre la experiencia de Colombia* "que no es paradójico que sistemas judiciales modernos estén dando espacio en su sistema a formas ‘premodernas’ de hacer justicia, puesto que la justicia

[162] REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-979/05. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

restaurativa, al apelar a la resolución de conflictos por medio de la comunidad y dando prevalencia a valores sociales como la solidaridad para controlar el crimen, puede por tanto obtener este calificativo, sin que de ninguna manera evoque una expresión despectiva[163]. Así, "en pocas palabras lo que propone la justicia restaurativa es un tratamiento diferente a los delitos y a la violencia, supone que más que una cuestión abstracta de reglas y códigos rotos, es un asunto de personas y de sociedades que sufren"[164].

Por este motivo es sumamente valioso que cobre interés un tema que va tomando auge cada vez mayor en muchas de las legislaciones mundiales ya que la humanidad, con el paso del tiempo, ha venido asumiendo la idea de que los sistemas penales no son lo suficientemente eficientes debido a que están mal fundados desde sus mismas raíces.

Como previamente se ha esbozado, no se puede dejar de lado que la Ley 975 de 2005, Ley de Justicia y paz, enmarcando el proceso de paz con grupos paramilitares, logró un acercamiento mucho más íntimo entre Colombia y las justicias alternativas a partir de la realidad del país, reconociendo en la violencia un proceso que no debe limitarse a la justicia común de nuestro aparato penal, basada principalmente en el castigo, sino aceptando que el delito es un ente social que, para ser reparado en su totalidad, debe contar con la acción de la víctima, del victimario, de la comunidad, y de acciones efectivas para promover la paz a partir de gestiones positivas, mas no sencillamente del uso de penas privativas de la libertad.

Existe la necesidad de evaluar otras ideas; nuevas posibilidades para que la sociedad pueda rendir de una mejor manera; para que el aparato judicial se descongestione y para que la población sea mayormente satisfecha en lo que a materia penal se refiere; para que los delitos no queden impunes sino para que se reciba una restauración correcta de los atropellos que constantemente suceden pues, de esta manera, concientizando a la sociedad respecto a su papel activo en el sistema penal y acorde con una autorresponsabilidad, es más factible encontrar un panorama con cada vez menor

[163]BRITTO RUÍZ, Diana. Justicia restaurativa: reflexiones sobre la experiencia de Colombia. Colección Cultura de Paz. Ecuador: Editorial de la Universidad técnica particular de Loja, 2010.
[164] Ibíd.

necesidad de castigo y coacción y, al mismo tiempo, con una cantidad mucho más reducida de delitos, injusticias y atropellos contra la paz y la dignidad humana.

La justicia restaurativa es un modelo relativamente novedoso dentro de la práctica del derecho penal, surgiendo con la categoría que se denomina "justicias alternativas". En Colombia se ha oído hablar de este tipo de prácticas desde la década pasada, iniciando con el Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004. Dedica su capítulo IV a tratar este tema, iniciando con las definiciones generales en el artículo 518, donde explica que un programa de justicia restaurativa es cualquier tipo de proceso en el que la víctima junto con el victimario (sea en estado de imputado, acusado o sentenciado) recurren activamente de manera que se generen proposiciones para solucionar las consecuencias de la acción delictiva buscando conseguir un resultado restaurativo, y especificando que no es necesario que participe una figura facilitadora. Por otra parte, el resultado restaurativo se entiende como el acuerdo que se ha pactado finalmente entre las partes y que en sí logre reintegrar tanto a la víctima como al victimario a la comunidad de la manera menos traumática y más solidaria posible, buscando como fin fundamental la reparación de los daños, la restitución y el servicio comunitario[165].

Puntos a tener en cuenta son la participación activa del imputado, acusado o sentenciado (no necesariamente una persona que ya esté cumpliendo una pena) y la víctima; el hecho de que la participación del facilitador no es necesaria para hacer válido el proceso, y que la meta a lograr es la reintegración de víctima y victimario en la comunidad (ninguno se deja de lado). Son normas básicas que se deben examinar delicadamente, puesto que se pueden aplicar de manera errónea.

De la misma manera, la Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y adolescencia, involucra la justicia restaurativa también al tratarse de casos en que los menores están

---

[165] Ley 906 de 2004, *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.

involucrados, estableciendo tal método en su artículo 140[166], en el cual indica que, en el proceso penal para el adolescente, es necesario garantizar, además de la verdad y la justa reparación del daño, la justicia restaurativa. No se emite aquí una definición acerca de ésta. Sólo remite a la impulsada en el Código de Procedimiento Penal, pero la admite como modelo posible para la resolución de conflictos dentro de este sistema.

Volviendo al Código de Procedimiento penal, en él se presentan unas reglas generales para poder acceder al uso de la justicia restaurativa, pues, al fin y al cabo, no en todos los casos o situaciones podría aplicarse efectivamente. El artículo 519[167] explica que cada proceso de justicia restaurativa debe estar guiado por los principios generales del Código y seguir, así mismo, cada regla. Entre ellas se enuncia que el consentimiento de la víctima y del victimario sea absolutamente libre; cada acuerdo al que se llegue debe estar integrado por obligaciones que sean de una proporción adecuada al daño que se ha realizado; la participación del victimario no se usará de ninguna manera como prueba en contra si se presentan otros procedimientos judiciales; si se incumpliese uno de los acuerdos, esto no sería de ninguna manera una razón para condenar o hacer la pena más grave; quienes cumplieren el papel de facilitadores deben ser totalmente imparciales e imponer el respeto en las relaciones entre la víctima y el victimario y, por último, ambas partes están en la capacidad de actuar con la asesoría de un abogado.

---

[166] Congreso de la República. Ley 1098 de 2006. *Artículo 140. Finalidad del sistema de responsabilidad penal para adolescentes*. En materia de responsabilidad penal para adolescentes tanto el proceso como las medidas que se tomen son de carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos, conforme a la protección integral. El proceso deberá garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño (…).

[167] Ley 906 de 2004, *Artículo 519. Reglas Generales.* Los procesos de justicia restaurativa se regirán por los principios generales establecidos en el presente código y en particular por las siguientes reglas:

1. Consentimiento libre y voluntario de la víctima y el imputado, acusado o sentenciado de someter el conflicto a un proceso restaurativo. Tanto la víctima como el imputado, acusado o sentenciado podrán retirar este consentimiento en cualquier momento de la actuación.
2. Los acuerdos que se alcancen deberán contener obligaciones razonables y proporcionadas con el daño ocasionado con el delito.
3. La participación del imputado, acusado o sentenciado no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores.
4. El incumplimiento de un acuerdo no deberá utilizarse como fundamento para una condena o para la agravación de la pena.
5. Los facilitadores deben desempeñar sus funciones de manera imparcial y velarán porque la víctima y el imputado, acusado o sentenciado actúen con mutuo respeto.
6. La víctima y el imputado, acusado o sentenciado tendrán derecho a consultar a un abogado.

Se encuentra el proceso de justicia restaurativa como un proceso no obligatorio, de completa y libre disposición de ambas partes; que cuenta con completa protección para el victimario en caso de problemas con la justicia ordinaria, y que pueden ser procesos mediados y asesorados por abogados para ambas partes.

La colaboración del victimario en este tipo de procedimiento nunca le puede representar una desventaja pues, si ha decidido colaborar mediante el proceso de justicia restaurativa, este tiene que ser llevado a cabalidad, protegiendo los derechos y animando a las personas a usar este tipo de procedimientos alternativos.

Como se puede figurar, todo lo anterior se encuentra ceñido a la búsqueda de mantener las garantías constitucionales (más específicamente respecto a lo procesal) de la víctima y del victimario en las etapas señaladas del proceso, sin que esto constituya en ningún momento un detrimento o una arbitrariedad para el ejercicio de los derechos de las partes.

Como pleno apoyo de lo anterior está lo consignado en el artículo 520 del Código de Procedimiento Penal[168]. El procedimiento tiene que ser plenamente claro para las partes; deben éstas conocer los beneficios, las bases y los objetivos de la justicia restaurativa de manera que puedan decidir si apegarse a éste les es más productivo que acudir al modelo de justicia común. Por otra parte, debe haber seguridad de que ni víctima ni victimario han sido obligados a participar en el proceso restaurativo o aceptar su resultado. En este artículo se comenta en qué condiciones debe llegarse a determinado programa de justicia restaurativa, siendo juez o fiscal quienes deban velar porque dicho proceso se lleve a cabo de manera justa y con pleno cumplimiento de derechos. No se tiene la claridad de quién deba promover o propender por llevar a cabo un proceso de justicia restaurativa en medio de un proceso penal.

