



LA REPARACIÓN COMO ALTERNATIVA DE LA PENA DE PRISIÓN EN COLOMBIA

Claudia Andrea Montoya Hernández

Asesor:

Ricardo Echavarría Ramírez

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLIN, COLOMBIA
2017**

LA REPARACIÓN COMO ALTERNATIVA DE LA PENA DE PRISIÓN EN COLOMBIA

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	3
1. REPARACIÓN, JUSTICIA RESTAURATIVA Y DERECHO PENAL	4
2. LA REPARACIÓN COMO ALTERNATIVA A LA PENA DE PRISIÓN.	15
3. LA REPARACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL SUSTANTIVO.	24
3.1 La reparación como requisito para la obtención de la pena sustitutiva de prisión domiciliaria.	27
3.2 La reparación es una obligación del beneficiario de la suspensión condicional de ejecución de la pena	28
3.3. La reparación como requisito para obtener la libertad condicional	30
3.4. La reparación es circunstancia genérica de atenuación	31
3.5. La reparación es atenuante específica del artículo 269 C.P.	32
4. REFLEXIONES SOBRE LA REPARACIÓN COMO ALTERNATIVA DE LA PENA DE PRISIÓN EN COLOMBIA.	36
CONCLUSIÓN.....	39
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	40

LA REPARACIÓN COMO ALTERNATIVA DE LA PENA DE PRISIÓN EN COLOMBIA

INTRODUCCIÓN

Gracias a los reclamos de diferentes sectores sociales y movimientos teóricos como los abolicionistas¹, la corriente político criminal de la victimología, el auge de teorías funcionalistas de la pena², los debates en torno a la crisis carcelaria y la incorporación del modelo de justicia transicional, la inclusión de los derechos de las víctimas en el derecho penal ordinario es una realidad en la mayoría de los sistemas penales actuales, incluido el nuestro.

Lo anterior ha generado posturas polarizadas, que van desde el rechazo total a la idea de la participación y vinculación de la víctima en el esquema penal, hasta el extremo opuesto, que dentro de una concepción político criminal compleja, dirigida al eficientismo propugna un derecho penal que desvirtúe o flexibilice la función de protección al autor o presunto autor del delito. Todo esto, como parte de la tensión generada entre el surgimiento de un derecho penal moderno, normativizado y del riesgo y quienes se aferran a un derecho penal clásico liberal, que reclaman como intocable o inmodificable.

La reparación, junto con la verdad, la justicia y la garantía de no repetición, se encuentra inserta dentro de la temática de los derechos de las víctimas en el sistema penal, llevando a cuestras la carga despreciativa, de mero populismo punitivo; o exaltadora, de salvación de los buenos ciudadanos y de los grupos desprotegidos, que en el ámbito de la política criminal y del proceso penal, producen los derechos de la víctima.

Sin embargo, aunque no se puede dejar de considerar ésta perspectiva como un punto de partida ineludible, ya que el reconocimiento y las nuevas dimensiones que adquirieron los derechos de las víctimas, son la fuente que ha fortalecido el tema de la reparación como consecuencia jurídica del delito en materia penal, es

¹ Que reclaman una intervención de la víctima en el proceso penal

² Que ponen el acento en la prevención positiva y objetan la función desocializadora de la prisión

importante equilibrar y armonizar el concepto de reparación, ya que en el ámbito del derecho penal ordinario, la definición y las dimensiones de la reparación no deben limitarse solamente a la perspectiva de las víctimas, sino que deben entrar en sintonía con los incuestionables derechos y garantías del autor, hasta el punto en que puede llegar a ser considerada un verdadero derecho del autor y una forma de minimización del castigo.

En las siguientes líneas se pretende comprender si la reparación puede entenderse como un sustituto o una alternativa a la pena de prisión, en el marco del sistema penal ordinario en Colombia, acentuando en el papel que la normatividad sustantiva le ha otorgado a esta figura.

La pretensión del trabajo responde a la inquietud por alternativas más humanas y menos violentas del derecho penal y de su expresión más feroz que es la pena de prisión, insostenible tanto teórica como prácticamente, pero imperante. Se quiere hallar en la reparación una alternativa digna y humana del derecho penal del siglo XXI.

1. REPARACIÓN, JUSTICIA RESTAURATIVA Y DERECHO PENAL.

La función del derecho penal consiste en la promoción y mantenimiento de las condiciones que posibilitan la convivencia social, lo cual, en el marco del Estado de Derecho, consiste en una doble función: por un lado se dirige a la represión del delito y la protección del bien jurídico y por otro, a la defensa de los derechos del autor³, para lo cual contiene un cúmulo de garantías que amparan a cualquier persona que pueda caer en esa categoría, de los abusos del Estado y de la venganza privada⁴.

³ Se hace referencia a “autor”, como la persona que ha cometido un injusto culpable y ya ha sido declarada responsable

⁴ Véase por ejemplo: Urbano Martínez, J. J. (2011). Lección I: Concepto y función del derecho penal. En: Sello editorial Universidad de Medellín, *Derecho penal parte general fundamentos* (pp.15–25). Medellín: Universidad de Medellín.

Dentro del Estado liberal y de Derecho, esa función del derecho penal tradicionalmente se ha materializado en un marco de justicia retributiva, cuya base se sostiene en que el castigo proporcionado es una respuesta ética aceptable al delito, independiente de que este castigo produzca o no beneficios tangibles. La proporcionalidad del castigo consiste en que la severidad de la pena debe ser razonable y proporcional a la gravedad de la infracción.⁵

Muchos cuestionamientos éticos, políticos, sociales comenzaron a surgir frente a tal función del derecho penal y al marco de justicia retributiva en el que se ha desarrollado tradicionalmente⁶, surgiendo la justicia restaurativa como paradigma alternativo y crítico del sistema penal ordinario, como había sido planteado.⁷ Al respecto, Uprimny R. & Saffon P., plantean que el modelo de justicia restaurativa:

(...) aparece dentro de un movimiento de crítica al carácter represivo y retributivo del derecho penal. Presentándose como un modelo alternativo de enfrentamiento del crimen que no se funda en la idea tradicional de retribución o castigo, sino que parte de la importancia que tiene para la sociedad la reconciliación entre víctima y victimario (...) Desde esa perspectiva, las necesidades de las víctimas y el restablecimiento de la paz social son las finalidades básicas que debe tener la respuesta al crimen. Lo importante es la satisfacción de la víctima, más que el

⁵ Para González Ramírez, X.: El objetivo en el marco de esta justicia retributiva es probar delitos, establecer culpas y aplicar el castigo al infractor, con equivalencia al bien jurídico afectado por éste. De este modo, se otorga a la pena el sentido de devolver al infractor el mal causado, con un enfoque que mira al pasado, a los hechos cometidos y a la afeción causada a la sociedad. González Ramírez, X., (Marzo de 2012). “¿Es la Justicia Restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico?”. *Revista de Justicia Restaurativa 2: Sociedad Científica de Justicia Restaurativa*, p.p.5-37

⁶ Estos cuestionamientos expresados especialmente por vertientes teóricas como el abolicionismo, la victimología y la crisis de la prisión como mecanismo resocializador. Tales vertientes las amplía Elena Larrauri. En Larrauri Pijoan, E. (1997). *La reparación*. En: Cid Moliné, J. & Larrauri Pijoan, E. (Ed.), *Penas alternativas a la prisión* (pp.169-196) Bosh Casa Editorial S.A.

⁷ Rodrigo Uprimny y Paula Saffon, hacen una importante diferenciación entre los modelos de justicia restaurativa y transicional, explican que “*la justicia restaurativa apareció como un paradigma alternativo a y crítico del funcionamiento del sistema penal en condiciones de normalidad y, en concreto, de la manera como éste castiga las formas ordinarias de crimen presentes en una sociedad*” La justicia transicional, de acuerdo con los autores, surgió con propósitos muy distintos, cuya finalidad era equilibrar las exigencias de justicia y paz en contextos excepcionales de transición de la guerra a la paz o de la tiranía a la democracia. En Uprimny R. & Saffon, P., *Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades*. Archivo recuperado de: http://www.satellitechnologies.com/USB/lecturas/ru_justiciaRestaurativa.pdf, consultada 21 de julio de 2017

*castigo del responsable, a quien debe intentar reincorporársele a la comunidad, restableciendo lazos sociales. El castigo retributivo del ofensor es insuficiente para restablecer la convivencia social pacífica.*⁸

