

# EFFECTOS VICTIMIZANTES DE LA PENA DE PRISIÓN CARCELARIA EN LA FAMILIA DEL CONDENADO<sup>1</sup>

MARÍA PATRICIA BALANTA MEDINA\*

*Presidenta Capítulo de Buga*

*Febrero de 2006*

## INTRODUCCIÓN

Nuestra Carta Política define a Colombia como un Estado Social y Democrático de Derecho, fórmula política que confiere al Estado la responsabilidad de configurar y organizar política y socialmente la comunidad para vivir dignamente, contando con un mínimo de elementos materiales que garanticen una existencia plena de seguridad y convivencia pacífica; esto se traduce en derechos sociales a los cuales debe corresponder el Estado mediante políticas de inversión y de primacía del gasto público, en procura de un orden justo.

Afianzando entonces el Estado Social y Democrático de Derecho, nuestra Constitución le ha asignado al derecho penal una función garantista para evitar la victimización de los actores comprometidos en el delito; es lo que se ha llamado: **“La constitucionalización del derecho penal”** procurando la asunción de caros valores de justicia social en su gran dimensión, estructurados en la solidaridad y la participación, pues es a partir de estos postulados que se edifica un sistema político abierto e integrado con la cultura, que va entretejiendo formas y entrelazando principios que sostienen un sinnúmero de estadios de realización humana.

\* Abogada de la Unidad Central del Valle del Cauca de Tuluá. Especializada en Comercio Internacional, Derecho de Familia y Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia. Investigadora. Magistrada del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Buga. Docente. Coordinadora de los Semilleros de Investigación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Humanísticas del Programa de Derecho de la Unidad Central del Valle del Cauca. Presidenta del Capítulo del Instituto Colombiano de Derecho Procesal del Departamento del Valle del Cauca – Buga.

<sup>1</sup> Versión abreviada de la investigación para publicación.

Ante el listado de factores que han incidido en la crisis carcelaria que se ha agudizado en las últimas décadas, diremos que aunque existe dentro del sistema penitenciario y carcelario una política de "resocialización", los balances de las acciones y resultados concretos señalan grandes diferencias y limitaciones para cumplir con su objetivo final de brindar asistencia integral a los reclusos en procura de una verdadera reinserción a la sociedad.

La realidad indica que no existen políticas públicas dirigidas a atender la familia de los condenados a pena de prisión carcelaria y estos núcleos sociales, se convierten sin duda, en un potencial delincencial muy grande que degeneran el entramado social con efectos multiplicadores insospechados. Esta situación no solo se vive en Colombia, sino que ha permeado casi todos los países de América Latina; fue por ello que surgió especial motivación para llevar a cabo el estudio que se desarrolla a continuación y que pretende, en principio, **visualizar y analizar los principales efectos victimizantes que la pena de prisión carcelaria produce en la familia del condenado**, desconociéndose los derechos contenidos y reconocidos en instrumentos internacionales sobre derechos humanos, especialmente en el conjunto de principios para la protección de todas la personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, adoptado por la asamblea general de las Naciones Unidas del 9 de diciembre de 1988, artículo 31, que expresa:

**Las autoridades competentes procurarán asegurar, de conformidad con el derecho interno y cuando se necesite, la asistencia a los familiares de las personas detenidas o presas que estén a cargo de éstas, y en particular a los menores, y velarán especialmente por la tutela de los niños que hayan quedado privados de supervisión.** (Subrayado fuera de texto).

Este trabajo también permite distinguir que, la adopción de un sistema punitivo en protección de la sociedad, surge de la investigación de las causas del delito, teniendo en consideración que, es a partir de allí que se posibilita la eliminación o reducción efectiva de los factores criminógenos<sup>2</sup>; de igual manera se abre camino la rehabilitación de los delincuentes, reinsertándolos a la vida social como miembros útiles de la comunidad<sup>3</sup>. Esto para significar que, solo cimentados en los valores sociales a los que se les brinde protección, es que deviene un cambio positivo en la materia, restableciendo

<sup>2</sup> Algunos autores hablan de criminogénesis.

<sup>3</sup> Política de patronatos.

el orden justo. Finalmente se presenta una propuesta para que el Estado colombiano efectivice la protección al grupo familiar de los condenados<sup>4</sup>.

### I. UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE PENA

La pena como consecuencia jurídica del hecho, inflige un **mal** al autor por causa de su conducta punible; y como lo sostienen varios autores consultados, la pena es una **desaprobación** querida y consciente del hecho y del autor. En ella se expresa un juicio de desvalor ético-social<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Por sus características la investigación se abordó desde una perspectiva sociojurídica e interdisciplinaria, donde se recurrió a la antropología jurídica para conocer más de cerca las costumbres y la cosmovisión de las comunidades indígenas sobre el **deber ser** de las penas; para ello se realizó trabajo de campo que implicó el desplazamiento hasta los resguardos Nasa (norte del departamento del Cauca) y Niza Nasaque y Guasiruma (Centro del Departamento del Valle del Cauca) donde se recogió información mediante entrevistas a once (11) indígenas; así mismo se visitaron dos (2) de las más importantes instituciones carcelarias y penitenciarias del Distrito Judicial de Guadalajara de Buga, donde se recibió atención por una trabajadora social y un director; en estos establecimientos se escucharon casos narrados por ocho (8) internos, –tres (3) de ellos mujeres– y especialmente la exposición que sobre la situación en general de todos los reclusos rindió la trabajadora social de la penitenciaría de Buga y el director de la cárcel del circuito de Tulúa.

Esta tarea no fue sencilla, no tanto por las restricciones y medidas de seguridad en sí mismas consideradas, sino ante todo por la poca voluntad que los internos muestran para hacer una narrativa de tal naturaleza, por cuanto se sienten hondamente golpeados y no ven en el entrevistador un referente que alivie sus males o desgracias. Claro está que basta recorrer el espacio que comparten con sus compañeros de patio en las instituciones penitenciarias y el drama que contagian con sus relatos, para también sentirnos conmovidos y preocupados. No obstante, sumergidos en tanto dolor, aún les quedan fuerzas para preguntarse: ¿Qué está pasando?; ¿dónde está la dignidad humana?; ¿por qué la indiferencia del Estado y la sociedad?. Este devenir impide que la muestra poblacional en las cárceles sea más amplia, no obstante, valiéndonos de estos conversatorios a partir de los cuales escuchamos la complejidad de los problemas de otros reclusos, unido a lo narrado por las directivas de las instituciones y trabajos de campo cumplidos en las cárceles colombianas por otras instancias, se nos permitió elevar un diagnóstico que en estrictez involucre el estado general de esta problemática angustiante. También se obtuvo información de una (1) funcionaria del Instituto Colombiano de Bienestar familiar Centro Zonal Buga y por supuesto de la judicatura: un (1) juez Promiscuo de familia de Sevilla (V); Un (1) juez de ejecución de penas y medidas de seguridad de Buga y un (1) Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga. En verdad este estado de cosas nos dio fuerzas para afianzar una investigación que procurara llamar la atención en torno a una problemática que es prioritaria en todo el mundo y no puede quedarse en meras estadísticas, a merced de las arbitrariedades consentidas y propiciadas.

<sup>5</sup> GARCÍA, Luis M. *Reincidencia y punibilidad. Aspectos Constitucionales y dogmática penal desde la teoría de la pena*. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2005. Págs. 19 y siguientes.

En todo caso coloca a sus destinatarios en una situación desagradable, de sufrimiento, es un **castigo**, por cuanto implica privaciones o restricciones en el goce de bienes jurídicos; esto para entender que jurídicamente la pena prohíja un mal, porque no puede ofrecérsele un premio al delincuente. Aún quienes hallan legitimidad en la pena sobre la base de un propósito de prevención especial o general, la misma es un mal que en el fondo persigue un bien.

En el marco de las teorías de la pena, encontramos la tesis **retribucionista**, que halla su más claro defensor en Kant, quien basa la pena en el hecho del merecimiento de la misma por el delincuente, buscando la realización de la justicia, aunque resulte innecesaria para el bien de la sociedad. También se perfila la llamada, **prevención especial**, que considera que solo es indispensable aquella pena que se encamina a evitar la reincidencia de cada autor en concreto y la teoría de la **prevención general negativa** que persigue imbuir un temor que sirva de freno a la posible tentación de delinquir, se dirige solo a los eventuales delincuentes; por su parte la **prevención general positiva**, persigue la internalización seria en la conciencia colectiva, de la reprobación jurídica de los delitos y la satisfacción del sentimiento jurídico de la comunidad. Hay otras tesis intermedias: **teorías unitarias, unificadoras o mixtas**, que procuran contrarrestar la rigidez de las anteriores y advierten la imposibilidad de adoptar una fundamentación desde las fórmulas puras, terminando como sumatorias de los varios puntos de vista de las otras posiciones. En todo caso, la reseña conceptual de todas estas teorías debe quedar reservada a otro trabajo, dejándose claro que además existen otras clasificaciones presentadas por doctrinantes, que en buena medida plantean argumentos similares a los citados; también se advierte, que todas estas teorías han encontrado sus defensores y también sus detractores<sup>6</sup>.

Sobre el **deber ser** de la pena, Hobbes considera que no es solo motivar coactivamente a la obediencia, sino así mismo y recíprocamente garantizar por parte del Estado la seguridad de que se respetarán las condiciones del pacto social, eliminando la "sospecha" razonable de que los demás no respetarán el cumplimiento de sus acuerdos<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Welzel, Maurach, Baumann, Roxin, Stratenwerth, Grundkurs, Gimbernat Ordeig, Mir Puig, entre otros tantos que también han formulado sus propias teorías.

<sup>7</sup> Citado por Rafael Alcocer Guirao. Conferencia "La Tentativa y los fines del Derecho Penal", cumplida en el marco de las XXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal, cumplidas en la Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2002, Págs. 7 a 92.

La Corte Constitucional nuestra, ha considerado que la pena tiene como fin asegurar la convivencia pacífica de todos los residentes en Colombia, mediante la protección de los bienes jurídicos de que son titulares las personas, especialmente sus derechos fundamentales.

La idea es que la pena como respuesta a las conductas delictuales, se proyecte en el respeto de los derechos y libertades de tal linaje, sin que sea meritorio tratar de acercarnos a los que en otras latitudes se afianzan conforme a su organización política (estable) y económica (avanzada), pues es preciso que en Colombia se construya conocimiento en esta y otras materias, a partir de elementos propios de la realidad nacional. Parece ser que los efectos de la globalización, el desarrollo de las comunicaciones y la transnacionalización de la criminalidad y su control, han impedido la legitimación del derecho penal colombiano.