---

[168] Ley 906 de 2004, *Artículo 520*. *Condiciones para la remisión a los programas de justicia Restaurativa.* El fiscal o el juez, para remitir un caso a los programas de justicia restaurativa, deberá:
1. Informar plenamente a las partes de sus derechos, de la naturaleza del proceso y de las posibles consecuencias de su decisión.
2. Cerciorarse que no se haya coaccionado a la víctima ni al infractor para que participen en procesos restaurativos o acepten resultados restaurativos, ni se los haya inducido a hacerlo por medios desleales.

Es menester conocer que en el Código de Procedimiento Penal sólo se incluyen dos programas de justicia restaurativa, enunciados en el artículo 521: la conciliación y la mediación[169], pero estos medios no son excluyentes ni taxativos. Sin importar el medio específico que se decida usar, lo que lo hace valedero es la consecución del fin y el medio básico de resolver por métodos pacíficos determinado conflicto y su consecuencia con la necesaria participación de la víctima, el victimario, ocasionalmente la comunidad y también un tercero neutral[170].

Sobre la conciliación, en lo general el Código se remite a la Ley 604 de 2001. Hace una observación breve sobre la conciliación preprocesal en el artículo 522[171], explicando que la conciliación es un requisito para la procedencia de la acción penal cuando se trate de delitos querellables.

Respecto a la mediación, ésta se encuentra más especificada en el Código, muy claramente, además, en su procedencia y en sus efectos. El artículo 523[172] enseña que la mediación es un método en el que un tercero totalmente imparcial (un facilitador) interviene para lograr que haya un intercambio de ideas y opiniones entre víctima y victimario y, con su ayuda, poder solucionar el conflicto.

El Código de Procedimiento Penal reconoce la importancia de los encuentros restaurativos en que la víctima y el victimario son los encargados de decidir sobre la forma en que se reparará e indemnizará. Se exponen como formas de indemnización la reparación del daño, la restitución cuando se trata de delitos contra la propiedad y

---

[169]Ley 906 de 2004.Artículo 521. *Mecanismos.* Son mecanismos de justicia restaurativa la conciliación preprocesal, la conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación.

[170]MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique. La víctima en el sistema acusatorio y los mecanismos de justicia restaurativa. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2010. p. 79.

[171] Ley 906 de 2004, Artículo 522. *La conciliación en los delitos querellables.* La conciliación se surtirá obligatoriamente y como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, cuando se trate de delitos querellables[171], ante el fiscal que corresponda, o en un centro de conciliación o ante un conciliador reconocido como tal (…).

[172]Ley 906 de 2004,Artículo 523. *Concepto.* Mediación es un mecanismo por medio del cual un tercero neutral, particular o servidor público designado por el Fiscal General de la Nación o su delegado, conforme con el manual que se expida para la materia, trata de permitir el intercambio de opiniones entre víctima y el imputado o acusado para que confronten sus puntos de vista y, con su ayuda, logren solucionar el conflicto que les enfrenta.

La mediación podrá referirse a la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; realización o abstención de determinada conducta; prestación de servicios a la comunidad; o pedimento de disculpas o perdón.

compensación de perjuicios; realizando o dejando de realizar cierta conducta; prestando servicios comunitarios o pidiendo disculpas[173].

Hay que tener en cuenta sobre, estas dos últimas, que no son tan simples como en su enunciación parecen. Respecto a la prestación de servicios a la comunidad, el servicio elegido debe estar, además de aprobado por las partes, también relacionado con el delito que se haya cometido, ya que, al fin y al cabo, se trata de responder por la acción realizada, lo cual no se logrará por medio de una acción de carácter completamente distinto a la acción delictiva que se realizó.

Respecto a lo relativo a "pedir disculpas", esto no se trata solamente de un deseo encarecido y amable y una formalidad por parte del victimario. Aunque, si bien expresamente parte de una formalidad, es una figura solemne y pública, base del proceso restaurativo, en la que quien ha delinquido reconoce públicamente el daño realizado (lo cual constituye de por sí una forma de recuperar el vínculo social que se ha roto), y a su vez se compromete a no realizar este tipo de acciones en la sociedad, comentando su reflexión respecto a lo sucedido. La recuperación de la dignidad se hace en conjunto, ya que separadamente no es una posibilidad.

Tal y como se puede abstraer de lo inmediatamente reseñado, "una de las garantías que compone el derecho a la reparación es la no repetición, por lo que los tratamientos que se imponen con fundamento en los principios de justicia restaurativa, buscan modificar el comportamiento del procesado en beneficio de los derechos de las víctimas"[174]. Es básico tener en cuenta que la resocialización del delincuente se realiza por este medio, por la propia reflexión y voluntad del individuo, y en efecto es mucho más provechosa que la privación de la libertad.

De importancia es tener en cuenta la condición dictada por el numeral 8 del artículo 324 de la Ley 906[175], respecto a las causales del principio de oportunidad[176], la cual enuncia

---

[173]MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique. La víctima en el sistema acusatorio y los mecanismos de justicia restaurativa. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2010. Bogotá, p. 82.

[174] REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-387/14. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[175]Ley 906 de 2004, Artículo 324. *Causales*. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

que éste se puede aplicar cuando se suspenda el procedimiento en el marco de la justicia restaurativa y que, por tanto, se cumpla con las condiciones que se han impuesto.

Es decir, al proceder un programa de justicia restaurativa inmediatamente se aplica el principio de oportunidad, aunque este tenga sus propias condiciones. Por tanto, la justicia restaurativa está ligada a ciertos condicionales, los cuales son entendibles porque es un procedimiento traído recientemente a la legislación, y es adecuado probarle desde delitos de menor envergadura para poder analizar sus resultados y, si se encuentra productivo y dominable, manejarlo en un futuro de forma más eficiente y que abarque una mayor cantidad de conductas delictivas.

3.3 Programas de justicia restaurativa

Como se ha definido en lo anterior, la justicia restaurativa cuenta con varias maneras de llegar al resultado restaurativo, que es lo realmente importante de ella. Es así como se encuentran los diversos métodos, o programas de justicia restaurativa.

Todos los programas de justicia restaurativa están necesariamente basados en la autocomposición de conflictos. La justicia ordinaria, por su parte, está acordonada en los mecanismos de heterocomposición. CARREÑO GÓMEZ enseña que la autocomposición es el medio en el cual las mismas partes relacionadas directamente con la comisión del delito las que entran a resolverlo, siendo indiferentemente de forma directa o indirecta; con o sin la intervención de un tercero o facilitador, y siempre en ejercicio de los dictámenes de la voluntad propia y guiados por un espíritu de diálogo que enriquezca la

---

(…)
8. Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas.

[176] El principio de oportunidad consiste en la decisión del fiscal sobre la procedencia de la suspensión, interrupción o renuncia al ejercicio de la acción penal. "La aplicación del Principio de Oportunidad constituye una decisión determinante en el deber del Estado de brindar una respuesta adecuada a las diferentes expresiones de la criminalidad. Por tratarse de una decisión esencialmente reglada, la aplicación de dicho instituto está determinada por el cumplimiento de requisitos específicos, de acuerdo con las exigencias de cada causal". BEDOYA SIERRA, Luis Fernando; GUZMÁN DÍAZ, Carlos Andrés; VANEGAS PEÑA, Claudia Patricia. Principio de oportunidad: bases conceptuales para su aplicación. Fiscalía General de la Nación, 2010. Disponible en:
<http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/01/PrincipiodeOportunidad.pdf>

paz común[177]. Dentro de estos procesos de negociación asistida por terceros se encuentra la facilitación, la conciliación, la regulación negociada, la evaluación neutral previa, el descubrimiento de hechos, la defensa de usuarios, el mini juicio, el proceso abreviado, la administración del proceso, el arreglo judicial negociado, el arbitraje no vinculante y la mediación

Por otra parte, los mecanismos heterocompositivos son aquellos en que las partes en conflicto entregan el manejo del mismo a determinado tercero, quien se encargará de su análisis, proceso y resolución, todo sin relación con la autonomía y la voluntad de las partes, pues, todo está en manos de dicho tercero. Es así como aquí, además de la justicia ordinaria, también están catalogados mecanismos como el arbitraje[178].