Los defensores del modelo de justicia restaurativa, sostienen que éste permite al derecho ofrecer una posibilidad real de solución a los conflictos jurídicos, fortaleciendo el capital social, logrando que los ciudadanos aprendan a convivir en forma armónica con el conflicto y cuenten con herramientas para participar activa y colaborativamente en su solución.⁹ Lo anterior, debido a que desde este modelo de justicia no se entiende el delito simplemente como una transgresión de las normas básicas convivencia, una infracción de la norma penal o una vulneración de bienes jurídicos, sino más bien, como la existencia de un conflicto social que amerita, por lo menos, intentar una solución consensuada entre los involucrados, lo cual supone un sistema alternativo de resolución de conflictos, devolviendo a las partes –autor, víctima y sociedad- el protagonismo perdido por ellas en la justicia penal ordinaria, para la composición de tales conflictos. El fin esencial que persigue el prototipo de justicia restaurativa es la *reparación del daño a la víctima* y no la punibilidad del hecho cometido. En esa medida, el modelo de justicia restaurativa propone un verdadero cambio conceptual del derecho penal ordinario, que más allá de ocuparse estrictamente del crimen y de las penas, lo haría de la resolución del conflicto, restaurando a la situación anterior. Parte de la premisa de una concepción del delito como ruptura de las relaciones humanas y sociales más allá de la infracción de la ley que se produce, explicado así por Martínez Sánchez, M. C:

(...) El modelo restaurativo se define como un modelo integrador que contempla en el sistema de respuesta al delito la satisfacción de otras expectativas sociales: la solución conciliadora, la reparación del daño a la víctima y a la comunidad y la pacificación de las relaciones sociales; en el fondo, late la idea de que el crimen

⁸ Uprimny, R. & Saffon, P. Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades. (s. f), p.7.

Recuperado de: http://www.satellitechnologies.com/USB/lecturas/ru_justiciaRestaurativa.pdf, consultada 21 de julio de 2017

⁹ Así lo sostiene Ximena González R. Op. Cit., p.6

*es un conflicto interpersonal y que su solución efectiva debe encontrarse desde dentro, entre los propios implicados en el mismo.*¹⁰

Retomando todo lo anterior, puede sostenerse que la reparación como sustituto de la pena de prisión en el sistema penal ordinario, desde el marco de justicia restaurativa, se sustenta en:

- El delito o la vulneración de un bien jurídico, causa un daño social y no solamente un daño individual a la víctima directa, en esta medida, el resarcimiento o reparación del daño causado con el delito, no solamente atañe a la víctima directa, sino a toda la sociedad.
- Propone un modelo trial u horizontal (Estado / delincuente / víctima) y no uno bipolar o vertical (Estado / delincuente, basado en la idea de un enfrentamiento irreconocible de intereses).¹¹
- Desde la perspectiva restaurativa, la reparación supone reconocer una multiplicidad de formas de restablecer el derecho o resarcir el daño causado a las víctimas, como son la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción –o compensación moral- y, las garantías de no repetición¹². Estas facetas de la reparación son mucho más amplias que la simple indemnización del delito, como lo comprende el modelo retributivo de justicia.

En Colombia el ingreso de los postulados de justicia restaurativa en el derecho penal ordinario está relacionado con las reformas sustantivas y procesales que se realizaron al sistema jurídico penal finalizando el siglo XX y comenzando el XXI, con

¹⁰ En: Martínez Sánchez, M. C. (2015). La Justicia Restaurativa y un modelo integrador de justicia penal. Revista de Derecho UNED, (16), p. 1241.

¹¹ A manera de crítica, Galain Palermo explica que sostener un modelo bilateral, donde el Estado es el único titular de la potestad frente al daño causado por el delito, evoca dos hipótesis: en primer lugar que el derecho penal asume tan solo la realización de una función de demostración simbólico-represiva sin otra finalidad que obtener (a como dé lugar) el respeto de las normas y la intimidación. En segundo lugar, la política criminal asume que la pena fracasa de antemano en la consecución de los fines que la justifican y que solo se trata de una expresión (arcaica e irracional) del poder simbólico – represivo estatal para el mantenimiento de un cierto modelo social, impuesto verticalmente. En: Galain Palermo, P. (2000). *La reparación del daño como equivalente funcional de la pena*. Uruguay: Universidad Católica de Uruguay, p.288

¹² La definición de cada una de estas facetas se hace más adelante

la emisión de un nuevo Código Penal (ley 599 de 2000) y un nuevo Código de Procedimiento Penal (ley 600 de 2000), el cual fue rápidamente sustituido por el sistema oral y acusatorio creado con la ley 906 de 2004¹³.

A partir de estas reformas, los pilares normativos del sistema parecen moverse en búsqueda del equilibrio entre los dos modelos de justicia –retributiva / restaurativa–, equilibrio guiado por el principio rector de la dignidad humana que, por un lado, protege al individuo que se ha visto lesionado como sujeto pasivo del delito y por otro lado, respeta y protege a aquel que delinquirió, salvándolo de la venganza privada, la arbitrariedad y las penas injustas y desproporcionadas¹⁴.

Y es precisamente el principio rector de la dignidad humana en protección y guarda de la persona del autor, el que hoy potencia la participación activa de la víctima en el trámite penal. En ese sentido, los artículos 1 y 11 de la Ley 906 de 2004¹⁵, como también lo hace el acto legislativo 03 de 2002¹⁶, destacando a la víctima como sujeto central en el proceso penal, la garantía de protección y asistencia para ella y el restablecimiento del derecho, así como la reparación integral¹⁷. Lo anterior sugiere que el objetivo de minimizar la reacción violenta al delito, no se logra

¹³ Todo ello en el contexto de emisión de leyes de alternatividad penal como la ley 975 de 2005

¹⁴ Véase la exposición de motivos de la ley 599 de 2000, la cual puede ser consultada en: López Morales, J. (2000). *Antecedentes del nuevo código penal*. Bogotá: Ediciones doctrina y ley

¹⁵ En adelante Código Procesal Penal o CPP

¹⁶ Publicado en el Diario Oficial No. 45.040, de 20 de diciembre de 2002, por el cual se reformó el artículo 250 Constitucional. 1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. (...) 6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito. 7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.

¹⁷ Con referencia a la expedición de la ley 906 de 2004: “Esta modificación tiene dos pilares esenciales en los cuales se fundamenta: por una parte, la implementación de un sistema acusatorio que consulte los estándares internacionales para eficacia y garantía de la persecución de los delitos y el juzgamiento de personas; y por la otra, una apuesta por la protección y atención integral a las víctimas del delito, entendiendo que sólo aportando respuestas efectivas a sus expectativas es posible hacer justicia como paso previo para alcanzar y fortalecer la paz”. En: Montoya Reyes, C. (2000). La protección de la víctima en el nuevo ordenamiento procesal penal. En: Procuraduría General de la Nación Instituto de Estudios del Ministerio Público, Memorias Jornadas de reflexión sobre la reforma al sistema penal colombiano (pp. 45-61) Colombia: Imprenta Nacional de Colombia

despojando a la víctima y a la sociedad de su participación en el proceso penal, sino, precisamente, reconociéndolas como intervinientes dentro de este, para que dentro de las reglas y cauces establecidos sean reparadas y satisfechas¹⁸.

A tono con ese modelo de justicia restaurativa, adoptada en el sistema procesal penal acusatorio con el acto legislativo 03 de 2002, la Corte Constitucional colombiana comenzó a expedir sentencias de constitucionalidad como las siguientes: C-228 de 2002¹⁹, C-1154²⁰ y C-1177 de 2005²¹, C-454 de 2006²², C-456 de 2006²³ y la C-209 de 2007²⁴, en las cuales, la concepción retributiva fue tomando un viraje hacia los requerimientos del modelo de justicia restauradora, haciendo de la víctima un sujeto central en el proceso penal y determinando el derecho de satisfacción de las víctimas como eje central del sistema penal acusatorio.

Específicamente sobre el tema de la reparación integral, la Corte Constitucional ha adoptado los lineamientos del derecho internacional como marco definitorio. Para la Corte Constitucional, la reparación integral es **un derecho de las víctimas**, fundamentado normativamente en los artículos 1, 2, 29, 229, 250 numerales 6 y 7 de la Constitución Política, así como en la integración del bloque de constitucionalidad (Art. 93 Constitución Política).

¹⁸ En este punto es importante cuidarse de caer en interpretaciones inconstitucionales del precepto de la dignidad humana, en las que puede derivar esta temática de los derechos de las víctimas, traída a colación por Juan Oberto Sotomayor y Fernando Tamayo en cuanto a entendimiento de la dignidad humana en negativo, como ideología contraria al texto constitucional, anteponiéndolo a espacios de indignidad donde el delincuente es tenido como sujeto indigno y por ende no merecedor de protección estatal. Esas ideologías trastocan la naturaleza de la pena, enmascarándola como forma de positiva de libertades constitucionales, como un deber de criminalización y no de protección. Al contrario el derecho penal encuentra su razón de ser en la limitación de la intervención punitiva estatal. En: Sotomayor J. y Tamayo F. (2017). *Dignidad humana y derecho penal: una difícil convergencia*

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-228 del 3 de abril de 2002. M.P. Manuel José Cepeda y Eduardo Montealegre Llynett.