Basta indicar entonces con el doctor, Iván González Amado, que los planteamientos jurisprudenciales en materia Constitucional, están precisando que la labor de determinación judicial de la pena, debe obedecer a un claro ejercicio que relacione estrechamente la personalidad y la historia social del individuo infractor, por lo que se impone otorgar al juez un amplio campo de discrecionalidad para establecer, cuándo la pena es realmente necesaria, qué cantidad de ella le corresponde al sujeto de acuerdo con su grado de culpabilidad y qué calidad de sanción puede asegurar la reinserción del individuo a la sociedad. Esta tarea ha sido disminuida en grado sumo por la ley, que finalmente impide cumplir con el presupuesto de individualización de la pena. Sobre el particular resalta el jurista en sus comentarios:

*El legislador, entonces, se apartó de los lineamientos que la doctrina le había señalado para la fijación legal de las sanciones, y renunció expresamente a la oportunidad de introducir en el sistema penal colombiano respuestas punitivas tales como el trabajo en obras de interés social, la amonestación y otras formas de pena que podrían mostrar resultados efectivos si se asumieran responsablemente como respuestas frente a un hombre infractor concreto<sup>8</sup>.*

Aún más, obviando todos los cuestionamientos que la doctrina moderna ha hecho a la pena privativa de la libertad, el legislador del año 2000 mantuvo la prisión carcelaria como principal y casi única respuesta a la conducta

<sup>8</sup> Ponente en el marco de las XXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal, cumplidas en la Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2002, Págs. 449 a 500.

punible, sin atender las particulares condiciones que rodean su ejecución y afectan la dignidad humana, con lo cual se observa un nuevo desconocimiento de la doctrina de la Corte Constitucional<sup>9</sup>.

Es evidente que cualquier posición que se sustente respecto de las penas privativas de la libertad en general, involucra necesariamente el régimen de reincidencia, por lo que es conveniente cerrar este capítulo, indicando con Luis M. García<sup>10</sup> que quienes ven en las actuales penas un modo injustificable de estigmatización y marginalización del delincuente, no pueden menos que postular la supresión total de la reincidencia de los Códigos Penales; como que se viene renegando de la cárcel como lugar apto para resocializar a una persona privada de su libertad, cuando, según su juicio, esta segrega, margina, etiqueta y corrompe; resultado finalmente adverso al modo normal de tratamiento previo a la reinserción en la sociedad.

Se comparten las formulaciones de muchos teóricos que con razón señalan que existe honda responsabilidad del conjunto social en la génesis del delincuente, por los condicionamientos que la misma sociedad le impone, argumentando que esta prevención se agrava si el Estado **cayendo en la ficción y olvidando la realidad** se dedica a reprimir; a agravar las penas por efecto de la reincidencia; a incriminar

<sup>9</sup> "El cambio político de un Estado liberal de Derecho, fundado en la soberanía nacional y en el principio de legalidad, a un Estado Social de Derecho, cuyos fines esenciales son, entre otros, el servicio a la comunidad, la garantía de efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, y la protección de los derechos y libertades (art. 2° C.P.), presupone la renuncia a teorías absolutas de la autonomía legislativa en materia de política criminal. La estricta protección de los bienes jurídicos y los derechos inalienables de la persona (art. 5° C.P.), tornan la dignidad e integridad del infractor penal en límite de la autodefensa social. El contenido axiológico de la Constitución constituye un núcleo material que delimita el ejercicio de la función pública y la responsabilidad de las autoridades (art. 6° C.P.). Con su elemento social, la Constitución complementa, en el terreno de la coerción pública, la voluntad con la razón. Sólo el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, esto es, acorde con el marco de derechos y libertades constitucionales, garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y la solidaridad humanas. En consecuencia, la calidad y la cantidad de la sanción no son asuntos librados exclusivamente a la voluntad democrática. La Constitución impone claros límites materiales al legislador (arts. 11 y 12 C.P.). Del principio de igualdad se derivan los principios de razonabilidad y proporcionalidad que justifican la diversidad de trato pero atendiendo a las circunstancias concretas del caso (art. 13 C.P.), juicio que exige evaluar la relación existente entre los fines perseguidos y los medios utilizados para alcanzarlos". Gaceta judicial. Sentencia C- 070 de 1996 de la Corte Constitucional. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>10</sup> O.p. idem.

la mayor cantidad de conductas posibles; etc.; cuando en este orden de cosas, lo conveniente es que se intente la sustitución de medidas privativas de la libertad para darle preeminencia a otras de distinta naturaleza y mayor eficacia, porque la reincidencia así como la criminalidad en general no se tabula en abstracto, requiere que el Estado brinde los medios materiales necesarios para una efectiva rehabilitación o reinserción.

## II. HACIA EL AFIANZAMIENTO DE UNA POLÍTICA CRIMINAL SERIA Y EFICAZ

Expresan los reconocidos juristas colombianos, Jaime Bernal Cuéllar y Eduardo Montealegre Lynett, que la política criminal no es sinónimo de represión, pues tal postura equivale a una reducción excesiva del concepto, por lo tanto, la política criminal es un conjunto de estrategias, normativas o no, que el Estado diseña para enfrentar fenómenos que se consideran causantes de **perjuicio social**.

Siguiendo los dictados de nuestra Constitución Política, que proclama como fines del Estado, entre otros, los de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la normativa superior, al igual que la protección por parte de las autoridades de la República, a las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades; es consecuente que en su artículo 93 disponga que, los derechos constitucionales deberán interpretarse de conformidad con los tratados de derechos humanos celebrados por Colombia. Finalmente es la integración del bloque de constitucionalidad, que mencionando los derechos humanos, conlleva a la identificación, tal como lo precisan las Naciones Unidas, de tres clases de obligaciones para los Estados signatarios, como son, la obligación de **respeto**, la obligación de **protección** y la obligación de **cumplir**<sup>11</sup>. (Negrillas fuera de texto).

Acorde con esta pertinencia y recordando el compromiso investigativo reseñado, para el caso de Colombia se observa una clara violación a este orden jurídico universal, en el cual nuestro Estado, ha adquirido claros compromisos que le impiden actuar con indiferencia ante principios que proclaman protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Así se pronuncia la regla 31 del convenio adoptado por la asamblea general de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1988:

<sup>11</sup> Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

*Las autoridades competentes procurarán asegurar, de conformidad con el derecho interno y cuando se necesite, la asistencia a los familiares de las personas detenidas o presas que estén a cargo de éstas, y en particular a los menores, y velarán especialmente por la tutela de los niños que hayan quedado privados de supervisión*<sup>12</sup>.

Estos contenidos no se atienden y se manifiestan desarticulados del orden interno nuestro, por cuanto aún parece no concebirse el derecho internacional como fuente del derecho penal colombiano, cuando el reenvío a la legalidad internacional es un imperativo en la hermenéutica de la normativa penal.

Siguiendo al doctor Iván González Amado, diremos que la Corte Constitucional, ciertamente ha discurrido mucho sobre las teorías legitimadoras de las penas; sus condicionamientos constitucionales; sus límites como instrumento de protección de los bienes jurídicos penalmente tutelados; las características que debe tener la sanción en el ámbito legislativo y las consecuencias que esa configuración legal debe ostentar en la imposición de la sanción<sup>13</sup>.

Esta discursiva, empero, no es seguida por el legislador, quien abandonó el examen de los condicionamientos constitucionales de la pena en la

<sup>12</sup> Resolución 43/173 de 9 de diciembre de 1988. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Ginebra. Suiza.

<sup>13</sup> G. J. Sentencia C-646 de la Corte Constitucional, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. En este fallo sobre la política criminal, la Corte Precisa: *Es ésta el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole. Puede ser social, como cuando se promueve que los vecinos de un mismo barrio se hagan responsables de alertar a las autoridades acerca de la presencia de sucesos extraños que puedan estar asociados a la comisión de un delito. También puede ser jurídica, como cuando se reforman las normas penales. Además, puede ser económica, como cuando se crean incentivos para estimular un determinado comportamiento o desincentivos para incrementarles los costos a quienes realicen conductas reprochables. Igualmente puede ser cultural, como cuando se adoptan campañas publicitarias por lo medios masivos de comunicación para generar conciencia sobre las bondades o consecuencias nocivas de un determinado comportamiento que causa un grave perjuicio social. Adicionalmente pueden ser administrativas, como cuando se aumentan las medidas de seguridad carcelaria. Inclusive pueden ser tecnológicas, como cuando se decide emplear de manera sistemática un nuevo descubrimiento científico para obtener la prueba de un hecho constitutivo de una conducta típica" (...).*



elaboración y discusión de la reforma criminal del año 2000, así como el estudio de la realidad nacional para tratar de hacer compatibles las normas con las formas de ejecución penal, e introdujo algunas innovaciones técnicas sin tener en cuenta que éstas podrían resultar, una vez más, aportes teóricos que deslegitiman el ejercicio del poder punitivo estatal, quizás debido a algunas contradicciones que se observan en la doctrina constitucional, o prevalido de tópicos que no se conservan como eje fundamental de los estimativos de la misma Corte.

En tal sentido precisa el ponente:

*Ejemplo de ello es que en la reforma del sistema jurídico penal no se incluyó la reforma del Código Penitenciario y Carcelario; pero, más notorio aún, es el hecho de que, al parecer, en materia de redefinición de las sanciones y de asignación de penas a las conductas punibles, el legislador ni siquiera se tomó el trabajo de hacer un estudio sistemático de las normas para saber si el código conservaba su coherencia interna (...) <sup>14</sup>.*

No podemos llamarnos a engaño, en Colombia y en los demás países latinoamericanos, hay una crisis de la justicia penal y del sistema de control formal de conductas desviadas que atentan contra el patrimonio; la integridad personal, la vida de la humanidad y muchos más; bienes estos que se tornan fundamentales para la convivencia, como lo precisa uno de nuestros entrevistados <sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Ponente en el marco de las XXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal, cumplidas en la Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2002, Págs. 449 a 500.