Esencialmente, el establecimiento de los programas de justicia restaurativa, indiferentemente del sistema jurídico que se trate, responde a la consecución de varios objetivos:

- Facilitar el acceso a la justicia.
- Proveer una forma más efectiva de solución a los conflictos.
- Mejorar la capacidad de la comunidad para participar en la resolución de los conflictos.
- Aliviar la congestión, la lentitud y los costos de la justicia estatal formal[179].

El simple hecho de facilitar el acceso a la justicia es una labor que, a pesar de ser tenida en cuenta teóricamente por el sistema penal, no funciona realmente como debería. El acceso al sistema penal es siempre una labor engorrosa, que implica el juego de muchas expectativas tanto para bien como para mal, y en el papel de la víctima y el victimario. Además, como bien se analizó, el gasto de dinero es alto para las partes y para el Estado, lo cual también conlleva una dificultad para acceder al aparato de justicia.

---

[177]CARREÑO GÓMEZ, Bernardo. Introducción a la victidogmática: hacia un estado social de justicia restaurativa. Bogotá: Ibáñez, 2013. p. 740-741.
[178] Ibíd.
[179] Ibíd.

Asimismo, cuestiones como la falta de educación básica sobre el sistema crean muchos mitos al respecto del funcionamiento del sistema, esto tanto como la imagen que el mismo se ha creado, al lado de los medios de comunicación, a lo largo del tiempo. Es una necesidad que la gente pueda sentir tranquilidad y tener expectativas positivas respecto de los resultados que recibirá al solucionar un conflicto por medio del sistema penal, sin obtener ningún desagravio y obteniendo mejores resultados que los que se ven actualmente. Es una de las razones por las cuales se hallan los programas de justicia restaurativa como salidas seguras y razonables.

Se señala también la provisión de formas más efectivas de solución a los conflictos. Hoy en día, la justicia ordinaria se guía básicamente por un método de heterocomposición. Las salidas que da diferentes a ello se han plasmado en la conciliación preprocesal y la mediación, y esta primera llama la atención y se ha usado por el hecho de ser condición para iniciar la acción penal en ciertos delitos y, segundo, porque se ha advertido a los querellantes sobre el beneficio que trae resolver los conflictos por esta vía: intervención rápida, presencia y voluntad de la víctima y del victimario.

Se puede entonces examinar las particularidades de los métodos que pueden usarse mediante la justicia restaurativa, las cuales son algunas como las reuniones que se puedan concretar entre víctima, victimario y personas pertenecientes a la comunidad para tener ocasión de entablar un diálogo acerca del delito cometido, sus consecuencias, y lo que cada parte piensa al respecto para mitigar sus efectos; reconocer cómo se pagarán los daños que han sido causados; establecer un vínculo nuevo para ofrecer una debida resocialización al victimario, las víctimas y la sociedad que, en su totalidad, han sido afectadas con la comisión de la acción, con lo cual se puede garantizar la intervención de todas las partes en el proceso[180].

Es así como la justicia restaurativa desea aumentar la participación de la comunidad en la resolución de conflictos, pues una visión más simple, integradora y reducida para ello

[180]Para la justicia restaurativa los encuentros entre víctima y ofensor son fundamentales como parte del inicio para la solución del problema originado con el delito. Los encuentros generalmente se realizan directamente en una reunión entre ambos, en algunas ocasiones es necesaria la asistencia de un tercero neutral. Las reuniones también pueden efectuarse en forma impersonal mediante el intercambio de comunicaciones, cartas, videos. Ibíd.p. 79-80.

es de todas maneras mejor vista que la complejidad de un proceso penal de la justicia ordinaria. Así como la ley tiene que legitimarlo y difundirlo, las comunidades tienen que conocerlo y aprender a aplicarlo.

La concatenación de todos estos pequeños factores es el factor que conllevaría a aliviar la congestión judicial, su típica lentitud y sus elevados costos. Hallar un punto en contra en nuestra justicia y tener una propuesta para contrarrestarlo, seguramente constituye una salida que valga la pena probar.

Es preponderante también considerar la reparación en sus diferentes facetas o elementos, según una conclusión de lo dicho anteriormente. Como tal la fase de la reparación corresponde exclusivamente al victimario, pues, como personaje que ha cometido el delito, es quien tiene la responsabilidad de reparar. Debe entonces considerarse los perdones, la no repetición de la conducta, la restitución y la generosidad[181].

En lo relativo a los perdones, puesto que es un paso que se relaciona con la toma de conciencia por parte del victimario, es el momento en que este reconoce haberse equivocado y se dispone a buscar una solución al conflicto. La no repetición de la conducta va necesariamente ligada a ello, pues el perdón sincero conlleva a un compromiso con la víctima y la comunidad de no realizar estos actos nuevamente, ni en la persona de la víctima ni en otros miembros de la comunidad.

Seguidamente, la restitución es un paso más objetivado, pues esta recoge las acciones concretas que el victimario se disponga y acuerde realizar, en común acuerdo con la víctima y la comunidad, para poder reparar el daño y, en lo posible, devolver las cosas a su estado anterior. Aunque en muchos delitos esto no es posible en concreto, pasos como el siguiente, que es la generosidad, muestran el interés por parte de las partes en buscar soluciones racionales al conflicto, partiendo de la idea de que ambos tienen que ceder. Hay estados de cosas que no pueden reconstruirse, pero hay así mismo víctimas que, reconociendo esto dentro de la realidad, buscan espacios como los relativos a la verdad, la justicia y también la reparación. Tal como se señala a continuación:

---

[181]VAN NESS, Daniel y HEETDERKS STRONG, Karen. Restoring justice. Segunda edición. Cincinnati: Andersonpublishing. 1988, p. 65.

> En muchos casos los perjudicados no están interesados en la recuperación de lo perdido en el hurto, sino en conocer la persona del delincuente, que conociendo su situación familiar de pobreza o falta de educación terminan perdonándolo y retirando la acusación en su contra, por su parte el procesado recibe una oportunidad de ser escuchado ante personas que no hacen parte de los funcionarios encargados de perseguir el delito[182].

Es también importante señalar distintos modos del perdón. Además de que puede ser de modo oral o escrito, está constituido por tres partes: el reconocimiento, la emoción y la vulnerabilidad[183], que son ilustrados por MÁRQUEZ CÁRDENAS:

- El reconocimiento, que corresponde a la etapa de la aceptación de la responsabilidad en el delito y admitirlo como dañoso para la víctima.

- La emoción, que, superando la instancia del reconocimiento, logra traspasar a una esfera más profunda y personal del victimario. Éste llega a sentir vergüenza o remordimiento por los actos cometidos que han conllevado un sufrimiento en otra u otras personas. Este es un punto que llega a cobrar un valor trascendental para la víctima, logrando cierta 'sanación'.

- La vulnerabilidad es relativa a un cambio de posiciones entre víctima y victimario. Con la comisión del delito, el victimario ha afirmado una idea de control y poder sobre la víctima, pero con el perdón, éste mismo dará le retornará el poder, pues ésta es la única que puede decidir si aceptar o no la disculpa. La decisión final es de la víctima en este tipo de procesos, pues si ésta no está de acuerdo, no se sellará realmente un pacto que reconstruya vínculos sociales.

Por razones como las esbozadas anteriormente, es decir, concluyendo el hecho de que los programas de justicia restaurativa, a pesar de ser poco implementados, son exitosos,

---

[182] MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique. La víctima en el sistema acusatorio y los mecanismos de justicia restaurativa. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2010. p. 80.
[183] Ibíd., p. 83.

en el derecho comparado también se reconocen algunas experiencias con algunos de los siguientes métodos[184]:

- La mediación: enfatiza primeramente el hecho de querer buscar la forma de hacer justicia entre las partes involucradas antes de buscar participación del Estado[185]. En el Código de Procedimiento Penal colombiano se encuentra reglada del artículo 523 al 527.

- Las reuniones de reparación e indemnización: se diferencia de la mediación en que este tipo de programas conllevan la inclusión de las comunidades, familias, grupos de apoyo, asistencia social, abogados o cualquiera que se considere necesario para la adecuada resolución del conflicto[186]. Este programa se realiza en casos como los pertenecientes a los cubiertos por la Ley de Justicia y Paz, puesto que el contenido de estas violencias es abiertamente importante no sólo para las víctimas sino para la sociedad en general.