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-1154 de noviembre de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

²¹ Corte Constitucional, sentencia C-1177 del 17 de noviembre de 2005. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

²² Corte Constitucional, sentencia C-454 del 7 de junio de 2006. M. P. Jaime Córdoba Triviño

²³ Corte Constitucional, sentencia C-456 del 7 de junio de 2006. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-209 del 21 de marzo de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

Entendida la reparación como derecho de las víctimas, las reglas resaltadas por la jurisprudencia constitucional han sido básicamente las que se toman en la sentencia C-715 de 2012²⁵, que al examinar algunas disposiciones de la ley 1448 de 2011 – para situaciones de conflicto armado-, señaló lo siguiente sobre el derecho a la reparación integral:

(...) el derecho a la reparación integral supone el derecho a la restitución de los derechos y bienes jurídicos y materiales de los cuales ha sido despojada la víctima; la indemnización de los perjuicios; la rehabilitación por el daño causado; medidas simbólicas destinadas a la reivindicación de la memoria y de la dignidad de las víctimas; así como medidas de no repetición (...) una medida importante de reparación integral es el reconocimiento público del crimen cometido y el reproche de tal actuación.(...) (xi) el derecho a la reparación desborda el campo de la reparación económica, e incluye además de las medidas ya mencionadas, el derecho a la verdad y a que se haga justicia. (...) Por tanto, la Corte ha evidenciado el derecho a la reparación como un derecho complejo, en cuanto se encuentra en una relación de conexidad e interdependencia con los derechos a la verdad y a la justicia, de manera que no es posible garantizar la reparación sin verdad y sin justicia.

En esta lógica, la reparación es un resarcimiento integral a la víctima del delito, que supone reconocer una multiplicidad de formas de restablecer el derecho o resarcir

²⁵ Corte Constitucional, sentencia C-715 del 13 de septiembre de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

el daño, como son la restitución²⁶, la indemnización²⁷, la rehabilitación²⁸, la satisfacción –o compensación moral²⁹- y, las garantías de no repetición.³⁰

²⁶ Busca devolver a la víctima a la situación anterior a la violación y comprende, entre otras cuestiones, “el restablecimiento de la libertad, los derechos legales, la situación social, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía de la víctima, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus propiedades. Así se define en diferentes principios de la ONU: Principio 19 de los Principios y Directrices Básicos Sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones (2005). Principio 22 de los Principios y Directrices Básicos Sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones (2000). Principio 40 del Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Lucha Contra la Impunidad (1998). Principio 4 del Proyecto de Principios y Directrices Básicos (1993).

²⁷ Consiste en compensar los perjuicios causados por el delito y que generalmente asume la forma de un pago en dinero como reconocimiento a los males cometidos y para reparar las pérdidas sufridas. Así se define en CIDH (2005: 14 -17). Principio 20 de los Principios y Directrices Básicos Sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones (2005). Principio 23 de los Principios y Directrices Básicos Sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones (2000). Principio 41 del Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Lucha Contra la Impunidad (1998). Principio 9 del Proyecto de Principios y Directrices Básicos (1993).

²⁸ La rehabilitación. Se refiere al cuidado y asistencia profesional que las víctimas requieren para reestablecer su integridad legal, física y moral después de la violación en su contra. Así se deduce de: CIDH (2005: 11). Principio 21 de los Principios y Directrices Básicos Sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones (2005). Principio 24 de los Principios y Directrices Básicos Sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones (2000). Principio 42 del Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Lucha Contra la Impunidad (1998). Principio 10 del Proyecto de Principios y Directrices Básicos (1993).

²⁹ Consistente en realizar acciones tendientes a restablecer la dignidad de la víctima y difundir la verdad de lo sucedido. Son medidas de carácter no pecuniario. Así se deduce de: CIDH (2005: 12 - 14). Principio 22 de los Principios y Directrices Básicos Sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones (2005). Principio 25 de los Principios y Directrices Básicos Sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones (2000). Principio 44 del Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Lucha Contra la Impunidad (1998). Principio 11 del Proyecto de Principios y Directrices Básicos (1993). Así se define en: Principio 23 de los Principios y Directrices Básicos Sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones (2005). Principios 35 a 38 del Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (2005). Principio 25 de los Principios y Directrices Básicos Sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener

En concordancia con esta concepción de reparación, el proceso penal acusatorio estableció artículos en los que deja sentada la importancia de la reparación como mecanismo de justicia restaurativa y la satisfacción de los derechos de las víctimas como finalidad del sistema penal acusatorio³¹. Ese desarrollo se concreta en los artículos 11, 22, 102 a 108, 323 a 330³², 474 y 475³³, 518 a 527³⁴ y el artículo 349 de la ley 906 de 2004.

Para efectos de este trabajo, se entenderá la reparación como una figura compleja consistente en los esfuerzos serios del infractor penal por restablecer el daño causado y lograr una compensación ideal al perjudicado³⁵. Entendiendo esa complejidad como contentiva de una o varias de las facetas simbólicas y/o materiales de la reparación aceptada por la jurisprudencia constitucional³⁶ y las normas internacionales. De esta manera, la postura que se adopta es que cuando el Código Penal o el Código de Procedimiento Penal colombiano hablan indistintamente de indemnización, pago de perjuicios, responsabilidad civil, reparación, restablecimiento del derecho, compensación, habrá de entenderse que se están refiriendo a la figura compleja de la reparación, que no se agota en la

Reparaciones (2000). Principios 45 a 50 del Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos Mediante la Lucha Contra la Impunidad (1998). Principio 11 del Proyecto de Principios y Directrices Básicos (1993).

³⁰ Son las medidas dirigidas a evitar que las víctimas vuelvan a ser objeto de violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario que vulneren su dignidad

³¹ Así lo sostiene por ejemplo la Corte Suprema de Justicia, sentencia del 6 de junio de 2012, magistrado ponente José Leónidas Bustos Martínez, proceso 35767

³² Los artículos sobre procedencia de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ordenan que el juez debe establecer el plazo para el pago de perjuicios cuando concede la suspensión (artículo 474). Y, ordenan la ejecución de la pena por no pago de perjuicios dentro de ese plazo. Ley 906, Código de procedimiento penal, 2004.

³³ Mecanismos de justicia restaurativa. Ley 906, Código de procedimiento penal, 2004.

³⁴ Que establece improcedentes los acuerdos o negociaciones, si el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, hasta tanto se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente. Artículo que contempla el pago de un valor como condicionante para acceder a la justicia premial, dándole a la reparación –en modalidad de indemnización- cierto poder y efecto sobre allanamientos, negociaciones y preacuerdos. Ley 906, Código de procedimiento penal, 2004.

³⁵ Estos esfuerzos serán denominados “*actos postdelictivos positivos*” o “*actus contrarius*” al delito por parte del ofensor

³⁶ Como las enunciadas en la mencionada sentencia C 715 de 2012

responsabilidad civil (reducida a dos partes enfrentadas), sino que ostenta una connotación constitucional y de derechos humanos y una trascendencia social que requiere de las necesidades preventivas –propias del derecho penal- derivada de la gravedad de la conducta.³⁷

Sin embargo, al hacer una revisión del Código Penal Colombiano las referencias a la reparación se dan en los siguientes términos: “responsabilidad civil derivada de la conducta punible”³⁸, “reparación del daño”³⁹, “indemnización por daños”⁴⁰, “reparación de daños ocasionados con el delito”, “pago de indemnización”⁴¹, “procurar voluntariamente anular o disminuir las consecuencias de la conducta”⁴², “reparar voluntariamente el daño ocasionado” aunque no sea en forma total o “indemnizar” a las personas afectadas con el hecho punible⁴³, “pago o indemnización integral”⁴⁴, “resarcir el daño” ocasionado al ofendido o perjudicado⁴⁵.

Estas referencias del código penal sustantivo denotan una concepción civilista de la reparación⁴⁶, que no ha trascendido a comprenderla como una figura propia del campo penal y no trasladado del ámbito civil, con vida propia y con principios y finalidades propios del derecho penal⁴⁷. Esta concepción limitada y civilista de la

³⁷ Al respecto, sostiene Jericó Ojer que “el daño civil y el daño penal no pueden identificarse conceptualmente porque no coinciden ni en la forma de valorar una conducta dañosa ni en los fines que animan las respectivas exigencias de la responsabilidad” En: Jericó Ojer, L. (2014) La atenuante de reparación del daño. Especial referencia al fundamento de su aplicación. (tesis). Universidad Pública de Navarra, Pamplona.