<sup>15</sup> El Magistrado, Luis Fernando Tocora: Eso viene desde muy atrás. Si uno toma periódicos de hace un siglo, o de hace cincuenta años, también nos están hablando de la crisis de la justicia, del problema de la inseguridad, del desbordamiento de la violencia y de los atentados de los legalismos económicos. Claro que, ahora las cosas se extreman porque tenemos otros índices demográficos; porque la complejidad de la sociedad también da para la complejidad de las conductas en general y de las conductas delictivas en particular. Yo creo que esa crisis del sistema penal, revela en gran parte, por un lado, el clasismo del mismo sistema y la victimización de las clases subalternas de la sociedad. Entonces, el delito se convierte en gran medida en un delito intraclase, en que el victimario y la víctima pertenecen a un mismo sector social. (...) Por tanto, creo que habría que apuntar a que el sistema penal fuera menos clasista, más democrático y más participativo. Pero en el telón de fondo lo que hay que activar de una manera intensa son las políticas sociales que eleven los niveles mínimos de vida de las comunidades, porque mientras eso exista –sin caer en determinismos económicos– existirá este tipo de proclividades o de flujos de violencia y de criminalidad". (...) El ansia de seguridad genera en la gente incompreensión porque se espera que las fórmulas para combatir el delito sean inmediatas

Es que, tal como lo analiza el Magistrado, Luis Fernando Tocora López, las condiciones para hacer realidad tales transformaciones en América Latina, donde hay una ola de gobiernos democráticos que han tratado de operar algunos cambios, bien pueden cumplirse con la suficiente voluntad política, sin que se antepongan intereses clasistas, que muchas veces ejercen presión para derogar las leyes que les infligen restricciones que afectan sus intereses, es decir, los de arriba siempre hacen derogar las leyes para salir de las cárceles, mientras que los miembros de sectores menos favorecidos deben asumir las consecuencias nocivas de los actos de aquéllos. Resalta el mismo jurista:

*(...) las reformas tienen que ser estructurales, tienen que ser de fondo, tienen que tocar la criminalidad contra los intereses difusos y colectivos, tienen que reducir el extremo de represión a la que se ha llegado con la criminalidad convencional y aplicar allí más políticas sociales. Las políticas de prevención allí son de contenido social, que prevengan las situaciones de pauperización y necesidad de amplios sectores de la población, por lo que ese es el único camino de reducción de ese clima de inseguridad ciudadana que existe agobiantemente en nuestras sociedades<sup>16</sup>.*

A propósito de la participación comunitaria en las políticas sociales que logren estructurar marcos culturales adecuados para las finalidades político criminales, las comunidades indígenas investigadas, nos ofrecen un legado incomparable, las cuales no obstante poseer autonomía, deben respetar unos mínimos éticos y normativos consagrados en nuestra Carta Política como derechos fundamentales, por lo que son considerados como legitimados ante el orden constitucional, el sistema segmentario, el religioso y el de autoridades permanentes<sup>17</sup>.

---

y la gente no tiene conciencia en gran parte de la mediatización de la causas o de los factores que influyen en la criminalidad. Porque hay en buen caudal una mentalidad positivista, lombrosiana, en que la gente por obra de tanto control ideológico termina por creer que realmente el delito es una cuestión de perversidad de algunos, de maldad de otros y que no responde a estas cuestiones estructurales. (...)

<sup>16</sup> Luis Fernando Tocora.

<sup>17</sup> En cuanto a la imposición de la sanción o el perdón que está a cargo de la asamblea general, opera el principio de la participación comunitaria, pues son sus propios pares los que deciden sobre el particular a favor o en contra del procesado; en todo caso, la sanción debe seguir los fines de retribución, buen ejemplo al resto de la comunidad y restablecimiento del equilibrio; aspectos estos que en estricto sentido, corresponden a una verdadera justicia social.

Quiere decir que en estas comunidades la sanción va más allá del temor, pues la legitimidad del castigo representa vergüenza por parte de quien lo recibe, produciéndose al final la rehabilitación efectiva del sancionado<sup>18</sup>. Es importante entender que la pena para ellos, tiene repercusión en la familia (como las penas sociales de indemnización en procura de restablecer el estado de cosas frente al ofendido o la familia de la víctima) y en la sociedad, por cuanto la imputación de delito se dirige contra su autor y se extiende a su grupo familiar, el cual tiene el compromiso de controlar el comportamiento de sus integrantes<sup>19</sup>.

De acuerdo con la visita que cumplí en estos resguardos, acompañada del semillero de investigación que coordino en La Facultad de Ciencias Jurídicas y Humanísticas, Programa de Derecho de La Unidad Central del Valle del Cauca con sede en Tuluá, con el que realicé un trabajo intitulado: **“Legado Socio-cultural de las comunidades indígenas del Norte del Cauca y Centro del Valle al Sistema Penal”**, es interesante destacar que dentro de la pena personal, la de reclusión no se presenta en este sistema, por considerarse que no cumple sus fines<sup>20</sup>, como sería la rehabilitación o reinserción social, sino que por el contrario *esta* solo comporta hacer escuela en el crimen o *“nasa gues su’ wen”* que traduce: *“salir peor de la cárcel”*<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> En el juicio oral que se sigue ante la asamblea general se da la oportunidad para que los presuntos responsables confiesen y obtengan, en algunos casos como en las comunidades del Norte del Cauca, aconsejamiento u orientación que busca la concientización acerca de la importancia de la vida en armonía, sobre este punto es relevante aclarar que este aconsejamiento, que puede ser tomado como un perdón que desaloja la sanción, se logra mediante el compromiso por parte del implicado de no reincidir en la infracción. En consecuencia, lo más importante en la imposición del castigo, es la aceptación de la falta por parte del delincuente y su voluntad de no reincidir.

<sup>19</sup> Se presentan penas sociales y personales, por ejemplo, en la pena de compensación o pago dirigido a la reparación del daño causado, la pena principal es la del pago, que es de carácter social puesto que responde el grupo del ofensor (la familia del ofensor ayuda a pagar) y como subsidiaria se encuentra la pena personal consistente en que el mismo victimario responde por el pago.

<sup>20</sup> Como penas personales se manejan: el trabajo forzado, que es la pena más usada en la mayoría de los resguardos; el cepo; el fute; (las cuales están casi erradicadas en las comunidades centro vallecaucanas) el destierro; reconocimiento público de la falta; aconsejamiento u orientación, (esta se concede hasta por 3 veces) y sumergimiento en el agua hasta la altura del cuello por 2 horas; entre otras. También se tienen en cuenta como causales para la disminución y exoneración de la pena, la defensa personal, la defensa colectiva, la ira (descontrol nervioso) y otras.

<sup>21</sup> A comienzos del año 1991, en uso de la palabra al interior de la Asamblea Nacional Constituyente, el Congresista indígena: Lorenzo Muelas hacía énfasis en que como

Recordemos también, que el doctor, Augusto J. Ibáñez Guzmán en su ponencia "La Reforma al Sistema Penal Colombiano. Apuntes para su configuración a propósito de la reforma a La Fiscalía General de la Nación"<sup>22</sup> precisaba que los sistemas jurídicos mundiales en materia criminal, tampoco son el norte de la discusión, por cuanto el mundo de hoy, para la concepción de un sistema de enjuiciamiento criminal, debe recorrer los umbrales del bloque de constitucionalidad, (artículo 9° de la Carta) en el que se hallan tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación, reglas del Derecho Internacional Humanitario, Protocolos de Ginebra I y II; Leyes Orgánicas y Estatutarias y desde luego las reglas de rango constitucional, en procura de adecuar el sistema penal a los estándares internacionales.

Entonces, unas políticas responsables, serias y eficaces en estas materias, deben trascender las meramente institucionales: cárcel, policía, centros de menores, juzgados, inspección de policía, fiscalías, etc., debiendo avanzar en la protección de problemas, temas o ítems macros de política social, que involucren, vivienda, alimentación, salud, vestido, educación, entre otras necesidades; lo cual se torna apremiante, fundamental e inminente<sup>23</sup>.

La política criminal que pretendemos a futuro, es la que procura el desarrollo comunicativo, la misma no será heredera de las sociedades industriales del capitalismo o del totalitarismo marxista sino de las comunidades tradicionales, de las etnias, detentadoras de civilizaciones que no se han gastado en los fracasos y los holocaustos a donde se han abocado algunas culturas del mundo<sup>24</sup>.

---

colombianos, queremos una Colombia en donde la pena de muerte y la impunidad no sustituyan una correcta aplicación de la justicia ante la quiebra institucional que ha hecho de la función pública de administrar justicia una farsa ahogada por toneladas de expedientes. Mucho menos el recorte de las libertades públicas y las garantías de defensa y debido proceso. Nuestras autoridades son elegidas por la comunidad teniendo en cuenta su vida, experiencia y sabiduría. Cuando no responden a nuestros intereses, simplemente los castigos y sanciones a las faltas de cualquier indígena son acordadas en reunión de toda la comunidad, según nuestras propias leyes y reglamentos.

<sup>22</sup> Ponencia presentada en el XXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Ed. Universidad Externado de Colombia. 2003. págs. 71 y siguientes.

<sup>23</sup> TOCORA LÓPEZ, Luis Fernando.

<sup>24</sup> BERISTAIN, Antonio y NEUMAN, Elías. *Criminología y dignidad humana*. 4ª edición. Editorial Universidad. Buenos Aires, Universidad, 2004, págs. 19 a 131.

El profesor Rafael Alcácer Guirao, precisa sobre el particular:

A este respecto, una de las diferencias básicas entre ambos modelos del derecho penal consiste en el hecho de que mientras el fin de protección de bienes jurídicos parte de una función directiva de conductas, el fin opuesto sostiene que las normas penales no persiguen el cometido de motivar a los ciudadanos en orden a la evitación de conductas lesivas para los bienes jurídicos, sino que su única función se limita a confirmar la vigencia de las expectativas de comportamiento institucionalizadas en las normas. Esa diversa orientación es expresada por Jakobs, afirmando que el derecho penal no va dirigido a potenciales delincuentes, sino a potenciales víctimas o, más en general, a ciudadanos respetuosos del derecho. Así, el mensaje de la norma no dice: “no lesiones el bien jurídico x”, sino: “puedes confiar en que los demás no lesionarán el bien jurídico”. Con ello se pretende garantizar al ciudadano un cierto grado de confianza en que terceras personas no lesionarán sus intereses.