- Los círculos de sentencias: a éstos puede integrarse desde el victimario hasta sus allegados, las víctimas y los suyos, y cualquier miembro de la comunidad o del Estado que quiera, a voluntad propia, involucrarse, siempre y cuando su participación en el proceso sea positiva para la resolución del conflicto. Es una práctica en la que se forma un círculo entre todos los participantes, y entre ellos se va rotando un objeto para delegar a cada uno la palabra, lo cual es óbice para fundamentar el respeto y la escucha y a la vez obtener un procedimiento ordenado[187].

- La asistencia a la víctima: todos aquellos programas que se orientan a satisfacer las necesidades que han surgido para la víctima con la comisión del acto delictivo, tanto en el campo físico como en el psicológico, incluyendo servicios de asistencia y representación legal, y asegurándoles una correcta reintegración a la sociedad para evitar una segunda o tercera victimización, que surge cuando la víctima es

[184] Ibíd., p. 91-100.
[185] Ibíd., p. 91-92.
[186] Ibíd., p. 95.
[187] Ibíd., p. 98.

revictimizada por la sociedad al ser abandonada o rechazada luego de haber sufrido, además, al ser víctima de un delito[188].

- La asistencia al delincuente: orientada a los casos en los que se habla de una persona que cumple su pena en prisión (no entran aquí ya las catalogaciones de indiciado, imputado ni acusado). Este tipo de programas están enfocados en reintegrar al victimario en la sociedad con la menor estigmatización posible, "pasando de ser un delincuente estigmatizado sin capital social a un individuo recuperado con aptitudes útiles"[189].Dentro de estos programas se puede clasificar el anteriormente nombrado "sistema progresivo penitenciario", que procede de manera en que el individuo tenga un trato íntegro y se le apliquen disciplinas específicas para poder lograr su exitoso retorno a la vida en comunidad.

3.4 ¿Cómo y para qué usar la justicia restaurativa?

En cada una de las definiciones de justicia restaurativa está resumida la importancia fundamental que se da al valor social de una adecuada y completa definición que la reconoce como el paradigma de una

> "…justicia que comprende la víctima, el imputado y la comunidad en la búsqueda de soluciones a las consecuencias del conflicto generado por el hecho delictuoso con el fin de promover la reparación del daño, la reconciliación entre las partes y el fortalecimiento del sentido de seguridad colectivo. El desafío es superar la lógica del castigo pasando a una lectura relacional del fenómeno criminal, entendido primariamente como un conflicto que provoca la ruptura de expectativas sociales simbólicamente compartidas[190]".

La justicia restaurativa es diferente de la justicia penal contemporánea retributiva en muchas maneras, por lo cual se considera como un modelo de justicia digno de ser

---

[188]Ibíd., p. 99-100.
[189] Ibíd., p. 102.
[190] CERETTI, A. Giustizia riparativa e mediazione penale: esperienze e pratiche a confronto. En: Scaparro, Fulvio. Il corragio di mediare. Milán: Guerini e Associati. 2001. p. 309.

probado e implementado acorde con resultados. Resulta de provecho la elección de programas restaurativos debido a puntos como los siguientes[191]:

- La diferencia de visiones del crimen entre la justicia ordinaria y la justicia restaurativa. La justicia restaurativa reconoce el ilícito como un acto de mucha mayor amplitud a como lo hace la justicia actual, sin limitarse a considerarlo y tratarlo como una trasgresión de la ley o una forma de desafío al poder del Estado.

  Es una justicia alternativa porque tiene, en efecto, una visión diferente, y eso no la invalida ni le resta eficacia. Esta se concentra no en la retribución sino en la restauración; opta por el reconocimiento de que el victimario ha perturbado a la víctima, a la comunidad y, a su vez, a su misma persona.

- Hay una diferencia entre la percepción de las partes que deben participar en respuesta de la comisión del crimen. La justicia ordinaria actual involucra al Estado, al victimario y opta actualmente por dar cierto protagonismo a la víctima, pero lejanamente le da un papel principal, a pesar de que debería tenerlo.

  Por su parte, la justicia restaurativa, por su visión más global e interdisciplinaria de la criminalidad y la victimidad, así como de la ley y su función, integra a todas las partes que, directa e indirectamente, han sido lesionadas por el hecho criminal.

- Existe también una divergencia en la forma de medir el éxito de los procesos. Si bien la justicia ordinaria está regida en su medición de eficiencia por las penas impuestas y la gravedad de las mismas o factores similares a estos, la justicia restaurativa mide su triunfo en relación con la cantidad de daños que lograron ser reparados y el impacto que esto ha tenido en las comunidades para la prevención del crimen.

La justicia restaurativa no es un método que sirva exclusivamente a los intereses del Estado ni del sistema jurídico, sino más bien subsidiariamente. Es un instrumento que viene de las comunidades y que sirve principalmente a sus fines y a la necesidad de paz social y de un tranquilo desenvolvimiento general dentro de las mismas.

---

[191] Referenciados en: MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique. La víctima en el sistema acusatorio y los mecanismos de justicia restaurativa. Bogotá:Editorial Ibáñez, 2010.p. 68.

> …El delito y la violencia no son solamente cuestiones que deben ser tratadas desde la perspectiva jurídica, es decir, no se resuelven a través del castigo, pues en ese enfoque punitivo queda descuidada la víctima, dado que se asume que castigando al victimario la víctima encontrará reparación (…) A la violencia física le subyacen fuertes bases estructurales y culturales que permiten que una persona o grupo se sienta en la posibilidad de agredir a otros. Entre víctima y victimario hay un desequilibrio de poder que es necesario componer para que la víctima esté en condiciones de plantear sus demandas de reparación al victimario y-o al Estado[192].

Acorde con la opinión de la Corte Constitucional en sentencia C-277/98, es indispensable tener en cuenta que el derecho procesal penal no debe funcionar solo como una herramienta a favor del Estado ni como demostración de su poder, pues es fundamental no olvidar a la víctima ni sus derechos. El proceso penal debe estar interesado en esta conciliación, pues "el perjudicado con el delito no puede convertirse en una pieza suelta e ignorada por la política criminal del Estado ya que, como se ha explicado, los derechos de los sujetos procesales constituyen valores y principios reconocidos por la Constitución Política[193]".

Es dado acceder de tal manera al uso de dicho concepto en la práctica con miras a la búsqueda y establecimiento de un orden comunitario que, además de ser acatado por el Estado como modelo integral, lícito y eficaz, tenga como participantes fundamentales a la víctima y al victimario como principales sujetos dentro del delito como hecho social.

> La justicia restaurativa parte de una crítica de la justicia basada en el Estado, que resulta alienante y frustrante para las víctimas pues la estructura misma del proceso se basa en una concepción del Estado como

---

[192] J. DUSSICH, John P. y PEARSON, Annette. Atención a las víctimas y formas de reparación. En: Victimología: aproximación psicosocial a las víctimas. Editores: LÓPEZ LÓPEZ, Wilson, PEARSON, Annette y BALLESTEROS, Blanca Patricia. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2008.

[193] "Hecha la anterior observación, es de mérito advertir que el Estado, antes que impedir o limitar la participación de la víctima o el perjudicado en el proceso penal, como ocurre con el precepto acusado, debe procurar su consolidación y fortalecimiento en aras de lograr una verdadera administración de justicia." REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-277/98. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

> víctima, en vez de centrarse en los individuos que padecieron un perjuicio determinado[194].

Y, si bien el Estado también es afectado por las consecuencias de un delito, no lo es directamente. Es más un victimario por el hecho de no saber sobrellevar el aparato judicial penal de manera en que se logren los fines que han sido consagrados por él mismo. La existencia del crimen en grandes proporciones y el pésimo manejo de las penas, además de falencias en el modelo educativo y la tasa de desigualdad entre personas de diferentes sectores societarios demuestran que el crimen ha sido propiciado también, indirectamente, por la ineficiencia en la administración estatal.

Es importante tener una visión integral de la justicia restaurativa, puesto que ésta implica no solamente un reformismo en el ámbito formal (la norma penal), sino también, y de manera preferente, una mirada y un análisis riguroso de las prácticas sociales y de las percepciones generales sobre la justicia y otros valores. La acción social es la base de la justicia restaurativa, pues esta es caracterizada como "una justicia deliberativa; la gente delibera sobre las consecuencias de un delito, cómo abordar este delito y cómo prevenirlo[195]".