³⁸ Capítulo VI del título IV libro I del Código Penal Colombiano o Ley 599, (julio de 2000).

³⁹ Artículo 94 Código Penal Colombiano o Ley 599, (julio de 2000)

⁴⁰ Artículo 97 Código Penal Colombiano o Ley 599, (julio de 2000)

⁴¹ Artículos 38B, 64, 65 Código Penal Colombiano o Ley 599, (julio de 2000).

⁴² Artículo 55 numeral 5 Código Penal Colombiano o Ley 599, (julio de 2000)

⁴³ Artículo 55 numeral 6 Código Penal Colombiano o Ley 599, (julio de 2000)

⁴⁴ Artículo 82 Código Penal Colombiano o Ley 599, (julio de 2000).

⁴⁵ Artículo 265 Código Penal Colombiano o Ley 599, (julio de 2000)

⁴⁶ La única mención que hace la exposición de motivos de la ley 599 de 2000 al tema de la reparación es: “en lo que se refiere a la parte civil, se eliminó la prevalencia de la obligación respecto de las otras, puesto que no hay razón valedera para privilegiarla, en la medida que, como cualquier obligación civil, debe seguir las reglas propias de este tipo de compromisos. Como quiera que se parte del supuesto de la obligación de la parte de demostrar los perjuicios, hay adecuación de las normas a dicha situación, al igual de lo que ocurre con el tercero civilmente responsable. (...) se fundieron daño moral y material, en un mismo artículo...”

⁴⁷ Pese a que en la actualidad continúa la discusión sobre la reparación como un asunto civil y no penal, muchos doctrinantes comprenden hoy la reparación como una figura propia del ámbito penal,

reparación que contiene la normatividad sustantiva es incompatible con los lineamientos de derecho internacional⁴⁸, el acto legislativo 03 de 2002 y los trazados constitucionales sobre las dimensiones de la reparación⁴⁹. Desde un modelo de justicia restaurativa, también el sistema sustantivo, podría y debería contemplar la reparación como un derecho de contenido constitucional y de derechos humanos y, por lo tanto, su carácter de consecuencia jurídica del delito⁵⁰, merece un desarrollo normativo que se adapte a estas nuevas concepciones, lo cual podría darse desde varias orillas: a la luz de las funciones de la pena establecidas en el artículo 4 C.P.; a la luz de los principios político criminales de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, establecidos en el artículo 3 C.P; a la luz del principio de subsidiariedad y, a la luz de la defensa de la dignidad humana del artículo 1 C.P., que hoy reclama la no desocialización que produce la prisión. Es por ello que a continuación se presentan propuestas teóricas que sostienen la reparación como alternativa a la pena, desde alguno de estos puntos de vista.

Antes de avanzar con la temática, se hace necesario recalcar que la reparación como alternativa de la pena de prisión no es opuesta a la reparación como derecho de las víctimas. Por el contrario, se comprende que establecer la figura como alternativa o diminuyente de la pena de prisión para el autor, conlleva implícita y además estimula la garantía del derecho de la víctima.

2. LA REPARACIÓN COMO ALTERNATIVA A LA PENA DE PRISIÓN.

Siempre que se piensa en la reparación como alternativa a la pena de prisión, será referencia obligada la propuesta de la reparación como “tercera vía” del derecho

ellos son referidos ampliamente por Pérez Sanzberro, G. (1999). *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?* Granada: Editorial Comares. Entre ellos Elena Larrauri, Juan Bustos Martínez, Quintero Olivares, Cerezo Mir.

⁴⁸ Como los referidos anteriormente al definir cada una de las dimensiones de la reparación

⁴⁹ En las sentencias de constitucionalidad: C-228 de 2002, C-1154 y C-1177 de 2005, C-454 de 2006, C-456 de 2006 y la C-209 de 2007, C 715 de 2012

⁵⁰ Título IV del Código Penal Colombiano o Ley 599, (julio de 2000)

penal, elaborada por el profesor Claus Roxin⁵¹, dentro de la cual, la reparación es una sanción penal autónoma que aporta al logro de los fines de la pena, tanto de la retribución, como de la prevención positiva.

En cuanto al fin de la retribución, que el profesor alemán comprende como compensación de la culpabilidad, sostiene que a partir de una auténtica compensación del hecho, de un restablecimiento de la situación originaria que remedie el daño y los efectos del acto punible, se logra una forma más plausible y lógica de retribución que el encarcelamiento⁵².

Desde el punto de vista de la prevención especial positiva, sostiene Roxin que la obligación de reparar el daño causado y de esforzarse por una reconciliación con la víctima, puede influir de manera positiva en la actitud social del autor, ya que este es provocado a entenderse con los daños causados y con la persona del ofendido de una manera muy diversa a la que correspondería si la víctima permanece abstracta y anónima, convirtiéndose la reparación en una edificación social constructiva que puede ser asumida por el mismo autor, como plena de sentido y justicia. A este argumento, añade que la resocialización por intermedio de la reparación elude tres objeciones que se presentan frente a la que se realiza por tratamiento: - la del límite temporal, ya que la reparación, conforme con el principio de legalidad, es limitada, mientras que el tratamiento no; - el peligro de violación de la personalidad y; - evita la desocialización⁵³.

Desde el punto de vista de la prevención general positiva, sostiene Roxin que el efecto socialmente útil del derecho penal reside, sobre todo, en que transmite a la

⁵¹ Véase: Roxin, C. (2000). *Fundamentos político-criminales del Derecho penal*. Argentina: Hammurabi. / Roxin, C. (2000). *Pena y reparación* (Conferencia pronunciada en Villahermosa, dentro de los actos celebrados con motivo de la investidura como doctores «honoris causa»>) Universidad Juárez Autónoma, Méjico

⁵² Así lo expone en: Roxin, C. (2000). *Pena y reparación* (Conferencia pronunciada en Villahermosa, dentro de los actos celebrados con motivo de la investidura como doctores «honoris causa»>) Universidad Juárez Autónoma, Méjico

⁵³ Roxin, C. Op. Cit., p.231-232

población la confianza en la protección del ordenamiento jurídico y en su fuerza para imponerse.

Para el autor alemán, desde la función de prevención general positiva, el derecho penal debe considerar el interés social y el de la víctima en particular, y esto se realiza cuando se reprocha el comportamiento de quien puso en cuestionamiento el orden vigente, pero también cuando se considera la situación particular de la víctima, de forma tal que con la intervención penal se procura no solamente la paz jurídica, sino también, la paz social. Así, la fractura del derecho no se cura simplemente con un castigo del autor, mientras el daño real que han sufrido la víctima y la sociedad, no haya sido remediado. Ese efecto de satisfacción que cobra vital importancia en esta finalidad de prevención positiva de la pena, puede ser hallado a través de sanciones menos graves que la privación de la libertad.

La finalidad de prevención general positiva, llamada prevención integración por el profesor Roxin⁵⁴ plantea, según él, las siguientes transformaciones del fin de la pena:

- Aprendizaje (de las reglas básicas)
- Confianza (el ciudadano ve que el derecho se impone)
- Pacificación (intervención estatal, restablecimiento de la paz jurídica y social).
Esta faceta brinda la posibilidad de justificar en clave de prevención general, la inclusión de la reparación del daño y de la composición autor víctima en el derecho penal.

Desde la perspectiva del profesor alemán, estas facetas del fin preventivo general de la pena, caracterizan la transición del derecho penal, desde la atribución de meros significados a la solución social y material de conflictos.

⁵⁴ Roxin, C. *Ibíd*, p.227

Con respecto al fin de la prevención general negativa, el autor alemán acepta que la reparación como alternativa de la pena, no tiene un efecto intimidatorio. Sin embargo, sostiene que el fin de prevención no se agota en la intimidación y sí con más fuerza en la prevención general positiva. Como es bien conocido, para Roxin el efecto intimidante se halla en el riesgo de ser descubierto y no en el monto de la amenaza.

En la propuesta de la “tercera vía”, la reparación no es un fin autónomo de la pena, ni una forma de pena, pero si es un elemento esencial del sistema de sanciones que constituye un “*tercer carril*” del derecho penal. De esta manera, la medida de seguridad, como segunda vía de la pena, sustituye o complementa la pena –en ausencia de la culpabilidad- y, la reparación como tercera vía, sustituye o atenúa complementariamente a la pena, en aquellos casos en los cuales, de acuerdo al principio de subsidiariedad y de necesidad, convenga de mejor manera a los fines del castigo. De este modo, el fundamento de la reparación, reside en el principio político criminal de subsidiariedad, el cual otorgaría a la reparación un lugar de preferencia frente a la pena, pues el recurso a la pena solo estaría legitimado cuando sus fines no pudieran ser obtenidos por un medio menos grave, como es la reparación.