*Ese mecanismo de protección podría quizá asumirse como el más legítimo de cuantos puede desempeñar el derecho penal, por cuanto, al renunciar a la coacción directa con la amenaza de pena, no trata a la persona como enemigo, sino que se limita a reproducir la confianza en las expectativas que el ciudadano tiene del respeto al ordenamiento por parte de terceros<sup>25</sup>.*

### III.. BUSCANDO LA ALTERNATIVIDAD PENAL

El doctor Iván González Amado, en su ponencia sobre el régimen de la pena en la Ley 599 de 2000, frente a esta materia expuso:

*Sobre el tema de la punibilidad de tiempo atrás se han derramado “ríos de tinta” que en la época moderna comenzaron con las tesis de la necesidad de humanizar las penas y han girado, en los discursos, alrededor de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, la necesidad de obtener una resocialización del infractor mediante la ejecución de la sanción penal y, contemporáneamente, una gama de **medidas alternativas a la prisión**, discursos que muy poco han trascendido al campo práctico, en la medida en que **la sociedad colombiana no ha sido capaz de elaborar respuestas***

<sup>25</sup> Citado por Luis M. García, en su obra *Reincidencia y Punibilidad. Aspectos Constitucionales y dogmática penal desde la teoría de la pena*. Buenos Aires, Editorial Astrea. 2005, págs. 19 a 64.

**punitivas efectivas a esos propósitos** y muchas de las decisiones de los jueces no se ocupan más que de justificar la cantidad de las sanciones impuestas, sin buscar las razones de su imposición ni adecuar la respuesta materialmente a los criterios que rigen la aplicación de la pena, y las autoridades de los otros poderes públicos apenas si se dan cuenta de que el tema de la punibilidad es el más importante de cuantos tocan el derecho penal, **en la medida en que constituye la respuesta que generará nueva criminalidad o contribuirá a establecer un orden social justo.** (...) <sup>26</sup> (Negrilla y subrayado fuera de texto).

En líneas posteriores, en crítica a la labor del legislador colombiano, a propósito de la reforma penal del año 2000, el mismo autor cuestiona la rotulación que se le dio a la prisión domiciliaria, catalogándola como pena sucedánea de la pena de prisión, expresando que la condición de la pena sustitutiva que el artículo 36 asigna a la prisión domiciliaria es controvertido no solamente por la realidad, sino también por la propia definición legal de esta forma de ejecución de la pena, tal como se desprende del contenido del artículo 38: **La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia.** Agrega que, de lo que trata la ley es, entonces, de autorizar el cumplimiento de la prisión en un sitio diferente a aquél en el que habitualmente debe llevarse a cabo; no se procura regular una sanción distinta, sustitutiva de la cárcel, sino la misma pena con diverso régimen, atenuado frente a los rigorismos de la penitenciaría pero sobre la base de la misma filosofía, del propio sistema, de idénticos patrones de cumplimiento; en fin, se habla de igual pena, mas no de una sanción sustitutiva de la prisión <sup>27</sup>.

Sin adentrarse en toda la discursiva que acompaña los lamentables yerros del legislador en materia de alternatividad penal, vale la pena dejar en claro que sí se imponía, al menos en la reforma del año 2000, dar otras respuestas punitivas, procurando sanciones distintas al internamiento, lo cual solo se permite en 42 tipos penales que se atemperan especialmente a la multa. Es que penosamente en la cultura occidental y en especial en América Latina, se aplican unas sanciones, que deslegitiman la teleología del Estado Social

<sup>26</sup> En el marco de las XXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal, cumplidas en la Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2002, págs. 449 a 500

<sup>27</sup> Haciendo ejercicio dialéctico se puede consultar la tesis de la Corte Suprema de Justicia en auto del 18 de septiembre de 2001, M.P. Fernando Arboleda Ripoll, única instancia, rad. 15.610, procesado Lucas Gnecco Gerchar.

de Derecho, que se funda en el respeto a la dignidad humana, por cuanto se condena al ostracismo y al hacinamiento de las personas.

La premisa comparativa de que el sistema penal colombiano corresponde a un modelo humanitario y racional, en el que se ha superado desde hace dos siglos, el estadio de los castigos corporales, no pasa de ser una ilusa creencia, pues nada más aflictivo para el cuerpo, y a la vez, para el espíritu que este encierro violento, hacinado y pestilente de nuestras cárceles, ejecutando penas desproporcionadas e inhumanas<sup>28</sup>.

No obstante, se presentó un claro avance sobre la materia, cuando se promulgó la Ley 750 de 2002, mediante la cual se expiden normas sobre el apoyo de manera especial en materia de prisión domiciliaria y trabajo comunitario a la mujer cabeza de familia, teniendo como presupuesto que la mujer en general y en especial la que ostenta tal carácter, es decir, aquella que carece del apoyo del cónyuge o compañero, tiene a su cargo, por asignación natural y cultural, la importante y delicada misión de procrear, dar a luz y educar a los ciudadanos del mañana, lo cual convierte en un imperativo de justicia que no se le lleve a cumplir pena de prisión. –bajo ciertos presupuestos– en los centros carcelarios o penitenciarios, que en últimas legitima con suficiencia, la alternatividad penal.

Bajo la exposición de motivos del proyecto, se dejó claramente especificado que, en desarrollo del cumplimiento de estos objetivos se busca facilitar el rol de la mujer colombiana cabeza de familia privada de la libertad, ya que esta circunstancia lleva a que los menores e incapaces que se encuentran bajo su cargo queden desamparados, pues es ella la única encargada de su protección, manutención y cuidado. Bajo estas circunstancias, se propone la pena sustitutiva de prisión domiciliaria, la medida de aseguramiento denominada detención domiciliaria y la redención de la pena por trabajo comunitario, para que tales mujeres se puedan reintegrar a su rol de madres, ya que se ha considerado que los centros penitenciarios o carcelarios son un agente **disociador y desintegrador de los hogares**, por lo que en respuesta a los postulados de nuestra Constitución Política, el Estado debe garantizar la protección a la familia como núcleo fundamental de la sociedad<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Magistrado entrevistado, Luis Fernando Tocora López.

<sup>29</sup> Gaceta del Congreso N° 84 de 2002, ponencia para primer Debate al proyecto de Ley 193 de 2001, Senado, ponente: Cecilia Rodríguez González Rubio.

30 Ahora bien, con toda razón la Honorable Corte Constitucional, llamó la atención refiriéndose a la pena de prisión domiciliaria, acerca de que el principio de la presunción de inocencia exige que la detención preventiva se aplique **únicamente como medida extrema**, tal como lo determina el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y las Reglas Mínimas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad, conocidas también como las reglas de Tokio. Igualmente, estima fundamental recordar que, en cada proceso penal es un imperativo reflexionar acerca de si la persona condenada requiere para su resocialización el tratamiento penitenciario, o si sus mismas características permiten proceder con otro tipo de sanciones. Al respecto, menciona esta Corporación que las mismas reglas de Tokio recomiendan que **antes de tomar la decisión de imponer la pena de prisión en establecimientos carcelarios es importante poner en consideración, "las necesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima"**<sup>30</sup>. (Sin Subrayado en el texto original).

En la misma providencia, esta Corte consideró que la inacción de las autoridades ante el hacinamiento carcelario, que impide cumplir los proyectos de resocialización (estudio, trabajo, creación de microempresas, patronatos etc.), dada la imprevisión y el desgreño imperante en materia de infraestructura carcelaria, han dado lugar también, a la violación sistemática de los derechos de los reclusos durante décadas, sin que se perciba no obstante las solicitudes y críticas elevadas, política oficial alguna tendiente a modificar de raíz la gravísima situación carcelaria del país<sup>31</sup>.

Concluye La Corte Constitucional denunciando que las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, también por la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Esta situación se ajusta

<sup>30</sup> Gaceta Judicial. Sentencia T-153 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>31</sup> Lamentamos que la prisión domiciliaria para mujeres, en las condiciones en que la Ley 750 de 2002 la concibió no tiene actualmente la eficacia reclamada por la falta de personal en las prisiones, especialmente guardianes que puedan pasar revista para constatar el cumplimiento de la sanción. También son escasas las oportunidades que las autoridades locales pueden brindar para el cumplimiento de actividades de redención de la pena. Quiere decir que no se dan los instrumentos para que opere adecuadamente este instituto.



plenamente a la definición del **estado de cosas inconstitucional**<sup>32</sup>, además de deducirse una flagrante violación a un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios, carcelarios y de reclusión colombianos, tales como, la dignidad, la vida e integridad personal, *los propios de la familia*, la salud, el trabajo y la presunción de inocencia, entre otros. Es que durante muchos años la sociedad y el Estado se han cruzado de brazos frente a esta situación, observando con indiferencia la tragedia humana que se vive en las cárceles, no obstante la trasgresión de la Constitución y la ley que tal actitud comporta.

*En realidad, el problema carcelario representa no sólo un delicado asunto de orden público, como se percibe actualmente, sino una situación de extrema gravedad social que no puede dejarse desatendida. Pero el remedio de los males que azotan al sistema penitenciario no está únicamente en las manos del INPEC o del Ministerio de Justicia. Por eso, La Corte tiene que pasar a requerir a distintas ramas y órganos del Poder Público para que tomen las medidas adecuadas en dirección a la solución de este problema*<sup>33</sup>.

Deviene importante indicar que, no obstante ser la pena de prisión la más socorrida por los juzgadores del crimen, ella no consulta en gran número de casos, los mínimos requerimientos de las mencionadas reglas de Tokio, por cuanto se está desvirtuando de manera absoluta los fines del tratamiento penitenciario<sup>34</sup>, siendo conveniente imponer otro tipo de sanción, por cuanto

<sup>32</sup> Figura por medio de la cual, la Corte Constitucional busca remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general –en tanto que afectan a multitud de personas– y cuyas causas sean de naturaleza estructural, es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades.

<sup>33</sup> Gaceta Judicial Sentencia T-153 de 1998.

<sup>34</sup> Recuérdese que a propósito de las inspecciones judiciales que la Sala de Decisión de La Honorable Corte Constitucional ordenó realizar a las cárceles Modelo y Bellavista de Bogotá y también de Medellín respectivamente, se encontró: “En el cuarto piso del pabellón 2 se verificó que los internos habitaban en túneles húmedos y oscuros. Allí se presenció la existencia de un espacio de 1.12 metros de ancho por 6 metros de largo y 2 metros de alto, lugar en el cual duermen seis personas. Los internos adaptaron a la entrada un inodoro, utilizado por todos los reclusos en piso cuarto, puesto que los demás baños son usados como celdas. El túnel no tiene ningún tipo de ventilación ni luz y, además, despiden un olor penetrante y desagradable a causa del inodoro que se encuentra en su entrada. La falta de luz, de aire impidieron continuar el recorrido hasta el fondo del túnel, en donde duermen más internos, Al salir y recuperar el aire

en las condiciones advertidas no se afianza en manera alguna, la más exigua posibilidad de rehabilitación del delincuente<sup>35</sup>; tampoco se protege la sociedad y menos los intereses de la víctima; por lo tanto la desgracia irradia finalmente su familia que se hunde inclementemente en un mar de iniquidad y desesperanza y aun estando por fuera de la cárcel, las condiciones no son mejores para ellos.