Es interesante resaltar la visión de la relación entre la justicia restaurativa y el abolicionismo penal, pues este busca una autonomía total de la sociedad para el manejo de sus propios conflictos, como se reseña a continuación:

> Sin dudas la justicia restaurativa es abolicionismo penal. Porque sus fundamentos nacen del abolicionismo penal. La crítica central al sistema penal y al poder punitivo, la necesidad de situar a la víctima en su lugar originario que ocupaba antes del robo del conflicto, las propuestas teóricas y prácticas de modelos de encuentro, el aporte científico y filosófico acerca de la concepción de comunicación (entre las partes), el concepto de diálogo y de reparación, la no aceptación del castigo como reacción violenta ante un conflicto, la necesidad de lograr la verdad por medio del consenso, la posibilidad de descubrir las causas subyacentes del conflicto

[194]SHEARING, Clifford; WOOD, Jennifer. Pensar la seguridad. Editorial Gedisa. p. 66.
[195] BRAITHWAITE, John. Regulation, crime, freedom. Darthmouth, Ashgate, p. 324.

> para entender sus circunstancias, la noción del perdón, la finalidad de curar las heridas de la víctima, la denuncia y advertencia de la construcción social del miedo para justificar el mantenimiento del punitivismo y por ende el rechazo de dicha construcción, son sólo algunas de las ideas fundamentales que provienen del abolicionismo penal, y con las cuales se edificó histórica y políticamente el paradigma restaurativo[196].

Dado es el hecho de considerar, como se anunciaba en la primera parte de esta investigación, que resta practicidad y hasta cierto punto es arriesgado pasar de un extremo a otro del paradigma penal. De un modelo retribucionista a un modelo abolicionista; de un modelo controlador a un modelo que pretende el autocontrol absoluto.

La vía más adecuada para la consecución de la justicia restaurativa sin obtener efectos adversos para el curso del desarrollo social es la implementación progresiva de un derecho penal mínimo. Los fundamentos de la justicia restaurativa no nacen en exclusividad del abolicionismo penal, puesto que la corriente minimalista busca también el papel preferencial de la sociedad dentro del sistema y la protección primera de sus derechos y, aunque todo este paradigma conlleva un cambio radical, la apuesta por el derecho penal mínimo está necesariamente relacionada con la progresión en los cambios.

Los conceptos relativos a la reparación y a la comunicación entre las partes para el restablecimiento de los daños causados, son postulados que no excluyen necesariamente el papel del Estado como mediador al momento de dirimir un conflicto, por tanto tampoco es posible declarar todo lo que de ello se desprenda como único y excepcional de un modelo abolicionista.

El hecho de que los postulados de la justicia restaurativa se adapten al abolicionismo no la convierte en un modelo preferente y exclusivo del uso de esta alternativa penal. La

---

[196]ZÁRATE, Héctor Horacio. Abolicionismo penal y justicia restaurativa. Justicia restaurativa América latina. Junio 21 de 2014. Disponible en: <http://justiciarestaurativaamericalatina.blogspot.com/2014/08/desde-el-abolicionismo-penal-algunos.html?spref=fb>

meta de la inclusión social al momento de dirimir conflictos de corte delictivo no implica el rechazo total del Derecho penal. Una articulación correcta de sociedad y Estado resulta mucho más conveniente a corto plazo para lograr el uso preferente y eficaz de la justicia restaurativa pues, al fin y al cabo, el poder punitivo detentado por el Estado puede conservar la función de garante de la protección de las garantías ciudadanas, para lo cual necesita básicamente limitar de forma adecuada su función legisladora. El control penal externo otorga un sentimiento de seguridad y de imparcialidad en la aplicación del Derecho penal.

En apoyo y resumen de lo anteriormente dicho, puntúa FERRAJOLI hablando del fin del derecho penal, que la prevención del delito no es algo que termine siendo básico para esta disciplina. Sencillamente, el derecho penal está llamado a cumplir una "doble función preventiva" representando un modo negativo: uno correspondiente a la prevención del delito y el otro a la prevención de las penas con una carga desproporcional y arbitraria.

> La primera función indica el límite mínimo, la segunda el límite máximo de las penas. De los dos fines, el segundo, a menudo abandonado, es sin embargo el más importante. Esto es así pues, mientras es indudable la idoneidad del Derecho penal para satisfacer eficazmente al primero -no pudiéndose desconocer las complejas razones sociales, psicológicas y culturales, no ciertamente neutralizables con el único temor de las penas- es en cambio mucho más cierta su idoneidad, además que su necesidad, para satisfacer el segundo, aun cuando se haga con penas modestas y poco más que simbólicas[197].

Como un modelo controlador de la arbitrariedad y los abusos, se abre paso la justicia restaurativa para hacer más eficiente la justicia penal. A ésta se le pueden encargar aquellos conflictos de mayor gravedad y, de esta manera, el Estado invertirá menos recursos en procesos judiciales y en la manutención de reclusos y establecimientos carcelarios, reduciendo así la tasa de hacinamiento y logrando un nivel de vida más

[197]FERRAJOLI, Luigi. El derecho penal mínimo. En: Prevención y Teoría de la Pena. Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile, 1995, pp. 25-48. Disponible en: <http://neopanopticum.wordpress.com/2006/07/06/el-derecho-penal-mnimo-l-ferrajoli/>.

adecuado para las personas privadas de la libertad. El hecho de permitir al victimario readaptarse a la sociedad dentro de la misma, sin perder sus vínculos familiares, sociales ni laborales es un arma para evitar la victimización del victimario y de las personas que le rodean[198].

Pasar del paradigma de la retribución al de la restauración logrará que la sociedad se dé cuenta de que sus efectos no son destructivos de manera alguna. Como se resaltaba anteriormente, invertir los roles y que sea ahora la víctima quien tenga el poder sobre la decisión de si otorgar o no un perdón, hace sustancialmente distinta la situación a que sea el Estado quien, según sus reglas y patrones, lejanos a la particularidad de cada hecho, sea quien se encargue de estas imposiciones que, en gran cantidad de ocasiones, resultan desproporcionadas e injustas.

La necesidad de sustituir la pena privativa de la libertad e ingeniar y empezar la aplicación de otros mecanismos puede ser una solución a muchos problemas como los ya enunciados. Realmente no es productivo y es abusivo para los derechos humanos contar con una pena privativa de la libertad que no ofrezca opciones sino que, además de coartar la libertad de las personas, también arrebate una gran cantidad de garantías pertenecientes al núcleo de derechos fundamentales.

Se reconocen métodos como algunas medidas de indemnización adecuadas, alimentando la opción de la libertad bajo palabra, la excarcelación y el servicio comunitario. También se debe examinar la vigilancia electrónica como alternativa, que a pesar de ser costosa inicialmente, si se examina en el tiempo resulta siendo un gasto mucho menor al compararse con la pena privativa de la libertad, aunque es un mecanismo que necesita de un control muy eficaz para no tener efectos colaterales[199].

---

[198] MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique. La víctima en el sistema acusatorio y los mecanismos de justicia restaurativa. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2010. p. 68.

[199] Ahora bien, el uso de la vigilancia electrónica debe ser cuidadosamente considerado para detectar posibles violaciones de los derechos humanos, a fin de asegurar que solo estén sometidos a vigilancia los delincuentes que de otra forma estarían encarcelados, evitando así la denominada ampliación de la celda. Ibíd., p. 220.

Fundamental es que la sociedad se integre al cambio. No es una cuestión que envuelva sólo a la ley o al aparato judicial. La cultura y la educación juegan un papel esencial en el establecimiento de una sociedad de corte más comunitarista, condición que también está inmersa en el alcance de una potencial justicia restaurativa. La conciencia de que cada individuo es sujeto de derechos tiene que convertirse en el pilar de las acciones individuales; debe ser un postulado que se encuentre enraizado en la conciencia de la sociedad para poder dar paso a un uso más flexibilizado y efectivo del Derecho penal. Así, la responsabilidad no está solamente en manos del aparato estatal, sino básicamente en la conciencia social, que debe respetar el derecho ajeno y, de la misma manera, hacer valer legítimamente el derecho propio.

La misma visión comunitaria es la que extiende la idea de que las personas afectadas por un delito deben ser quienes mayor protagonismo tengan en la resolución del conflicto generado por el mismo[200]. Las deliberaciones conjuntas prometen un lazo de unión mucho más fuerte en las comunidades, y generan valores individuales tendientes a mantenerlos y elevarlos en beneficios en torno al presente y al futuro.