La concreción de la *tercera vía* en el marco de las consecuencias jurídico penales, abarca todas las actuaciones de carácter constructivo desde el punto de vista social, por parte del autor frente al perjudicado y a la sociedad, como son, los trabajos de utilidad común, pagos en favor de instituciones sociales, la petición de perdón. Prestaciones que se llevarían a efecto sobre la base de la voluntariedad del autor. Dentro de esta gama de posibilidades, la falta de recursos por parte del autor no es obstáculo al comportamiento positivo de reparar y obtener así, unas consecuencias jurídicas más benignas.

El *tercer carril* del derecho penal, operaría en delitos de determinada gravedad, admitiéndose que en los casos de delitos más graves todavía no es posible

reconstituir nuevamente la paz jurídica únicamente por intermedio de la reparación, de tal manera que ella sólo podría provocar efectos atenuantes de la pena⁵⁵.

En Suramérica otros autores como Pablo Galain Palermo⁵⁶ y Julio A. Rodríguez⁵⁷, se han ocupado de la temática de la reparación como alternativa de la pena, desde sus propios ángulos.

El profesor Galain Palermo, al tratar el tema de la reparación como alternativa a la pena, la comprende como un equivalente funcional, el cual tiene que relacionarse – de algún modo- con los fines de la pena y encontrar en ese análisis el parámetro de legitimación material. Para este autor, el interés político criminal de albergar la reparación como instituto penal reside en que, por medio de un sustituto de la pena, se pueda solucionar el conflicto provocado por el delito, convirtiendo el derecho penal en un sistema de alternativas racionales y verificables, que permitan cumplir con las funciones y fines que el derecho penal tiene asignados en la sociedad actual.

Su punto de partida es el bien jurídico como límite material del derecho penal, recordando que su contenido debe guardar una estrecha relación con las necesidades y los derechos de los individuos que viven en sociedad. Precisamente, la definición de delito tiene origen en la intercomunicación humana y lo que legitima la protección penal es la relación entre el sujeto titular y el objeto protegido. Si el bien jurídico sirve a los intereses del ser humano, el sistema penal no debe desentenderse de la situación del legítimo titular del bien jurídico protegido, sino

⁵⁵ Para Rodrigo Uprimny & Paula Saffon por ejemplo, el modelo restaurativo no puede ser el imperante en situaciones de graves violaciones a los derechos humanos. Uprimny & Saffon., op cit., p.16

⁵⁶ Galain Palermo, P. (2000). *La reparación del daño como equivalente funcional de la pena*. Uruguay: Universidad Católica de Uruguay

⁵⁷ Rodríguez Delgado, J. *La reparación como tercera vía en el derecho penal*. {en línea, fecha de consulta: 01 de marzo de 2017}, disponible en disponible en: <http://www.revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15790>

que tiene que concentrar su atención en la relación que une a la persona con el objeto que posee⁵⁸.

De este modo, teniendo la prevención como fin del castigo, la reparación debe reunir determinadas cualidades para ser tenida como equivalente funcional de la pena: En primer lugar, trascender del resarcimiento del daño de la víctima directa y servir a finalidades de naturaleza social; en segundo lugar, cumplir con la misma función y finalidad que la pena; y por último, erigirse como un medio menos violento que permita poner fin al conflicto.

Galain resalta que si se exige la producción de un daño efectivo como límite a la criminalización, entonces también es cuestión de interés del derecho penal si en un momento posterior al delito, el autor ha reparado o minimizado las consecuencias de este daño. Y de este mismo modo, considera que la reparación como nueva vía penal o equivalente funcional de la pena es la mejor forma para incluir a la víctima en la resolución del conflicto, pero también para que el autor asuma un comportamiento positivo posterior, según la función de prevención general de la pena, lográndose así, la resolución social y no meramente simbólica o jurídica, de los conflictos. Los actos voluntarios posteriores al delito no harán necesaria la pena por ausencia o no necesidad de finalidades preventivas.

⁵⁸ “De nada vale argumentar que los bienes jurídicos deben guardar relación con los individuos desde un punto de vista meramente potencial (víctimas y autores como destinatarios de la norma), y una vez operado el delito desentenderse el sistema de los individuos de carne y hueso, esto es, de las víctimas y de los autores directamente involucrados en el hecho delictivo. El Derecho penal no puede centrar su interés exclusivamente en la prevención, y una vez fracasado en esa tarea, erradicar de la solución penal a la víctima directa y pretender influir únicamente en la vida futura del autor, para la satisfacción de los intereses de las víctimas potenciales... la teoría del bien jurídico debería exigir siempre una relación directa o inmediata del tipo penal con un interés individual (personal o colectivo), no solo para proceder a la legitimación de una norma penal (operando como requisito indispensable en el momento de la tipificación), sino para justificar que en ocasión de resolver el conflicto se tengan en cuenta las necesidades individuales de la víctima, sin desconocer el interés social en la solución del conflicto (prevención general)”. Véase: Galain Palermo, P. (2000). *La reparación del daño como equivalente funcional de la pena*. Uruguay: Universidad Católica de Uruguay, p.83

El profesor peruano Julio A. Rodríguez, le da a la reparación la calidad de sanción penal autónoma, no de consecuencia accesoria de la pena, pudiendo ser fijada por el órgano jurisdiccional en los casos en que víctima y victimario no lleguen a un acuerdo. Su idea de reparación se distancia del daño directamente producido por la conducta del agente y adquiere un rol más simbólico, en sentido de prevención especial y general.

Reconoce la reparación como elemento de un derecho penal de triple vía, cuyo fundamento es el principio de subsidiariedad y la redefinición del conflicto social producido por la realización de una conducta antijurídica. El conflicto ya no es tan sólo entre el autor y la sociedad (apropiación del conflicto), sino una oposición contrafáctica de intereses entre el autor, la víctima y la sociedad.

En su concepto, para que la reparación sea considerada una sanción penal autónoma, debe cumplir con ciertas exigencias mínimas, como son el respeto absoluto al principio de igualdad, al principio de proporcionalidad, al principio de responsabilidad penal o culpabilidad, al de lesividad y al de jerarquización de bienes jurídicos penalmente protegidos.

A diferencia de la mayoría de los autores que defienden la reparación como alternativa a la pena, el profesor peruano sostiene que la idea de la reparación como tercera vía en el sistema penal, resulta adecuada si no se aplica supeditada a la privación de libertad. Dice que el sistema reparatorio como tercera vía es coherente, si la privación de libertad no es una alternativa puesto que, para él, se pierde coherencia si la reparación es impuesta bajo amenaza de imposición de la prisión, pues ello implicaría el volver al paradigma de prisión por no pago. Afirma que la coexistencia entre las penas, las medidas de seguridad y la reparación es ideal, sobre todo si con ello se potencia una solución transaccional entre las partes.

La autora española Guadalupe Pérez Sanzberro⁵⁹ se ha ocupado de la reparación dentro de la conciliación en el marco de etapas preliminares de la investigación penal, donde emerge como alternativa a la pena de prisión, en la medida que no permite el nacimiento de la acción penal.

En la misma lógica de la prevención integración, opina que la reparación - conciliación constituye un factor de integración y de pacificación de las relaciones sociales, que se sustenta en los mecanismos comunicativos y en la atención a la dimensión real y personal del daño, desde la situación de conflicto que el delito genera.

Su punto de partida es, el que ella denomina, un derecho penal *democrático de garantías*, pertinente y necesario, luego de que el derecho penal durante mucho tiempo, acallara una serie de elementos que deben ser rescatados, como los siguientes: conflicto entre víctima autor, situación de la víctima, autonomía del infractor, horizontalidad de la comunicación orientada al hallazgo de una respuesta pacificadora.

La criminóloga española Elena Larrauri Pijoan⁶⁰, por su parte, tiene muy clara una acepción de la reparación como sanción penal autónoma, principal y única, alternativa a la pena de cárcel y no como una consecuencia civil del delito que se añade a la pena. Precisamente, en respuesta a quienes sostienen que la reparación no es una temática que concierna al derecho penal, sino al civil, la autora argumenta que la reparación no “es” sino que puede ser dotada de una u otra naturaleza.

Encuentra tres corrientes que estimulan la reparación como alternativa a la pena, desde diversas ópticas: la victimología, los movimientos de resocialización – no desocialización y, el abolicionismo que aboga para que las víctimas recuperen el

⁵⁹ Pérez Sanzberro, G. (1999). *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, Granada: Editorial Comares

⁶⁰ Larrauri Elena. En Larrauri Pijoan, E. (1997). *La reparación*. En: Cid Moliné, J. & Larrauri Pijoan, E. (Ed.), *Penas alternativas a la prisión* (pp.169-196) Bosh Casa Editorial S.A.

conflicto. Resalta que sea precisamente el garantismo penal, el que no haya influido en la reparación como una alternativa a la cárcel, puesto que desde la perspectiva de Ferrajoli⁶¹ es precisamente la irreparabilidad lo que distingue ilícitos penales de civiles y la concepción de la pena es la privación de un derecho sufrida pasivamente. Para el exponente del garantismo penal, las sanciones civiles, son prestaciones positivas que satisfacen obligaciones de hacer y tienen un contenido reparatorio.