Denuncian los directores de los centros penitenciarios y carcelarios visitados<sup>36</sup>, personal de guardia y otros profesionales que allí laboran como trabajadores sociales, sicólogos, etc. Lo siguiente: "aquí se ve la gran miseria humana" "Todo hombre trae aquí su drama" "Es la situación de aflicción y dolor la que varía negativamente el temperamento del interno y hasta le da por dañar todo, por destruir, por suicidarse, por enloquecerse finalmente". Incluso (...) "Hay internos que podrían beneficiarse de los subrogados penales, pero los jueces de ejecución de penas les niegan esta posibilidad, afirmando que requieren aún de tratamiento penitenciario, a pesar de que las directivas de la cárcel certifican que "la persona es correcta, de buenas relaciones públicas y que ha ayudado a crear un clima de paz en la cárcel"<sup>37</sup>.

---

*se entiende la razón de ser del apelativo que le dan los internos al túnel: baño de los fritos. En la rotonda del pabellón se observa que los antiguos baños han sido adecuados por los reclusos como dormitorios, con ayuda de cartones y periódicos. Estos internos utilizan bolsas para depositar sus desperdicios sanitarios". (...) También se visitaron los talleres de carpintería, ornamentación, artesanías y calzado. En ellos se constató un alto grado de hacinamiento, marcado por el poco espacio que tenía cada recluso para realizar sus labores".*

<sup>35</sup> Se precisa en la misma sentencia, conforme lo declaró el director de la cárcel Nacional Modelo de Bogotá, teniente de Guardia Penitenciaria que, para lograr el bienestar de los internos se deben mejorar las instalaciones locativas. Considera que el ideal es individualizar al recluso para que habite en celda unicelular. Dice que la colectivización lleva a acciones suicidas y deterioro psicológico, lo cual constituye un peligro para los guardianes. Señala también: A los internos no les podemos garantizar, en estos momentos, las condiciones de seguridad de su vida, de su honra y de sus bienes. Entonces, quiere decir que si el interno vive más solo le evitamos más conflicto y más problemas, no como está pasando en el patio 4 con esa experiencia, que el interno más vivo se adueña de la celda y cobra por el arrendamiento o por la venta.

<sup>36</sup> En el texto original se hace remisión al anexo 1, el cual no se registra por la versión reducida de este tema por efecto de su publicación.

<sup>37</sup> Los jueces no disponen de tiempo para entrevistar los internos aunque la filosofía que inspiró la creación de los jueces de ejecución de penas fue buena, estos no tienen las herramientas necesarias para cumplir sus funciones. Manifiestan que la cárcel carece de personal necesario para estar con el recluso, pues un trabajador social en Bogotá, por ejemplo ha sido asignado para cubrir 5.000 internos. Concluyen: "El hacinamiento se está legalizando en las cárceles".

Desde finales del siglo pasado y lo que ha corrido del presente, se ha producido una apertura, favorecida por grupos académicos, sectores científicos, y comunidad en general, hacia la reducción y hasta la eliminación de la prisión; en esta perspectiva se habla de cárceles abiertas, de otro tipo de penas, que no sean necesariamente privativas de la libertad; esto ha ido encontrando cauce y en estos momentos por ejemplo en el orden jurídico colombiano, y en muchos códigos del mundo, existe la pena de prisión domiciliaria, que si bien es una pena privativa de la libertad, lo es en un grado ostensiblemente menor de aflicción y de violación incluso de los derechos humanos. **“Es pues una alternativa de apertura del sistema penal, que está dejando de ser ciento por ciento carcelero”**<sup>38</sup> permitiendo que los condenados paguen sus penas privativas de la libertad en su casa. Igualmente en otros países se están implementando penas de la misma naturaleza por temporadas, es decir, el fin de semana la persona va a prisión y durante los otros días trabaja; también es posible que en el día trabaje y en la noche ingrese al centro; son igualmente atendidas las colonias agrícolas de gran extensión, en las que los presos laboran para reparar el daño causado con el delito a la víctima, al paso que sostienen su propia familia, esto bajo la vigilancia del Estado y en los sitios determinados para estos fines<sup>39</sup>.

Es que el problema de los derechos humanos, el de la proporción de la pena, y el de la humanización de las cárceles, no se está atendiendo dentro del estadio de la política criminal; sino que lo “adelantado” ha surgido en procura de un interés bien particular, cual es el hacinamiento carcelario, que genera perturbación del orden público por la congestión y el desbordamiento de la capacidad de las penitenciarías. A partir de allí se le ha dado asunción a la prisión domiciliaria, que hoy ha generado un grave problema, y es que los guardianes de las cárceles, no son suficientes para vigilar el cumplimiento de este tipo de medida, lo que finalmente desnaturaliza su teleología y naturaleza<sup>40</sup>. Se requiere entonces, afianzar los programas de las penitenciarías en este sentido, para que puedan operar adecuadamente.

Concluimos este capítulo indicando que la alternatividad penal en el mundo, brinda una gama amplia de posibilidades para acceder con voluntad

<sup>38</sup> Entrevistado, Magistrado Tocora López, Luis Fernando.

<sup>39</sup> No está en nada alejado el referente de las colonias del sistema que utilizan los indígenas en Colombia. A propósito en Israel funciona este tipo de penalización con destacados resultados.

<sup>40</sup> Así lo declaró el doctor, Cruz, Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

creadora a dar respuestas a una situación que es alarmante y de la cual no se percibe un horizonte claro, como quiera que se ha dejado de lado el sentido teleológico de la pena, que consulta como alternatividad penal postulados que traducen:

- **Servicio comunitario**, ojalá remunerado si es de tiempo completo, para que el condenado supla las necesidades de su familia y también cumpla con la tarea indemnizatoria hacia los titulares de la misma, en la medida de sus posibilidades económicas<sup>41</sup>.
- **Reparación** de los daños causados.
- **Simple reprensión** con promesa de buena conducta atendiendo la no peligrosidad social del hecho y del autor, así como la no necesidad de la pena.
- También se avienen **Sistemas discontinuos** de encarcelamiento; **prisión domiciliaria**; **sanciones pecuniarias** o multas; **trabajos en granjas comunitarias**, medio tiempo o por horas, para que el condenado pueda acceder a un empleo remunerado en otra jornada. Entre otros.

#### IV. VICTIMIZACIÓN DE LA FAMILIA DEL CONDENADO

Fuera de la situación que se vive en las cárceles, hay otra que se ha dejado en el espacio que a diario se reserva a la indiferencia, a la indolencia. Es sin exageración, otro estado de cosas inconstitucional y así debe declararse. En efecto, si bien es cierto que existe un alto grado de sujeción de los reclusos al Estado, que lleva consigo la suspensión o restricción de distintos derechos fundamentales, también lo es que los derechos relacionados con el reconocimiento y el respeto a la dignidad humana<sup>42</sup>,

<sup>41</sup> Recuérdese que países como Israel remuneran estas tareas "**service labor**" bajo ciertas condiciones.

<sup>42</sup> En concordancia con el Código Penitenciario y Carcelario y las demás normas concordantes, el artículo 142 de nuestra Carta Política precisa que: "el objeto del tratamiento penitenciario es preparar al condenado, mediante su resocialización para la vida en libertad". Y a continuación el artículo 143 establece que: "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 144 se diferencian las fases del tratamiento y en

son violentados por el propio Estado, dejando al condenado desprovisto de las mínimas condiciones que garanticen su resocialización; esto finalmente contagia de la más severa violencia su grupo familiar, pues la falta de acompañamiento en el proceso, como se resalta en pie de página, luego de atender los artículos 143 y siguientes de la Carta, le genera en su interior sentimientos de odio, irrespeto, intolerancia; actitudes destructivas y de venganza que aceleran su deterioro físico, emocional y mental, y que lejos lo ubican de elementos compensatorios de motivación, autocuidado y realización humana; desestimando por supuesto todo el sistema, su entorno comunitario y también su grupo familiar, este último por no haberle posibilitado sustraerse de tan deplorable estado. Es en verdad una situación funesta, aciaga, en la que además predomina la extorsión, todo tipo de violencia, droga, homosexualismo, sida; entre otros males; es decir, todo un ambiente agresivo y perturbador, que en cualquier ser humano genera dolor, sufrimiento, aflicción, hiriendo de muerte su dignidad, amén de las aspiraciones y los propósitos personales, sociales y económicos del sujeto, los cuales se tornan de incalculable valor en toda la extensa complejidad emocional de su ser. Quiere esto decir, que cada día el condenado ve empeorada su situación, pues sus opciones de reinserción son mínimas, porque su ámbito familiar y social casi desaparece, lo cual causa un daño irreversible, que va en contravía con lo que constituye el deber ser de la pena de prisión, la cual tiene como fin primordial la resocialización del infractor, además de aplicarse de manera **excepcional**.

Mientras tanto, ante la deshumanización de las penas, la rigidez que trasciende su esfera<sup>43</sup> y la pobreza que envuelve sin piedad a los miserables que padecen afrenta constante a su dignidad humana, clara vivencia en

---

el 145 se contempla la realización del sistema progresivo a cargo de grupos interdisciplinarios integrados por "abogados, psiquiatras, psicólogos, pedagogos, trabajadores sociales, médicos, terapeutas, antropólogos, sociólogos, criminólogos, penitenciarios y miembros del cuerpo de custodia y vigilancia".

<sup>43</sup> En el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho del cual parte nuestro sistema político, según el artículo 1º de la Constitución Nacional, y, por tanto, jurídico, la pena ha de cumplir una misión política de regulación activa de la vida social que asegura su funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de los bienes jurídicos de los ciudadanos. Ello supone la necesidad de conferir a la pena la función de prevención de los hechos y delitos que atenten contra estos bienes. Corte Constitucional, Sentencia C-565 de 1993. A esta función preventiva de la pena también se incorpora la finalidad de protección de los bienes jurídicos de los condenados, esto es, su dignidad, su libertad, su libre desarrollo de la personalidad, entre otros, de manera que la dimensión preventiva de la pena no puede fundarse exclusivamente en las necesidades de protección del orden social. *Ibíd.*

las cárceles colombianas y de otras latitudes, al lado del camino hallamos un núcleo social, (la familia del condenado)<sup>44</sup> un grupo humano que con razón se muestra cansado de narrar su drama, precisamente ahogado en el gran universo de las desigualdades sociales, en el olvido al que ha sido sometido por el Estado que lo instrumentalizó (condenando a pena de prisión carcelaria a sus progenitores) con el firme convencimiento de que lograría en los demás miembros de la comunidad, la confianza legitimadora de sus instituciones y la madurez necesaria para la convivencia social; efecto que no se produjo en ninguno de los destinatarios de tales propósitos, porque el cuerpo se endureció<sup>45</sup> y para ellos, el principio de necesidad de la pena ha quedado reducido a su más mínima expresión, pues las condiciones sociales, culturales, económicas y familiares del condenado no se conocieron nunca y nadie se preocupó por ellas.