Cada una de las personas que hacen parte de un núcleo social debe hacer presencia al momento de dirimir un conflicto. Su presencia y participación son primordiales para el funcionamiento de un sistema penal de corte restaurativo; son muy significativas para la consecución de una correcta integración de todas las partes involucradas. La sociedad nunca debe desentenderse de los conflictos que se presentan dentro de ella ni permitirse actitudes de indiferencia; no debe darse a juzgar de manera pasional ningún acontecimiento, lo cual resulta en malas interpretaciones y ruptura ineludible de los vínculos sociales. El camino a una justicia restaurativa se encuentra en la adecuación de cada uno de los miembros de la comunidad a una cadena global de respeto por los derechos humanos; en la concientización de que cada persona tiene un papel que cumplir dentro de la sociedad.

[200]SHEARING, Clifford; WOOD, Jennifer.Pensar la seguridad. Editorial Gedisa. p. 87.

4. Conclusiones

Este trabajo de investigación ha sido útil para esclarecer la visión hegemónica que se tiene acerca del sistema penal y poder llevar a la proposición de un nuevo sistema a partir del examen de la insuficiencia de la pena de prisión para resolver el conflicto social. En primer lugar, es posible establecer con claridad como uno de los puntos conclusivos más importantes, que el sistema carcelario colombiano se encuentra en una clara decadencia por un abierto irrespeto hacia los derechos y garantías fundamentales de las personas privadas de la libertad.

Además, es muy importante tener en cuenta que las instituciones carcelarias han mostrado un fracaso notorio al no lograr su más grande objetivo, el cual es rehabilitar a las personas a las que se les aplica la medida restrictiva. Por otra parte, la sociedad se inclina cada vez más por exigir penas más altas y optar por este método como el único posible para mantenerse segura, a pesar de que, de fondo, no es una opción favorable para el victimario ni para la sociedad misma, pues prohibir la libertad a un ser que por naturaleza es libre no es la mejor opción.

Esta es una conclusión que nos lleva a pensar directamente en la justicia restaurativa como opción, ya que esta, al compaginar perfectamente con sistemas como el derecho penal mínimo y el abolicionismo, apoya la idea de que el ser humano es un ser al que se le tienen que delegar responsabilidades dentro de la comunidad para sentirse identificado con la misma; para poder trabajar adecuadamente por ella y no atentar contra otras personas. El hecho de quitar la libertad a un ser humano deteriora en él muchas otras esferas, y al volver a la vida en sociedad le es muy difícil adaptarse al sistema y recuperarse debidamente, pues la vida dentro de la prisión deja, por lo general, traumas irreversibles en una persona. Por ello, la Justicia Restaurativa es una opción que mantiene al ser en su adecuado nivel de dignidad, recordando que tanto víctimas como

victimarios tienen derecho a una nueva oportunidad y a no ser relegados fuera del grupo social, siempre que tengan la capacidad de reintegrarse al núcleo sin romper los lazos que crean la verdadera paz social.

Es importante tener en cuenta que, debido a que esto no sucede en la actualidad, el panorama de inseguridad actual produce ciertas actitudes que mueven a las mayorías a tener comportamientos en contra de los Derechos Humanos, queriendo deshacerse particularmente de los victimarios, arguyendo que la justicia penal es insuficiente para mantener una comunidad en condiciones dignas. Es de este modo en que las comunidades empiezan a querer pasar por encima de la dignidad humana y tomar venganza por su propia mano: cuando notan que la efectividad de la administración de justicia es baja, y cuando, a su parecer, es momento de que se reforme la política criminal creando más tipos penales y aumentando los castigos. Entonces se entra en un contrasentido, porque el modo de acabar con las iniquidades no es aumentando los castigos, sino cambiando las penas y el modelo de justicia tradicional.

Así, se concluye que uno de los factores en contra del cambio hacia un método de justicia alternativo es la mentalidad rígida de la comunidad, que ha sido atropellada con injusticias históricamente en Colombia. A su vez, es necesario concluir que un factor fundamental para ese cambio es el cambio de mentalidad y el apoyo de la sociedad, pues cada individuo tiene en sí la decisión de acudir a programas de justicia restaurativa, los cuales tienen que ser implementados en los centros educativos, desde colegios hasta universidades; los lugares de trabajo, y, por supuesto, tener un mayor impulso dentro del mismo Derecho penal.

Otra conclusión a la que se ha llegado con esta investigación es que la reforma de la política criminal no tiene que dirigirse a combatir los síntomas sino el problema desde la raíz. Si bien el aumento de penas conlleva al hacinamiento carcelario, la solución no es hacer más cárceles, porque de la misma manera seguirá aumentando el número de reclusos y, como se ha visto, éstos no salen de la cárcel siendo rehabilitados o resocializados, sino también victimizados por el sistema. La solución es, evidentemente, cambiar el sentido de las penas e involucrar a los individuos dentro de la misma. Igualmente es necesario impulsar soluciones para el problema de las numerosas

medidas de seguridad que, como se veía en esta investigación, constituyen un gran porcentaje de reclusos en los establecimientos carcelarios.

El involucramiento de las partes (la víctima, el victimario y la comunidad) es el paso fundamental para establecer la Justicia Restaurativa como método a utilizar para poder sellar este dilema. Si bien es un paradigma que abre oportunidades a la víctima para poder afirmar sus derechos, involucrarse firmemente en la resolución de un conflicto penal y tener ahora un papel de protagonismo, no se debe olvidar que el victimario no debe desplazarse hacia la sombra, pues de él depende también que exista un verdadero propósito de cambio y una responsabilización adecuada para poder reparar los daños realizados de la forma en que la víctima y la comunidad lo consideren adecuado. No es cuestión de un protagonismo o un dominio de una parte sobre la otra. Lo verdaderamente importante es partir de los vínculos sociales rotos y establecer estrategias propicias para repararlos.

Es de gran importancia tener en cuenta la no victimización del victimario, y no olvidar que la misma etiqueta de 'criminal' le lesiona en sus derechos, puesto que, pese a haber cometido una acción delictiva, no se le debe reconocer en su personalidad con una etiqueta que lo victimizará por el resto de su vida. En lugar de reconocerlo negativamente de esta forma, se concluye de esta investigación que es mucho mejor hablarse de este sujeto como 'victimario', puesto que así se le está responsabilizando y no estigmatizando por la acción cometida. Esto debido al impulso de paz social que trae consigo la Justicia Restaurativa, puesto que no es un elemento de venganza sino de reparación.

Así, es necesario esparcir el conocimiento del concepto y el uso de la Justicia Restaurativa, primero, para poder usarla en ámbitos de menor impacto que el penal y, segundo, para poder resolver conflictos de menor envergadura y no tener que usar la vía jurisdiccional. Esto en cualquier comunidad y con cualquier tipo de personas involucradas. Para esto se concluye que también es necesario que jueces y fiscales promuevan el uso de la misma para descongestionar el aparato judicial mientras conceden mecanismos alternativos de resolución de conflictos a personas que pueden lograr sus fines de mejor manera por esta vía. Es necesario que éstos y los abogados estén mejor capacitados respecto a este menester, ya que, como se ha demostrado con

esta investigación, es una vía que acarrea menos costos para todas las partes y es mucho más apta para lograr beneficios para todos los implicados.

Es también interesante tener en cuenta que, los juristas involucrados en el derecho penal deben estar mucho más conectados con el presente, es decir, dejar de jugar con teorías y con análisis puramente dogmáticos, mientras que la realidad, allí al otro lado, está teniendo otro tipo de exigencias. El poder político, como ha dicho SANZ MULAS, aduce utilidad, y la sociedad, por su parte demanda protección[201], tal como se vio en el desarrollo de esta investigación. Es justo que usar todo el conocimiento en la materia para lograr avances en el campo social; tener en cuenta que el derecho penal es una disciplina muy influyente en la consolidación de sociedades justas. Así, el abogado penalista "tendrá que estar armado no sólo de una excelente formación teórica que le permita seguir el hilo conductor de la discusión contemporánea sino que, por imperativo, debe tener una excelente preparación para denunciar los atropellos cotidianos, y luchar sin cuartel por los derechos fundamentales de la persona en pro de la paz, en una sociedad pluralista y democrática[202]".