A esta situación destacada por Larrauri, deberá añadirse que desde la perspectiva garantista el acento de los fines de la pena está puesto en la prevención general negativa, y como se ha visto, la reparación no realiza un aporte estimable en cuanto a esta finalidad.

Siguiendo con lo elaborado por la criminóloga española, para ella, la reparación abarca medidas simbólicas (disculpas), económicas (restitutorias, compensatorias o indemnizatorias) o materiales (prestación de un servicio en favor de la víctima individual o colectiva).

Sostiene que admitir la reparación como pena comportaría las siguientes afirmaciones:

- Su presupuesto es el delito y la culpabilidad.
- Debe graduarse como el resto de las penas de acuerdo al daño producido y a la culpabilidad de la persona
- La pena tiene un carácter público y no depende de la víctima
- La pena es personal, no asegurable y no transmisible

⁶¹ Ferrajoli, citado por Elena Larrauri: "... es precisamente la irreparabilidad lo que distingue los ilícitos penales de los civiles;" y que la pena: "... deberá consistir siempre en un pati, es decir en la privación de un derecho sufrida pasivamente. En esto radica su diferencia con las sanciones civiles, como el resarcimiento del daño y la ejecución en forma específica, que son prestaciones positivas que satisfacen obligaciones de hacer y tienen un contenido reparatorio". De donde deducimos su poca fe en la corriente garantista por considerarla contraria a la reparación. *Ibíd.*

- La ejecución y garantía de éxito de la reparación como sanción penal autónoma se asegura, como el resto de penas, por la amenaza de la pena de cárcel.

El autor mejicano José Zamora Grant⁶², hace una reflexión interesante en torno a que el derecho penal nació para la restauración del orden jurídico afectado por el delito, no para anticiparse al mismo, prevenirlo ni mucho menos resolverlo⁶³. Explica que un derecho penal estructurado en la prevención, no tendría entre sus objetivos la protección de víctimas o acusados. Sostiene que ni la retribución, ni las teorías utilitaristas de la pena han resuelto de manera satisfactoria las necesidades sociales de convivencia. Y así plantea “la consecución de los derechos de los involucrados como fin del derecho penal”. El autor formula que:

(...) de la mano de los argumentos de prevención delictiva y de las políticas públicas para conseguirlo, la preocupación creciente por los derechos de los involucrados ha transformado –y lo sigue haciendo- la naturaleza de los procedimientos penales; esto invita a pensar que las expectativas del Derecho Penal –sus fines-, centradas en la intención de evitar delitos al resocializar, neutralizar o intimidar al delincuente, han cambiado o al menos están en proceso de transformación. Quizás ha llegado la hora de dejar la responsabilidad de la consecución de tales fines a la pena privativa de libertad, que dejará de ser la pena por excelencia, y entender que si el derecho penal quiere contribuir a la solución del problema social delito, debe centrar sus expectativas en la efectiva actualización de los derechos de los involucrados (víctimas e imputados)⁶⁴

⁶² En: Zamora Grant, J. 1999. *Justicia penal y derechos fundamentales*.

⁶³ Zamora Grant dice que: “si se reconoce que el Derecho Penal no fue diseñado para prevenir el delito y que el discurso prevencionista no es más que una justificación de la pena privativa de libertad, se entenderá que lo que el Derecho Penal sí puede hacer es reaccionar ante el delito –a *posteriori* y no a *priori*-; de ahí el principio de materialidad como fundamento de un Derecho Penal que solamente puede reaccionar contra actos o hechos materialmente verificables y nunca anticiparse a los mismos buscando entre las personas al posible responsable del delito”. En: Zamora Grant, p. 68

⁶⁴ *Ibíd.*, p. 67-68

Zamora Grant concluye que dar un lugar a la reparación en el Derecho Penal implica el reconocimiento de que la esencia de éste ha cambiado, que los modelos preventivos han fracasado, esto sumado a la influencia cada vez mayor de la justicia restaurativa, lleva al autor a concluir que:

*“la pregunta no es si el resarcimiento de la víctima debe formar parte de los fines de la pena, sino si éste debe convertirse en el fin prioritario de la justicia penal, por sobre la prevención del delito y la aún sostenida retribución (...) En ese sentido, la restauración de la víctima, ¿por qué no?, podría ser, en el mediano o corto plazo, el fin primordial de la justicia penal”.*⁶⁵

Este es un panorama de autores que han profundizado sobre tema de la reparación como alternativa a la pena, bien desde las teorías de los fines de la pena, desde los principios político criminales o incluso, desde aspectos de dogmática penal. A continuación se realizará un esbozo de la reparación en la normatividad penal colombiana.

3. LA REPARACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL SUSTANTIVO.

El Código Penal Colombiano plasmó explícitamente la reparación como una consecuencia jurídica del delito, tal como lo son las penas y las medidas de seguridad -título IV capítulo 6-⁶⁶. Esta consecuencia jurídica, aunque es independiente de la pena, puede producir unos efectos con respecto a la imposición, tasación y ejecución de la sanción penal, los cuales devienen en verdaderos derechos del condenado -incluso con independencia de la subjetividad

⁶⁵ *Ibid.*, p. 68

⁶⁶ El TÍTULO IV se denomina “DE LAS CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA CONDUCTA PUNIBLE, y se desarrolla en seis capítulos 1. De las penas, sus clases y sus efectos, 2. De los criterios y reglas para la determinación de la punibilidad, 3. De los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, 4. De las medidas de seguridad, 5. De la extinción de la acción y de la sanción penal, **6. De la responsabilidad civil derivada de la conducta punible**. Código Penal Colombiano o Ley 599, (julio de 2000)

de la víctima-, que responden a una política criminal de descongestión carcelaria y al principio de mínima intervención.

Entendida como consecuencia jurídica del delito, con vocación de menguar o sustituir la pena, la reparación, al menos en términos prácticos, se convierte en una forma sustitutiva o alternativa de la pena de privación de la libertad para el condenado.

Mirados desde esta óptica, los artículos 3 y 4 del Código Penal Colombiano abren la puerta para que, tanto desde el punto de vista de los principios político criminales de necesidad, proporcionalidad y racionalidad, como desde el punto de vista de los fines de la pena de justa retribución, prevención, protección al condenado y reinserción, esta figura llegue a tomar una fuerza inagotable en el campo sustantivo del derecho penal ordinario en Colombia. Ello sin mencionar el argumento más vigente en el contexto actual de la crisis carcelaria, como lo es, la descongestión de los centros de reclusión.

A tono con lo anterior, como se esbozó en los planteamientos del profesor Claus Roxin, la no necesidad de pena es una de las puertas de ingreso para la reparación como sustituto o alternativa de la pena de prisión. Sobre lo cual se tiene que el Código Penal Sustantivo si contiene expresos algunos sucesos en los cuales no se hace necesaria la pena, que aunque no referidos a la reparación, si establecen unos precedentes normativos específicos de no necesidad de pena: uno de ellos es el artículo 34, que en su inciso segundo, establece que se puede prescindir de la sanción penal por no resultar necesaria cuando se trata de delitos culposos o con penas no privativas de la libertad y las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad. Caso en el cual, se podrá prescindir de la imposición de la sanción por no resultar necesaria.

El otro evento expreso donde la necesidad de pena juega un papel importante según el Código Penal, es el del artículo 61 que expresamente demarca los fundamentos para la individualización de la pena, ordenando ponderar aspectos como la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

Estas referencias normativas específicas que permiten la no aplicación de la pena, en caso de no ser necesaria, abren la brecha para que los comportamientos positivos posteriores al delito o actus contrarius al mismo, es decir, los casos de reparación, sean eventos configurativos de no necesidad de pena de prisión.

En esa medida los artículos 3, 4, 34 y 61 del Código Penal, son el sustento normativo de la reparación como figura modificadora de la sanción de privación de la libertad. Lo cual se ve reflejado en diferentes mecanismos del sistema penal, de la siguiente forma: es uno de los requisitos para el logro de penas sustitutivas como la prisión domiciliaria, deviene en una circunstancia de menor punibilidad tanto genérica como específica y es requisito para la consecución o mantenimiento de los subrogados penales. Un breve repaso del papel de la reparación en estos mecanismos, da cuenta de su labor como sustituto en la sanción de privación de la libertad.