Deviene entonces muy lamentable tener que aceptar cómo la fuente de criminalidad se halla en el seno de sociedades que han dejado de lado el problema de la infancia abandonada; así, los niños crecen debajo de los puentes, a orilla de los ríos, en casas de cartón y plástico, en cloacas, adiestrándose como muchos, en la mendicidad, en las raterías, en los prostíbulos; en el mejor sentido, aprendiendo en el delito, pues en los embates de la miseria todo está permitido, son los mismos padres o las personas que los dirigen, quienes los inducen sin ningún sentimiento moral a vender su cuerpo, a hurtar, a asesinar, todo para comer, etc.

Jamás puede parecer necio que se relacionen estos problemas que se gestan en los niveles más bajos de la sociedad con el sistema criminal, y menos de la influencia que tiene la justicia penal en el tema de la infancia

<sup>44</sup> En la mayoría de los casos no se observan mayores de edad, porque papá y mamá por razones relacionadas con la extrema pobreza, se vieron precisados a dejar sus hijos solos para conseguir legal o ilegalmente el sustento, y otros porque aquellos se hallan condenados.

<sup>45</sup> "Cuando por distintas razones se pierde el potencial de sentir vergüenza, el cuerpo se endurece y por severos que sean los castigos o los consejos, la justicia no se realizará, o como dicen los Nasa "habrá atardecido". El ejercicio del derecho indígena busca entonces esencialmente que quien comete una falta no encuentre ni persiga venganza; al contrario por medio del convencimiento que otorga la palabra y la espiritualidad, se logre el arrepentimiento mutuo, reconocimiento de sus culpas y sus debilidades, de suerte que alcance a compensar la ofensa causada". Tomado de la obra de Ruiz Sánchez, Carlos Ariel. "Donde estemos estamos con el pensamiento propio". Fundación para la comunicación popular FUNCOP. Primera edición, julio de 2001, Popayán-Cauca-Colombia.

abandonada; por cuanto ningún juez de menores<sup>46</sup>, ni los que juzgan los mayores, pueden apartarse en el contexto de estos grupos, de la teoría sobre la escala del crimen, si en cuenta se tiene que, cuando el menor alcanza la adolescencia y aún antes, comienza a inmiscuirse en el andamiaje delictual, recorriendo una especie de carrera apresurada en el crimen, aunque la mayoría se quedan en pequeños criminales, tan reincidentes como peligrosos<sup>47</sup>. Los grandes delincuentes se inician en su juventud y aún en la infancia por las explotaciones a que fueron expuestos; por ello la precocidad se constituye en uno de los caracteres más notables de la criminalidad instintiva, y en ese orden el tratamiento debe iniciarse también pronto, sin que la cárcel pueda llegar a dar respuestas positivas sobre este tópico, como quiera que los defectos que se enrostran al sistema carcelario, han permitido que se le conozca como “**escuela del crimen**”, por cuanto los actores alcanzan niveles altos de degenero y sus aptitudes se desarrollan con vehemencia.

Hoy, quizás cuando pasados muchos años, los padres condenados (cabeza de familia) recobran su libertad, sus relaciones al interior de la comunidad quedaron atrás, porque cuando se obtiene la libertad generalmente del pasado no queda nada<sup>48</sup>, entró a la cárcel como un desposeído y sale como tal. Muchos no encuentran ni siquiera un miembro del grupo social que un día debió dejar, porque sucumbieron en la drogadicción, en la prostitución, en el delito o en la hambruna que hoy termina minuto a minuto con la vida de muchos individuos; y qué no decir de las fuentes de empleo que ni siquiera logra visualizar. Está estigmatizado, por lo tanto, piensa: “En la cárcel a pesar de la pestilencia, tenía alimento, techo, vicio y el calor que produce dormir uno encima de otro, ¿qué hacer, me muero de hambre o me acerco a hurtar en esa tienda?”<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> En el texto original hago remisión al anexo 2 que hoy no se reseña por fuerza de la versión reducida de este texto.

<sup>47</sup> FERRI, Enrique. *Los hombres y las cárceles*. Editorial Leyer. Bogotá, 2005. Págs. 72 a 86.

<sup>48</sup> A propósito es lamentable que la figura de los **patronatos** que nos recordaba el Magistrado Tocora López haya desaparecido, puesto que tal política procuraba hacer puente entre la cárcel y la vida en libertad, entonces los presos próximos a quedar en libertad ingresaban a estos patronatos para obtener orientación, acompañamiento o ayuda para perfilar su futuro al momento de hallarse en libertad definitiva.

<sup>49</sup> La premisa comparativa de nuestro sistema penal corresponde a un modelo humanitario y racional, en el que se ha superado desde hace dos siglos, el estadio de los castigos corporales, no pasa de ser una ilusa creencia, pues nada más aflictivo para el cuerpo, y a la vez, para el espíritu, que este encierro violento, hacinado y pestilente de nuestras cárceles ejecutando penas desproporcionadas e inhumanas.

Pero además de las condiciones tan inhumanas en que viven los reclusos, también es importante tener en cuenta la realidad que los aqueja por la situación que viven sus familias, así lo demuestran varios relatos, en los que los condenados al unísono resaltan que el núcleo social del cual forman parte y con el que se habían generado vínculos estrechos, al saberlos privados de su libertad, no obstante ser la persona que en otras épocas les generó todo el sustento con su vida delictual, no tuvieron posibilidades de brindarle asistencia técnica<sup>50</sup>.

Con razón comenta el director de la Cárcel de Tuluá que todos los reclusos, sin excepción pertenecen a estratos 1 y 2, ***“Es que los altos índices de criminalidad se desarrollan en estos estratos y es un círculo vicioso, al punto que en materia de expendio de drogas y hurto, en la cárcel hemos tenido, desde el abuelo, hasta el nieto de una misma familia”*** dentro de este contexto, encontramos, recicladores, meretrices, indigentes, drogadictos, lustra botas, ayudantes de carnicería, es decir todo el cinturón de miseria que inunda las ciudades; quedando al final, los niños

<sup>50</sup> “Es que no había casa, ni carro, ni un televisor para vender y pagarle abogado”. A otros su familias no los vuelven a visitar y los abandonan a su suerte, porque viven lejos y no tienen con qué viajar o simplemente se desintegró lo poco que queda del grupo, o tal vez como le ocurre a muchos su compañera o pareja *“cogió curva”* es decir se juntó a vivir con otro para poder sostener más mal que bien a los niños. La mayoría de los reclusos, incluso los no entrevistados viven esta situación.

Expresa un condenado que su hija mayor de sólo 13 años de edad, quien finalmente quedó con el cuidado de los 5 niños menores debió prostituirse para calmar al menos el hambre de todos, aquí cánones de arrendamiento no se pagan por cuanto dados los ínfimos recursos debieron abandonar el cuarto de inquilinato y dormir en la calle, aspecto que golpeó fuertemente a los niños, quienes se dedicaron a la mendicidad y al reciclaje, sucumbiendo finalmente en la drogadicción, del cual no se reponen, bajo la mirada indiferente de una madre que terminó en un centro psiquiátrico luego de que la atropellara un carro, cuando recogía y reciclaba basura de las canecas, esto, por no aceptar convivir con un carnicero que le ofreció a cambio de otros placeres, un ingreso mensual, que bien hubiese podido servir para obtener el sustento diario. Este relato parece sacado de la ficción pero es real, así lo narró un condenado en la cárcel del Circuito de Buga.

También destaco el de una mujer condenada que expresa: *“Mis hijos de 13, 8, 6 y 4 años quedaron solos, unas vecinas les pasan comida, pero ahora sufro mucho porque la niña mayor que los cuidaba, fue violada y está embarazada, ¡qué hago por Dios! me muero por la situación de mis hijos”*.

Otra reclusa comenta: *“Soy madre soltera, a mi marido lo mataron, y mis hijos quedaron con mi mamá que es una anciana y como yo solventaba todas las necesidades vendiendo vicio, están desamparados y mi mamá para comer decidió arrendar el cuarto donde los chicos dormían y hoy duermen en un corredor, expuestos al frío, porque sus camas se colocaron por fuera de las habitaciones y les cae todo el sereno del patio”*.



enfrentándose a temprana edad por los pecados de sus padres, a un mundo que no conocen y que no están en capacidad de afrontar por sí solos<sup>51</sup>.

Es que cuando los pequeños quedan abandonados, como lo narraron los presos entrevistados y las directivas de las instituciones penitenciarias y carcelarias, sin duda están expuestos, se dedican a la mendicidad, son maltratados, explotados sexual y laboralmente, vagan sin rumbo, caen en las drogas, en todos los vicios, se degeneran; generalmente mueren a temprana edad; otros, en su inmensa mayoría se hacen criminales, porque no tuvieron la posibilidad de que sus vidas se aseguraran al interior de sus familias o parientes; igual sucederá con su descendencia, pues cual virus hereditario la degeneración cunde en el espíritu, en su concepción de la vida. En conclusión, si no se atiende la infancia abandonada, la criminalidad irá en ascenso, ni siquiera podrá estabilizarse.

Aunque el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en algunos casos extremos, precisamente por la situación de abandono denunciada, lleva a estos niños a hogares sustitutos, lamentablemente no puede cumplir con eficacia esta labor porque tales espacios están abarrotados de menores y no hay cupo para nadie, es que: “incluso estamos pasando trabajos con los niños del programa de protección que no tenemos donde ubicarlos”<sup>52</sup>. A este se agrega que tampoco existe un programa especial en el mismo Instituto, para la atención a los niños o a la familia de los presos; por lo tanto, los hogares sustitutos suplen esta limitación en muy pocas eventualidades, pues en realidad no están dispuestos por la austeridad que afrontan, para brindar a estos núcleos sociales la atención integral, que no es la misma de otros niños en situación “irregular” también; por eso, es importante replantear el instituto de los patronatos, para no someter a los niños a un desprendimiento de su núcleo familiar temporalmente, lo cual le afecta en lo emocional. Romper los vínculos afectivos en estas condiciones o sufrir abandono por causa de pobreza se convierte en un castigo para el infante y el adolescente en este caso especial, siendo ello una clara victimización más del niño y también de su familia.