Se concluye que los programas de Justicia Restaurativa deben promocionarse más activamente. Éstos deben ser opciones que lleguen desde la autoridad para que las partes se sientan seguras de llevar un proceso por estos medios, entendiendo desde el principio el procedimiento y los beneficios que se pueden conseguir con el mismo. Se concluye que debe existir reglamentación más específica respecto al tema, ya que sólo se ha tratado específicamente para el caso de la conciliación, la cual ha tenido efectos muy positivos en el sistema, puesto que se ha venido implementando progresivamente en la práctica. De esta misma manera, es posible que exista reglamentación para los demás programas de justicia restaurativa; podernos informar y advertir a las partes en un proceso penal y a la comunidad, para que los conflictos no siempre se solucionen por vía judicial sino puedan empezar a ser resueltos por vía restaurativa.

---

[201]SANZ MULAS, Nieves. La validez del sistema penal actual frente a los retos de la nueva sociedad. Publicado en: DÍAZ-SANTOS, Diego y CAPARRÓS, Fabián. *El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad.* Madrid: Colex, 2003, pp. 9 y ss.

[202] VELÁSQUEZ, Fernando. Globalización y Derecho penal. Disponible en: <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_34.pdf>

Bibliografía

ACOSTA MUÑOZ, Daniel. Desarrollo de sistemas y regímenes penitenciarios previos a la progresividad del tratamiento. Disponible en: <http://psicologiajuridica.org/psj196.html>

AGUIRRE, Eduardo Luis. Derecho penal mínimo y estado constitucional de Derecho. En: Derecho a réplica (blog). Disponible en:<http://derecho-a-replica.blogspot.com/2012/11/derecho-penal-minimo-y-estado.html>

ANTONINI, Pablo. Sistema progresivo. Universidad de Mar del Plata. Disponible en: <http://www.execucaopenal.com.br/sistemaprogresivo.pdf>

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

BARATTA, Alessandro. Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam).Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.

BEDOYA SIERRA, Luis Fernando; GUZMÁN DÍAZ, Carlos Andrés; VANEGAS PEÑA, Claudia Patricia. Principio de oportunidad: bases conceptuales para su aplicación. Fiscalía General de la Nación, 2010. Disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/01/PrincipiodeOportunidad.pdf>

BERGALLI, Roberto y RIVERA BEIRAS, Iñaki. Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas. Barcelona: Anthropos, 2005.

BRAITHWAITE, John. Crime, shame and reintegration. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

BRAITHWAITE, John. Regulation, crime, freedom. Darthmouth, Ashgate.

BRITTO RUÍZ, Diana. Justicia restaurativa: reflexiones sobre la experiencia de Colombia. Colección Cultura de Paz. Ecuador: Editorial de la Universidad técnica particular de Loja, 2010.

CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. Derecho Penal como *última ratio*: hacia una política criminal racional. Revista Ius et Praxis, año 14,N° 1, p. 13 a 48. Disponible en:<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v14n1/art02.pdf>

CARRARA, Francesco. Programa de Derecho criminal (Traducción: Octavio Béeche/Alberto Gallegos), Tomo II. No. 584.

CARREÑO GÓMEZ, Bernardo. Introducción a la victidogmática: hacia un estado social de justicia restaurativa. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2013.

CERETTI, A. Giustizia riparativa e mediazione penale: esperienze e pratiche a confronto. En: Scaparro, Fulvio. II corragio di mediare. Milán: Guerini e Associati. 2001.

CHINCHILLA CALDERÓN, Rosaura; LINARES OROZCO, Éricka. Penas alternativas a la prisión. ¿Menos cárcel o más control social? (análisis del proyecto de código penal). Revista de ciencias penales. Edición 15, octubre de 2003.

CHRISTIE, Nils. La industria del control del delito ¿la nueva forma del holocausto? Traducido por Sara Acosta. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2º edición, 1993.

CHRISTIE, Nils. Una sensata cantidad de delito. Editores del Puerto, 2004.

CLAVIJO, Sergio. Costos y eficiencia de la rama judicial en Colombia: políticas de choque operativo. Bogotá: Editorial Anif- Asociación Nacional de Instituciones Financieras, 2011. Disponible en: <http://anif.co/sites/default/files/uploads/LIBROJUSTICIA-11.pdf>

CNM- Colombia nunca más. El derecho a la verdad, la justicia y la reparación integral. Octubre 8 de 2008. Disponible en: <http://www.movimientodevictimas.org/~nuncamas/index.php?option=com_content&view=article&id=5&Itemid=313>

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Casos Kelly v. Jamaica, (253/1987), 8 de abril de 1991. Informe del CDH, (A/46/40), 1991; y Párkányi v. Hungary (410/1990), 27 de julio de 1992, Informe del CDH, (A/47/40), 1992.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez (fundamento 166), Sentencia del 29 de julio de 1988.

COURTIS, Christian. Ecos cercanos. Escritos sobre derechos humanos y justicia. Bogotá: Siglo del hombre Editores, 2009.

CUAREZMA TERÁM, Sergio J. La victimología. Estudios básicos de derechos humanos. Tomo V. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1839/19.pdf>

DIARIO EL TIEMPO. El país detrás de las rejas. 26 de agosto de 2015. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/multimedia/infografias/carceles-y-presos-de-colombia/14739475>

DOMINGO, Virgina. Una primera aproximación a la justicia restaurativa. Justicia Restaurativa por Virginia Domingo. Publicado en: Agosto 26 de 2014. Disponible en: <http://blogdelajusticiarestaurativa.blogspot.com/2014/08/una-primera-aproximacion-la-justicia.html>

DURÁN, Mario. Justificación y legitimación político-criminal de la pena. Concepto, criterios y orientaciones en la actual jurisprudencia nacional. Revista Política criminal, Volumen 4, número 8. Diciembre de 2009. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v4n8/art01.pdf>

EL PAÍS. Víctimas de violencia en Buenaventura reclaman más atención de las autoridades. En: El país. Diciembre 3 de 2014. Disponible en: < http://www.elpais.com.co/elpais/judicial/noticias/victimas-buenaventura-inconformes-por-falta-respuesta-autoridades>

ESCALANTE BARRETO, Estanislao. Atrapados en las rejas del sistema penal. UN periódico. Agosto 9 de 2014. Disponible en:

<http://www.unperiodico.unal.edu.co/dper/article/atrapados-en-las-rejas-del-sistema-penal.html>

FERRAJOLI, Luigi. Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales. Traducción del profesor Walter Antillón M., de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Disponible en: <http://www.juareztavares.com/textos/ferrajoli_bens_minimo.pdf>

FERRAJOLI, Luigi. El derecho penal mínimo. En: Prevención y Teoría de la Pena. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995.

FOGLIA, Sebastián Luis. Derechos humanos: su aplicación frente a la superpoblación carcelaria. Revista electrónica de Derecho Penal Online. Disponible en: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=16,111,1,0,1,0>

FOUCAULT, Michel. Vigilar y castigar. 27ª edición. México: Siglo Veintiuno Editores, 1998. Traducción de Aurelio Garzón del Camino.

GALVIS RUEDA, María Carolina. Sistema penitenciario y carcelario en Colombia: Teoría y realidad. Pontificia Universidad Javeriana. Disponible en: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS92.pdf>

GÓMEZ GRILLO, Elio. El problema de la prisión. Resumen de una conferencia dictada en el VI seminario oriental sobre ciencias del delito celebrado en Lecherías, Edo. Anzoátegui, del 1 al 5 de noviembre de 1978.

GÓMEZ GRILLO, Elio. Introducción a la Criminología, Segunda edición. Caracas: Publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad central de Venezuela. 1966.

HALANOCA HUAMÁN, Julián César. El derecho penal mínimo, principios y derechos humanos. En *Agenda Magna*el, 26 de febrero de 2009. Disponible en: <https://agendamagna.wordpress.com/2009/02/26/los-principios-extrasistematicos-de-la-minima-intervencion-penal/>

INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO (INPEC). Informe estadístico junio 2015. Disponible en:

<http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/Inpec/Institucion/Estad%EDsticas/Estadisticas/Informes%20y%20Boletines%20Estad%EDsticos/INFORME%20JUNIO%202015_0.pdf>

ISSA-ARIAS. Derechos humanos en el sistema penal. Costa Rica: Editorial Universidad Estatal a Distancia, 1996. Citado por: SANZ MULAS, Nieves. España y Colombia. Alternativas a la prisión. Madrid: Colex, 2000.