3.1 La reparación como requisito para la obtención de la pena sustitutiva de prisión domiciliaria⁶⁷.

La reparación de daños ocasionados con el delito, nombrada por el Código Penal como pago de indemnización, es un requisito para la concesión de la prisión

⁶⁷ Artículo 38 C.P. La prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión. La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, o en su defecto en el que el Juez determine, excepto en los casos en que el sentenciado pertenezca al grupo familiar de la víctima, siempre que concurren los siguientes presupuestos: (...) 3. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones: (...) 3) Reparar los daños ocasionados con el delito, salvo cuando se demuestre que está en incapacidad material de hacerlo. (...).

Cuando se incumplan las obligaciones contraídas, se evada o incumpla la reclusión, o fundadamente aparezca que continúa desarrollando actividades delictivas, se hará efectiva la pena de prisión. Código Penal Colombiano o Ley 599, (julio de 2000)

domiciliaria. Así lo dispone el artículo 38B del C.P⁶⁸. En este caso, la reparación, entendida como pago de indemnización, mediante caución o acuerdo con la víctima, modifica la modalidad de ejecución de la pena. La misma norma exime de tal obligación a quien demuestre insolvencia económica. La pena sustitutiva de prisión domiciliaria, puede ser revocada por incumplimiento de las obligaciones impuestas⁶⁹. De esta forma, la reparación es tratada como un requisito para que opere el sustituto de la prisión domiciliaria, no como una alternativa de sustitución de la pena por sí misma.

3.2 La reparación es una obligación del beneficiario de la suspensión condicional de ejecución de la pena.

El artículo 65 C.P., establece como obligaciones para el beneficiario de la suspensión de la ejecución de la pena: “3. *Reparar los daños ocasionados con el delito, a menos que se demuestre que está en imposibilidad económica de hacerlo*”.

De esta manera la actitud postdelictual del condenado de indemnizar los daños, es un factor que influye en la decisión de suspender la pena privativa de la libertad:

(...) la viabilidad de conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena, cuando la impuesta al procesado permite acceder a ese subrogado, no sólo puede

⁶⁸ Artículo 38B. Requisitos para conceder la prisión domiciliaria. Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria: 1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos. 2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000. 3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado. En todo caso corresponde al juez de conocimiento, que imponga la medida, establecer con todos los elementos de prueba allegados a la actuación la existencia o inexistencia del arraigo. 4. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones: a) No cambiar de residencia sin autorización, previa del funcionario judicial; b) Que dentro del término que fije el juez sean reparados los daños ocasionados con el delito. El pago de la indemnización debe asegurarse mediante garantía personal, real, bancaria o mediante acuerdo con la víctima, salvo que demuestre insolvencia; c) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello; d) Permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión. (...). Código Penal Colombiano o Ley 599, (julio de 2000)

⁶⁹ Artículo 29 F del Código Penitenciario y Carcelario, a partir de la adición introducida por la Ley 1709 de 2014

*tener como referente la gravedad del delito, o las circunstancias en las cuales éste se cometió, sino también y con mayor énfasis, la buena conducta anterior del procesado, las actitudes posteriores al hecho delictivo que tiendan a detener sus efectos perjudiciales, la indemnización y la presentación voluntarias, como elementos expresivos de una personalidad positiva del acusado"*⁷⁰

Como puede verse en esta sentencia, se le reconoce como un acto positivo posterior del condenado que amerita ser tenido en cuenta para efectos de su libertad. Sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia C-823/05, aclaró que la obligación de reparar surge como consecuencia de la concesión del subrogado penal y no como presupuesto previo para otorgarlo.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 4 de febrero de 2016, magistrado ponente José Luís Barceló Camacho, proceso T83892, fue muy clarificadora en cuanto a la obligación de reparar como compromiso al que queda sujeta la suspensión de la pena, cuyo incumplimiento genera la revocatoria de la suspensión:

*(...) Cuando se concede el **subrogado de suspensión de la ejecución de la pena** se pone a prueba al sentenciado por un determinado período. En tal caso, la pena queda suspendida y sujeta, en su suerte, al cumplimiento de una de dos condiciones: a) la que origina su efectividad, dando lugar a su ejecución, previa revocación del mecanismo sustitutivo, debido a la inobservancia de cualquiera de las obligaciones que comporta el instituto (arts. 65 y 66 C.P.), entre ellas la de reparar los daños ocasionados con el delito (art. 65-3 del C.P.), caso en el cual “se procederá como si la sentencia no se hubiere suspendido” (art. 475 Ley 907/04); o, b) la que causa la extinción de la sanción y convierte la liberación en definitiva, cuando el condenado ha cumplido el período de prueba sin infringir los compromisos adquiridos (arts. 65 y 67 del C.P.).*

La revocatoria del subrogado no es un medio de compeler al condenado a pagar la indemnización porque, como se anotó, ni la pena ni su ejecución tienen por fin hacer efectiva la reparación a la víctima, quien puede exigirla coactivamente ante

⁷⁰ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 6 de junio de 2007, magistrado ponente Alfredo Gómez Quintero, proceso 25813

la jurisdicción civil. Distinto es que, con independencia de ello, se la vincule al factor operacional de la pena como condición para la suspensión de su ejecución. Pero nótese: la revocatoria no se produce para que el sentenciado pague la indemnización sino porque no lo hizo, en cuanto ello constituye infracción a las condiciones a las cuales quedó sujeta su liberación, que por ello puede llamarse condicional o provisional, por oposición a definitiva

Una vez dispuesta la revocatoria del subrogado por incumplimiento de algún compromiso –como reparar el daño–, la única posibilidad que prevé la ley para ese momento, es la ejecución de la pena⁷¹. Se tiene entonces que la reparación es un requisito para mantener la suspensión de la ejecución de la pena de prisión.

3.3. La reparación como requisito para obtener la libertad condicional

El artículo 64 C.P. impone como uno de los requisitos para otorgar la libertad condicional “*la reparación a la víctima o el aseguramiento del pago de la indemnización mediante garantía personal, real, bancaria o acuerdo de pago, salvo que se demuestre insolvencia del condenado*”. El numeral 3 del artículo 65 C.P., establece que es una de las obligaciones que se imponen al beneficiario, a menos que demuestre que está en incapacidad de hacerlo.

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-823 del 10 de agosto de 2005, magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis, interpretó que la reparación como requisito para el otorgamiento de libertad condicional no desconoce la prohibición de prisión por deudas:

Frente al cargo por la supuesta vulneración del artículo 28 superior en que se incurriría por el hecho de que se exija la reparación de la víctima como presupuesto para la concesión del subrogado penal de libertad condicional, la

⁷¹ Artículo 66. Revocación de la suspensión de la ejecución condicional de la pena y de la libertad condicional. Si durante el período de prueba el condenado violare cualquiera de las obligaciones impuestas, se ejecutará inmediatamente la sentencia en lo que hubiere sido motivo de suspensión y se hará efectiva la caución prestada. (...)

Corte estima pertinente reiterar lo dicho en las sentencias C-008 de 1994 y C-899 de 2003 en el sentido que la condición a que se ha hecho referencia no implica la exigencia de pagar una deuda bajo el apremio de una pena privativa de la libertad sino el requerimiento a quien desea ser beneficiado con una eventual inejecución de la pena para que atienda, de todas maneras, la obligación de reparar el daño causado con el delito. Esta, como la pena, tiene por fuente el hecho punible, pero no se confunde con la pena y, por tanto, no desaparece por la sola circunstancia de que dicha pena pueda dejar de aplicarse mediante el mecanismo de la libertad condicional. En ese orden de ideas, es claro que quien solicita que se le conceda un beneficio como la libertad condicional no puede pretender, con la salvedad que se hará más adelante, que se le exima de cumplir dicha obligación para obtener el beneficio, con la excusa de que por el hecho de estar obligado a pagar la reparación a la víctima para acceder a él, se le está constriñendo a pagar una deuda so pena de ir a la cárcel.⁷²

Se tiene entonces que el incumplimiento del compromiso de reparar impide que se otorgue la libertad condicional.

3.4. La reparación es circunstancia genérica de atenuación

Los numerales 5 y 6 del artículo 55 C.P, establecen como circunstancias genéricas de atenuación:

5. “Procurar voluntariamente después de cometida la conducta, anular o disminuir sus consecuencias”.

6. “Reparar voluntariamente el daño ocasionado aunque no sea en forma total. Así mismo, si se ha procedido a indemnizar a las personas afectadas con el hecho punible”.