<sup>51</sup> Recuerdo la entrevista del recluso N° 7 VVV, quien refería que solo tenía bajo su cargo un hermano con trastorno mental, el cual quedó solo en un cuartucho, sin conocer hasta ahora que han corrido 2 años, quién le brinda protección o le da de comer, esto lo tiene mortificado pues no ha sido posible saber nada de él, “es posible que lo hayan asesinado” refería.

<sup>52</sup> Declaró una funcionaria del I.C.B.F. centro zonal Buga.

Aquí cobra importancia una política social seria, para lo cual es preciso recordar entre otros instrumentos y programas los servicios que ofrecen los patronatos<sup>53</sup>, de los cuales se tiene noticia positiva en naciones extranjeras, mas no en nuestro Estado, (tal vez porque se dejaron bajo el patrocinio y la égida de instituciones benéficas y ante una problemática tan grande, las mismas sucumbieron por falta de subsidio privado o estatal). Aquellos los vemos operando en otras sociedades, generando sin duda excelentes resultados, por cuanto atienden a los condenados, a sus hijos y al resto de su familia, según lo amerite la situación, brindándoles la mano **antes de la gran caída**, pues con voces autorizadas y aprendiendo del ejemplo se ejerce influencia fecunda, sin más fuerza que la moral ni más coacción que la que ejercen las superioridades intelectuales y afectivas<sup>54</sup>.

Los patronatos también irrumpen no solo en la familia del condenado y sus hijos, sino especialmente como complemento de un buen sistema penitenciario, reduciendo el número de reincidentes, por cuanto atiende a los condenados que están próximos a obtener su libertad bajo dos modos: **moralizando y escarmentando**, a través de las bondades que predica, las verdades que enseña, los sentimientos que inspira, los hábitos que forma y el sufrimiento que impone como auxiliar de la pena misma. Porque la acción de la autoridad debe ser de apoyo, y jamás convertirse en un vejamen sin extensión y eficacia. No olvidemos que contrario a las políticas de patronatos, la sociedad rechaza a quien acaba de obtener su libertad luego de pagar una pena de prisión, lo estigmatiza, le hace imposible su enmienda, finalmente le obstaculiza toda posibilidad de regeneración<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> Informe presentado en el Congreso Internacional Penitenciario celebrado en Estocolmo en 1878.

<sup>54</sup> Es conveniente alejar al patrocinado de las tentaciones y los estímulos negativos, de los focos del vicio en el que ya está iniciado, ojalá se le atienda en granjas, en el campo, explotando la tierra, en la producción agrícola, sin que lo mortifique la acumulación excesiva de beneficiarios, puesto que tal como ocurre con los hogares del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que brinda protección a niños en situación irregular, las condiciones de hacinamiento impide que los programas se desarrollen adecuadamente, lo mismo sucede en las instituciones penitenciarias y carcelarias y con mayor preocupación en los centros de formación juvenil, en donde los menores infractores cumplen su castigo en medio cerrado, semicerrado o abierto.

<sup>55</sup> El patrocinador conforma, calma, guía, acompaña, toca puertas con el licenciado o ex condenado, lo alienta, lo prepara en el perdón, el olvido, la rehabilitación, con lo que finalmente **restablece la armonía rota entre el penado y la opinión pública. Es un medio necesario para evitar la reincidencia.**

En la perspectiva anterior es preciso considerar cómo los Estados desconocen que:

*La familia como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad...<sup>56</sup>.*

***En este orden todas las políticas sociales deben garantizar la protección integral del niño y el adolescente, y sólo luego de ello el Estado estará legitimado para aplicar medidas de control social formal<sup>57</sup>.***

Estas realidades son claro ejemplo de una dinámica disfuncional en la familia, en donde las agresiones, la violencia y el maltrato que produce el hambre, la droga, el desempleo, el delito, en una palabra, la miseria, se convierten en la única forma de comunicación, de expresión, rompiendo la unidad familiar. Entonces, los niños principales receptores de estos mensajes negativos de desprotección, de olvido, de indolencia generalizada, se forman en un medio hostil y oscuro en el que no hay cabida para los valores y menos para legitimar la mano fuerte del Estado que no les brinda las condiciones mínimas para vivir dignamente, pero que sí los aplasta y sanciona. Este universo negativo, les hace crecer rencorosos, con egocentrismos, sentimientos de venganza y actitudes violentas, muchos de los cuales terminan también en suicidios.

*Las normas sobre las cuales debe levantarse el juicio de reproche, deben ser aquellas que entorpecen culturalmente al autor, y no aquellas con las que ocasionalmente pueda entrar en contacto. Lo que predomina es precisamente, el lugar donde forma y vive el procesado, que es el que lo marca y lo condiciona culturalmente<sup>58</sup>.*

En conclusión, el autor del crimen victimiza indirectamente en la gran mayoría de los casos a su familia, en la medida en que su conducta le puede llevar a la cárcel, dejando desprotegido a su núcleo, el cual ya no va a tener

<sup>56</sup> Convención internacional sobre los derechos del niño, consultada en el texto: "Protección de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad" que publicó el Ministerio del Interior y de Justicia de Colombia, en asocio con la oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

<sup>57</sup> MARIÑO ROJAS, Cielo. *Conferencia Hacia una Nueva Infancia*. Pág. 265.

<sup>58</sup> Magistrado Tocora López, Luis Fernando.

la ayuda o el aporte de origen legal o ilegal que esa persona les procuraba; entonces vamos a tener familias expuestas, afectadas estructuralmente no solo del lado de la víctima, sino también del flanco del victimario<sup>59</sup>.

La dignidad del infractor, involucra indefectiblemente su familia, la margina, la hiere de muerte; por lo tanto, siguiendo los lineamientos constitucionales, es determinante efectivizar penas alternativas; sanciones proporcionadas al daño causado; medidas punitivas que protejan los derechos y garantías de los infractores; sanciones que consulten los mínimos cánones de dignidad, dentro del marco de una política criminal humanitaria, que no se funde en la mera defensa social, sino en reglas amplias y transparentes que le den asunción al principio de la necesidad de la pena; considerando la familia como elemento fundamental de la sociedad, reconociendo su papel educador y de liderazgo en los procesos de socialización, integración social y formación ciudadana; garantizando y asegurando el cumplimiento de los derechos de los niños, de la mujer y de los débiles; contando con la participación de los actores sociales promotores del cambio desde lo estatal y lo privado<sup>60</sup>; fomentando la investigación y participación permanente en la formulación de políticas sociales y planes institucionales dirigidos de manera concreta a lograr la garantía eficiente de los derechos fundamentales de los niños, así como derechos de libertad y dignidad<sup>61</sup>.

En este orden de ideas, la humanización de la pena es tarea inaplazable, que debe preocupar a los gobernantes, pues los dictados y contenidos de los instrumentos internacionales que protegen la población más vulnerable de la sociedad, de la cual son directos receptores quienes se hallan privados de su libertad y desde luego sus familias, así como la teleología, valores y principios inspiradores de la Carta Política, no pueden quedarse en mera retórica, cuando la realidad nuestra, refleja una absoluta complejidad social, que merece ser atendida. Es que no hay duda de que los gobiernos por comodidad han asumido una actitud indiferente, que en modo alguno se preocupa por definir o consultar las aspiraciones de los diversos sectores sociales, especialmente de los más débiles, en cumplimiento de los valores, objetivos y fines constitucionales que los comprometen.

<sup>59</sup> Magistrado Tocora López, Luis Fernando y el Juez de ejecución de penas de entonces, Carlos A. Cruz Moreno.

<sup>60</sup> Recuérdese que hay patronatos, privados, mixtos y públicos.

<sup>61</sup> CADENA NAVIA, Lucero. Ponencia contenida en las memorias del XI Congreso Internacional de Derecho de Familia, Bogotá, 3 de septiembre de 2000. Universidad Externado de Colombia.

## V. CONCLUSIONES

Remembrando que dentro de los principios adoptados por La Asamblea General de las Naciones Unidas, en Resolución 43/173 del 9 de diciembre de 1988, buscando proteger a todas las personas sometidas a detención o prisión, se halla el canon 31 que ordena a **las autoridades competentes asegurar, de conformidad con el derecho interno y cuando se necesite, la asistencia a los familiares de las personas detenidas o presas que estén a cargo de éstas, y en particular a los menores, y velar especialmente por la tutela de los niños que hayan quedado privados de supervisión**<sup>62</sup>, encontramos claramente que la política criminal en materia de penalización, en procura de corregir desequilibrios y situaciones disfuncionales que afectan el orden social, no consulta en gran medida, formas de control e integración universales de alto contenido solidario, enmarcados por la dignidad humana; que logren contrarrestar los riesgos sociales que la misma pena comporta, no solamente en relación con la víctima, sino también con la familia del condenado.

Quiere lo anterior significar que los objetivos sociales del Estado, deben consultar intereses tanto públicos como privados, pues fracasadas las promesas de bienestar general que pregona el Estado Social de Derecho, el trinomio sujeto-derecho-poder, adquiere un significado trascendente a partir del egoísmo insolidario que imposibilita armonizar desde el legislador los intereses en cuestión, por cuanto no se cumple la tarea de ponderar los fines del Estado Social y Democrático de Derecho con las normas del entramado –disuasorio– represor. No obstante, permanentemente en el derecho penal contemporáneo, se habla con un lenguaje funcionalista, que finalmente enmarca grupos de riesgo, atendiendo que estadísticamente está comprobado que la población criminal está formada por sujetos procedentes de los grupos sociales en desventaja que no les permite ser inmunes al delito, así lo procuren.

Bienvenida para Colombia la Ley 750 de 2002, en la que se apoya con prisión domiciliaria y trabajo conmutativo a la mujer cabeza de familia, bajo determinadas circunstancias<sup>63</sup> pues todas las medidas que no comporten amenaza para la sociedad misma, dadas las condiciones del penado,

<sup>62</sup> Idem.

<sup>63</sup> Las reclusas entrevistadas por no cumplir los requisitos de la ley, no pudieron acogerse al beneficio.

estarán en consonancia con los postulados universales que imponen un orden justo; a ello no es ajena la alternatividad penal, la cual reclama profusa eficacia<sup>64</sup> que permita cumplir los postulados de justicia social que le dan asunción a la forma de Estado que acoge nuestra Carta Política.