JAKOBS, Günter. Culpabilidad y prevención. Estudios de derecho penal. Traducción de Carlos Suárez Gonzales del texto en alemán «Schuldund Prävention», Tübingen, 1976. Madrid: UAM-Civitas, 1997. Citado en: MONTOYA VIVANCO, Yván. La justificación del derecho penal en Jakobs y sus consecuencias en el ejercicio de la potestad jurisdiccional en un Estado constitucional. Disponible en: <dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5085114.pdf>

KAISER, Günter. Introducción a la criminología. Madrid: Editorial Dykinson, 1988.

KANT, Immanuel. La metafísica de las costumbres. Madrid: Editorial Tecnos. 2005.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo. Victimología. Editorial Tirant to Blanch, primera edición. 1990. p. 44.

LARRAURI PIJOAN, Elena. La economía política del castigo. Revista electrónica de ciencia penal y criminología. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-06.pdf>

LEYVA ESTUPIÑÁN, Manuel Alberto; LUGO ARTEAGA, Larisbel. El derecho penal mínimo y el bien jurídico. Disponible en: <www.alfonsozambrano.com/principio/pr-dpenal_bienjuridico.doc>

LÓPEZ LÓPEZ, Wilson, PEARSON, Annette y BALLESTEROS, Blanca Patricia. Victimología: aproximación psicosocial a las víctimas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2008.

MADRID FERNÁNDEZ, Salvador. De la utilidad de la pena. En Legaltoday. Disponible en: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/penal/de-la-utilidad-de-la-pena>

MARCHIORI, Hilda. Criminología. Introducción. Editorial Marcos Lerner .Córdoba. 1999.

MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro Enrique. La víctima en el sistema acusatorio y los mecanismos de justicia restaurativa. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2010.

MENDELSOHN, Benjamín. La victimología y las tendencias de la sociedad contemporánea. En: revista Ilanud, al día. San José, año 4, abril de 1981.

NAJAR MORENO, Esperanza. Derecho a la verdad y justicia transicional en el marco de aplicación de la ley de justicia y paz. Estudios de derecho penal. Prólogo de Omar Huertas Díaz. Bogotá: Corporación de juristas Siglo XXI y grupo editorial Ibáñez, 2009.

NEUMAN, Elías. La sociedad carcelaria. Citado por FERNÁNDEZ, Lorena. Alternativas a la pena de prisión en Costa Rica. Tesis, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1994,

NEUMAN, Elías. Victimología. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1984.

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. Manual sobre programas de justicia restaurativa. Serie de manuales sobre justicia penal. Naciones Unidas, Nueva York, 2006, p. 9. Disponible en: <http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf>

PALADINES RODRÍGUEZ, Jorge Vicente. ¿Para qué sirve la cárcel? Diálogo con Infobae América. Disponible en: <http://www.infobae.com/2014/05/24/1567148-para-que-sirve-la-carcel>

PAPA FRANCISCO. Carta a los participantes del XIX Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal y a los participantes del III Congreso de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología. Vaticano. Mayo de 2014. Disponible en: <http://w2.vatican.va/content/francesco/es/letters/2014/documents/papa-francesco_20140530_lettera-diritto-penale-criminologia.html>

PARMA, Carlos. Primer congreso binacional de Derecho penal y criminología. Guayaquil, 2005. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=VmTBZkpKkZM>

PAVARINI, Massimo. La miseria del reformismo penitenciario. En: Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina. Buenos Aires: Editores del Puerto,1999.

PENAL REFORM INTERNATIONAL. ¿Una condena de prisión es siempre la solución? Agosto 2 de 2014. Visto en: <http://vimeo.com/100795630A>

PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando y PÉREZ CASTRO, Brenda Johanna. Curso de criminología. Octava edición. Editorial Temis, 2009. Bogotá.

PINATEL J. Tratado de Criminología. Universidad Central de Venezuela.Caracas: Ediciones de la Biblioteca, 1984.

PULZO. Las víctimas del conflicto armado en Colombia están mal contadas, mal informadas y mal reparadas. Abril 25 de 2015. Disponible en: < http://www.pulzo.com/nacion/las-victimas-del-conflicto-en-colombia-estan-mal-contadas-mal-informadas-y-mal/330846>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Real Academia Española. Avance de la vigesimotercera edición. Disponible en: <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=ug53dPLUq2x52lsOKAz>

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Congreso de la República. Ley 1098 de 2006.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Congreso de la República. Ley 65 de 1993, Código Penitenciario y Carcelario.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Congreso de la República. Ley 906 de 2004.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-180/14. M.P. Alberto Rojas Ríos.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-225/1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-228/02. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-260/11. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-277/98. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-387/14. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-651/11. M.P. María Victoria Calle Correa.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-715/12. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-979/05. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-153/98. M.P. Eduardo Cifuentes.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-275/94. M.P. Alejandro Rodríguez Caballero.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-286/11. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-388/13. M.P. María Victoria Calle Correa.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia T-762/15. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Departamento nacional de planeación. Política penitenciaria y carcelaria. Documento CONPES 2797, Ministerio de Justicia, Ministerio de Hacienda y crédito público. DNP, Bogotá. 1995.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 599 de 200, Código Penal.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. La punibilidad en la dogmática penal y en la política penal. En: revista del Instituto de Ciencias penales y criminológicas V. 6, N. 19. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: Ediciones Librería del profesional, 1983.

ROXIN, Claus. Problemas Básicos del Derecho Penal. Traducción de Diego Manuel Luzon Peña. Madrid: Editorial Reus, 1976.

SANDOVAL HUERTAS, Emiro. Penología. Ediciones Jurídicas. Colombia, 1998.

SANZ MULAS, Nieves. El derecho penal ante los retos del siglo XXI: La urgencia de un Derecho penal que haga frente a los "nuevos" problemas, pero sin olvidar los "viejos" límites. En: cuadernos de política criminal *nº106, i, época ii, abril 2012.*

SANZ MULAS, Nieves. España y Colombia. Alternativas a la prisión. Madrid: Colex, 2000.

SANZ MULAS, Nieves. La validez del sistema penal actual frente a los retos de la nueva sociedad. Publicado en: DÍAZ-SANTOS, DIEGO y CAPARRÓS,FABÍAN. *El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad.* Madrid: Colex, 2003.

SANZ MULAS, Nieves. Sistema de sanciones en España y Colombia. Alternativas a la prisión. En: Alternativas a la pena privativa de libertad. Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana. Madrid: Colex, 2000.

SHEARING, Clifford; WOOD, Jennifer. Pensar la seguridad. Editorial Gedisa.

SIERRA, Hugo Mario; SALVADOR CANTARO, Alejandro. Lecciones de Derecho Penal, Parte general. Bahía Blanca: Editorial de la Universidad Nacional del Sur, 2005.

SOCIEDAD CIENTÍFICA DE JUSTICIA RESTAURATIVA. ¿Qué es la justicia restaurativa? Disponible en: <https://sites.google.com/site/sociedadcientificadejr/-que-es-la-justicia-restaurativa>

TÉLLEZ AGUILERA, Abel. Derecho penitenciario colombiano: una aproximación desde la experiencia española. Fundación Dialnet. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=224088>

VAN NESS, Daniel y HEETDERKS STRONG, Karen. Restoring justice. Segunda edición. Cincinnati: Anderson publishing. 1988.

VELÁSQUEZ, Fernando. Globalización y Derecho penal. Disponible en: <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_34.pdf>

VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter. Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, 1799. Citado por CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Culpabilidad e imprudencia. Madrid: Centro de publicaciones Ministerio de justicia, 1990.

VON LISZT, Franz. La idea de fin en el Derecho penal. México, D.F.: Instituto de investigaciones jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.

WACQUANT, Loïc. Las cárceles de la miseria. Buenos Aires: Manantial, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal: Parte General. Buenos Aires: Ediar Editores, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La cuestión criminal. Disponible en: <https://espectadores.files.wordpress.com/2011/09/cuestioncriminal_f16.pdf>

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La palabra de los muertos. Buenos Aires: Ediar, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Parte general, Tomo V. Buenos Aires: Ediar editores, 1998.

ZÁRATE, Héctor Horacio. Justicia Restaurativa América Latina (blog). Disponible en: <http://justiciarestaurativaamericalatina.blogspot.com/2014/08/desde-el-abolicionismo-penal-algunos.html?spref=fb>