Las manifestaciones de flexibilidad en el sistema penal, llámense despenalización de conductas; principio de oportunidad; discrecionalidad en el ejercicio público de la acción penal o formas de negociación entre acusador y acusado y reparación; entre otras, brindan a los sujetos implicados en el hecho delictivo, un papel activo en las consecuencias jurídicas del mismo, de las cuales no puede estar ausente la familia del acusado; pues, acudiendo al sistema penal de las comunidades indígenas, la reparación debe comprometer un castigo que alivie las necesidades de todo orden que se generen al interior de la familia de la víctima y de la del propio condenado, a quien no puede negársele la posibilidad de suplir con su trabajo todas las obligaciones no solo con su comunidad, sino también, con su grupo familiar.

En consecuencia cuando se le dé apertura a lo social, a la participación democrática con sentido solidario, fundada en el respeto a los demás, cuando estemos verdaderamente comprometidos con la justicia y la ductilidad del derecho, habremos interiorizado el legado cultural que nos brindan las comunidades indígenas, las cuales reflejan en su cosmovisión una absoluta preponderancia hacia los valores y principios de cara a cada situación en particular, sin violentar la dignidad humana a partir de su propia identidad. Podremos decir entonces que hay políticas en materia criminal serias, que ya han alcanzado a agarrarse más allá de las meras palabras y declamaciones.

Es que sin temor a denunciarlo y tal como lo expusiera un tratadista consultado, no hay cambios concretos en el sistema criminal y estos sólo fluyen cuando se replantee lo nuevo a partir de la historia, dándole preponderancia a lo social sobre lo jurídico. Así lo enseñan aquellas comunidades: *“Cuando se pierde el potencial de sentir vergüenza el cuerpo se endurece y por severos que sean los castigos o los consejos, la justicia no se realizará”* o como dicen los Nasa *“habrá atardecido”*.

Es concluyente nuestra investigación en el sentido de que las actuales dinámicas penales, imponen resolver el problema de la criminalidad y

<sup>64</sup> No debe olvidarse que un juez entrevistado nos comentó que no hay suficientes guardianes en las cárceles para controlar la prisión domiciliaria y en estas condiciones el instrumento tampoco funciona.

especialmente en lo que corresponde con los lineamientos preventivos, disuasivos y de resocialización de la pena, en torno a las conductas delictivas desde una cultura jurídica menos auto-referencial y más comprometida con las relaciones entre el sujeto y su entorno, que vivifiquen los contenidos de justicia restableciendo el orden, pues los sistemas sólo se legitiman en la medida en que den respuesta a las necesidades del ser humano.

En este entendido, todos los Estados, y especialmente el colombiano donde se adelantó esta investigación, deben cumplir con este postulado y fortalecer programas de protección<sup>65</sup> al grupo familiar del condenado, en particular cuando se trate de padres cabeza de familia, a cargo de los cuales se hallen menores o personas en condiciones de debilidad manifiesta, como mujeres en estado de embarazo o lactantes; personas de la tercera edad y aquellas que soporten limitaciones físicas, mentales, sensoriales y de todo orden; hijos menores de edad o en circunstancias que les imposibilite proveer a su sustento en condiciones dignas; especialmente.

En todas las anteriores eventualidades o en aquellas en las que, en criterio de las autoridades respectivas amerite vinculación al programa especial, siempre que no concorra posibilidad alguna de solventar los gastos por los demás miembros de la familia u otra alternativa económica que les favorezca, bien sea del Estado o de los particulares.

#### VI. PROPUESTA: PROGRAMA DE PROTECCIÓN AL GRUPO FAMILIAR DEL CONDENADO A PRISIÓN CARCELARIA

Esta propuesta que surgió a partir de la presente investigación, evolucionará en el proyecto que oportunamente<sup>66</sup> se presentará al Honorable Congreso de la República de Colombia, el que además de la correspondiente exposición de motivos condensados en las precedentes conclusiones, contendrá un articulado que desarrollará las siguientes directrices:

La creación del “Programa de protección a la familia del condenado” tendrá como **objeto la atención integral al grupo familiar de los condenados a pena de prisión carcelaria**, por parte del Estado colombiano

<sup>65</sup> Aquí cobra importancia el instituto de los patronatos que no necesariamente deben ser privados, sino que también se conciben mixtos o públicos y como se refirió antes cumplen tareas sobresalientes.

<sup>66</sup> Teniendo en cuenta que una de las condiciones del concurso es la remisión de investigaciones inéditas, una vez se me autorice por los convocantes, adelantaré lo anunciado.

y a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar<sup>67</sup>; aquellos debían estar cumpliendo tareas de padres cabeza de familia, especialmente cuando han quedado desprotegidas personas en condiciones de debilidad manifiesta, como por ejemplo, **menores, jóvenes, mujeres embarazadas o lactantes, personas de la tercera edad, discapacitados, drogadictos, entre otros**. En todas las anteriores circunstancias, siempre que no concurra posibilidad alguna de solventar los gastos por los demás miembros de la familia o no se avizore otra alternativa económica que les favorezca.

**Los recursos** necesarios para la implementación y sostenimiento del "Programa de protección a la familia del condenado" correrán a cargo del Estado, conforme con las partidas que el Ministerio de Protección Social disponga para estos fines, aspectos para los cuales debe el ejecutivo involucrar también los entes territoriales.

El programa debe ir dirigido a las familias de quienes han sido condenados a pena de prisión carcelaria. Entiéndase familias vulnerables y completamente desprotegidas, sometidas a cualquier forma de abandono o de marginalidad manifiesta en el contexto de la presente propuesta y que finalmente dependan económicamente de quien cumple la condena.

Los jueces de la causa penal, en la providencia en la que resuelvan lo correspondiente a la condena de prisión carcelaria, además de motivar sobre la conveniencia del acogimiento al programa cuando hubiere mérito en el expediente para sugerir protección especial, **comunicarán oficiosamente, en todo caso, por el medio más expedito, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar**, no sólo lo concerniente al término de duración de la pena sino a la vinculación que corresponda a determinados miembros de la familia, al "Programa de protección a la familia del condenado".

**La decisión sobre el acogimiento** al "Programa de protección a la familia del condenado" solicitado por el Juez, el condenado, su familia, el Ministerio Público, funcionario, agente oficioso o cualquier interesado, será tomada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar previas visitas socio familiares que han de cumplirse en el medio familiar de los eventuales beneficiarios, para confirmar la necesidad de vinculación al programa, para acceder en todo caso a la atención que se anuncia.

<sup>67</sup> Menores de edad, cónyuge o compañera, discapacitados, ancianos, drogadictos, alcohólicos, etc.



**La atención integral** será brindada permanentemente en hogares especiales que se crearán en las sedes del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, donde tendrán el acompañamiento de personal interdisciplinario, dicha atención se prestará hasta que la familia o un miembro de ella, por cualquier causa lícita esté en condiciones de solventar las necesidades de todo orden en el seno de ese núcleo social, permitiéndoles asumir una vida digna sin el apoyo del programa.

Además del acompañamiento a las familias, se debe implementar un **espacio de reinserción en el campo laboral al condenado, previa su vinculación a un patronato que se proyecta antes de alcanzar su libertad, en procura de que pueda solventar por sus propios medios, el sostenimiento de su familia.**

En las decisiones que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar tome en relación con la implementación del "Programa de protección a la familia del condenado" prevalecerán los derechos de los, nasciturus, menores, adultos mayores y cualquier otra persona que se encuentre en situación de debilidad manifiesta y requiera atención especial.

**BIBLIOGRAFÍA**

- BECCARÍA, César. De los delitos y de las penas. Editorial Leyer. Bogotá, mayo de 2005.
- BERISTAIN, Antonio y NEUMAN, Elías. Criminología y dignidad humana: Diálogos. Editorial Universidad. Buenos Aires, agosto de 2004.
- BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El Proceso Penal, Tomo I: Fundamentos constitucionales del nuevo sistema penal acusatorio. Universidad Externado. Bogotá, julio de 2004.
- CONGRESO INDÍGENA: "Para continuar con las raíces en la tierra" *kiwe we' zenyakh ye' zete uhu' nyhaw*. Jambaló, realizado del 11 al 16 de diciembre de 2002. Conclusiones.
- FERRI, Enrique. Los hombres y las cárceles. Editorial Leyer. Bogotá, mayo de 2005.
- GARCÍA, Luis M. Reincidencia y Punibilidad: Aspectos constitucionales y dogmática penal desde la teoría de la pena. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2005.
- GÓMEZ VALENCIA, Herinaldy. De la justicia y el poder indígena. Editorial Universidad del Cauca. Primera edición. Popayán, 2002.
- GREENFIELD, Aryeh. Penal Law 5737-1977. A.G. Publications. Fourth Edition. Jerusalem (Israel), agosto de 2001.
- IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto. "El principio de oportunidad: la posibilidad". En: *Ámbito Jurídico*, Bogotá.
- KRICHHEIMER Otto y RUSCHE George. Pena y estructura social. Temis. Bogotá, 2004.
- LIMA MALVIDA, María de la Luz. Criminalidad Femenina. Editorial Porrúa. México, 1988.
- MEMORIAS DE LAS XXIV JORNADAS INTERNACIONALES DE DERECHO PENAL. Universidad Externado, Departamento de Derecho Penal y colombiano. Primera edición. Bogotá, octubre de 2002.
- MEZGER, Edmundo. Teoría de la Pena. Editorial Leyer. Bogotá, mayo de 2005.

MONTANO FUENTES, María Alejandra. Tesis "El procedimiento penal indígena Paez frente a la ley colombiana" Universidad del Cauca, Popayán, 1998.

PALACIO, Marisol. Contribuciones de la victimología al sistema penal, ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2001.

PERAFÁN, Carlos César. Sistemas jurídicos indígenas. División biblioteca de la Universidad del Cauca. Popayán. 1996.

Revista No. 7. Ciencias Penales de la asociación de ciencias penales de Costa Rica. Julio 1993.

RIVERA LLANO, Abelardo. La Victimología: ¿Un problema criminológico? Jurídica Radar Ediciones. Bogotá, 1997.

RODRÍGUEZ MORENO, Rafael. Tratado sobre los derechos de la familia y la defensa del niño, Tomo I: 2ª edición. Ediciones de Cultura Latinoamericana "Ediculco Ltda.". Bogotá, 1993.

SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés. La humanización del proceso penal: la reformulación del proceso desde la victimología, Tesis doctoral.

SEMILLERO DE INVESTIGACIÓN Socio Jurídica de la Unidad Central del Valle del Cauca. Ponencia: "Legado cultural de las comunidades indígenas del Centro del Valle y Norte del Cauca al sistema penal atendiendo el principio de oportunidad". 2004.

Bibliografía abreviada para publicación.