⁷² Corte Constitucional en sentencia C-823 del 10 de agosto de 2005. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Para un sector de la doctrina española⁷³ estas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal son elementos accidentales del delito, ya que de ellos no depende el *ser* del delito, sino sólo la *gravedad* de su pena. Ese elemento accesorio o accidental repercute sobre la menor necesidad de reacción punitiva del *ius puniendi*.⁷⁴

La reparación como atenuante apoyada en el comportamiento positivo posterior del delincuente, es una cuestión premial, ya que opera como un llamado o un mensaje explícito de orientación de conductas, apoyado por el estímulo de la reducción del castigo⁷⁵.

En la jurisprudencia colombiana, infortunadamente no se halló ninguna sentencia que hiciera referencia a la reparación del daño como circunstancia genérica de atenuación (numerales 5 y 6 artículo 55 .C.P.), lo que es un claro indicio del ostracismo de este mecanismo de la reparación como herramienta de disminución de la pena.

3.5. La reparación es atenuante específica del artículo 269 C.P.

El artículo 269 C.P., hace de la reparación una diminuyente de pena si “el responsable restituyere el objeto material del delito o su valor, e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado”, antes de dictarse sentencia de primera o única instancia. Esto para delitos cuyo bien jurídico tutelado es el patrimonio económico.

⁷³ Jericó Ojer, L. (2014) La atenuante de reparación del daño. Especial referencia al fundamento de su aplicación. (tesis). Universidad Pública de Navarra, Pamplona

⁷⁴ En España las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, se dividen en dos, de acuerdo al fundamento: a) Por un lado, encontramos aquellas que disminuyen la posibilidad de imputación personal del hecho, por disminuir la imputabilidad (...) b) Por otro lado, están las atenuantes que disminuyen la pena por un comportamiento posterior al hecho delictivo, por lo que no influyen ni en su injusto ni en su imputación personal

⁷⁵ Jericó Ojer, L. (2014) La atenuante de reparación del daño. Especial referencia al fundamento de su aplicación. (tesis). Universidad Pública de Navarra, Pamplona.

Con respecto a esta atenuante específica del artículo 269 C.P., en un sentido similar al de la doctrina española cuando se refiere a las circunstancias genéricas de atenuación, el magistrado y doctrinante Nelson Saray Botero⁷⁶, aclara que “*la reparación es instituto de rebaja de pena, no de atenuación de responsabilidad*”. De acuerdo con esto, resalta que no influye en la determinación de las categorías dogmáticas del delito, sino, en la determinación de la pena como consecuencia del juicio de responsabilidad.

La rebaja de pena por reparación del daño, consagrada en el artículo 269 C.P., es un verdadero derecho del condenado, y en algunas sentencias, se le ha dado una prioridad tal, que la actitud de la víctima frente a este derecho, es secundaria. Varios pronunciamientos se encontraron en tal sentido:

*(...) la rebaja de pena por reparación del daño e indemnización de los perjuicios causados, para los delitos contra el patrimonio económico, partiendo de la premisa que se trata de un derecho consagrado por la ley en favor del procesado que debe ser garantizado por el funcionario judicial señalando además que la víctima, no puede oponerse a la apertura de este trámite.*⁷⁷

La rebaja de pena por reparación integral consagrada en el artículo 269 del Código Penal para delitos contra el patrimonio económico, por restitución del objeto material del delito o su valor e indemnización de los perjuicios causados, es un derecho consagrado por la ley en favor del procesado, que debe ser garantizado por el funcionario judicial, con independencia de la concepción que sobre la justicia de su estipulación o reconocimiento pueda tener la víctima. (...)

5. En tratándose de este beneficio en concreto, si la víctima se niega a colaborar con la justicia para la determinación del monto de los perjuicios causados, como ocurrió en el presente caso, o no comparece al proceso, es deber del funcionario

⁷⁶ Saray Botero, N. (Abril-Diciembre de 2010). *La reparación integral de perjuicios en Colombia: consideraciones legales y jurisprudenciales*. Justicia Juris, (6) 13, p.p. 49-64

⁷⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sentencia de 1° de julio de 2009, Rad. 30.800, M.P. José Leónidas Bustos Martínez. Tomada de: Saray Botero, N. (2010). *La reparación integral de perjuicios en Colombia: consideraciones legales y jurisprudenciales*. Justicia Juris, (6) 13, 49-64. La sentencia de 2009 no debería citarse de segunda mano.

que conoce del asunto garantizar el ejercicio de esta prerrogativa, acudiendo a la apertura del incidente de reparación integral con citación de la víctima, cuando así lo solicite el procesado, con el fin de establecer su valor.⁷⁸

4. El principio de humanización de la pena procura su reducción. La indemnización de perjuicios va dirigida, no solo a proteger los intereses de la víctima, sino a reconocer al procesado una rebaja por tal acto.⁷⁹

La evolución jurisprudencial con respecto al artículo 269 C.P., refuerza cada vez con mayor vigor la postura de que la reparación es un verdadero e ineludible derecho del condenado –y no un simple beneficio-⁸⁰. En esa misma línea de pensamiento, la jurisprudencia de la Corte Suprema, admitió la procedencia de esta atenuante para el punible de extorsión, a pesar de la prohibición legislativa de la ley 1121 de 2006.

Con respecto al contenido de ese derecho del condenado que es la reparación, se tiene lo siguiente: Desde la perspectiva de Nelson Saray, en términos del artículo 269 C.P. solamente se admite la compensación de carácter material y económico, no simbólica, ni de otro tipo:

La exigencia que la norma establece para la procedencia de la rebaja de la pena es ineludible e inequívoca: que medie una reparación de orden económico

⁷⁸ Así mismo, en sentencia de 24 de julio de 2013, magistrado ponente Fernando Alberto Castro Caballero, la Corte Suprema de Justicia resaltó la atenuante específica del artículo 269 C.P., como un derecho del procesado con independencia de la voluntad de la víctima:

⁷⁹ En el año 2015, la Corte Suprema de Justicia, magistrado ponente Eyder Patiño Cabrera, proceso 44618, reforzando la concepción de la reparación como derecho del procesado, más que de la víctima.

⁸⁰ En ese sentido: Corte Suprema de Justicia, sentencia de 6 de junio de 2007, magistrado ponente José Leónidas Bustos Martínez, proceso 35767; Corte Suprema de Justicia, sentencia de 14 de noviembre de 2012, magistrado ponente Luis Guillermo Salazar Otero, proceso 35987; Corte Suprema de Justicia, sentencia de 19 de julio de 2013, magistrado ponente Gustavo Enrique Malo Fernández, proceso 39719; Corte Suprema de Justicia, sentencia de 24 de julio de 2013, magistrado ponente Fernando Alberto Castro Caballero, proceso 39201; Corte Suprema de Justicia, sentencia de 28 de octubre de 2009, magistrado ponente Alfredo Gómez Quintero, proceso 31568; Corte Suprema de Justicia, sentencia de 11 de febrero de 2015, magistrado ponente Eyder Patiño Cabrera, proceso 42724; Corte Suprema de Justicia, sentencia de 6 de junio de 2007, magistrado ponente Alfredo Gómez Quintero, proceso 25813

equivalente al valor del daño causado, bien porque se restituye el objeto material del delito o su equivalente y que se paguen los perjuicios causados, o porque no siendo exigible la devolución del objeto material, se cubren en su integridad estos últimos. Así que sin su “concurso, no es posible la aplicación de la consecuencia jurídica (rebaja de pena), pues el precepto no contempla alternativas diferentes, ni de su contenido resulta factible inferir que pueda acudir a compensaciones de naturaleza distinta”⁸¹, tales como el público perdón o muestras de arrepentimiento o el trabajo social. “el precepto no contempla alternativas diferentes, ni de su contenido resulta factible inferir que pueda acudir a compensaciones de naturaleza distinta”, tales como el público perdón o muestras de arrepentimiento o el trabajo social.⁸²

Sin embargo, se hallaron pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en otro sentido. En el año 2013, sobre las cualidades de la indemnización y la participación del juez en ese proceso de verificación, la Corte afirmó:

(...) De igual manera, es factible que la reparación del daño opere simbólica o no patrimonial, bajo el entendido que la satisfacción de las necesidades particulares de las víctimas no necesariamente implica recibir dinero o reemplazar con este el daño ya causado cuando, entre otras circunstancias, el procesado no cuenta con medios económicos para el efecto.

Es por esta razón que el artículo 22 de la Ley 906 de 2004, establece como deber de los jueces “adoptar las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito y las cosas vuelvan al estado anterior, si ello fuere posible, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados, independientemente de la responsabilidad penal.”⁸³

⁸¹ Corte Constitucional, sentencia de 1 de julio de 2009. M. P. José Leónidas Bustos Martínez, proceso 30.800

⁸² Saray Botero, N. (2010). La reparación integral de perjuicios en Colombia: consideraciones legales y jurisprudenciales. *Justicia Juris*, (6) 13, 49-64

⁸³ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 19 de junio de 2013, magistrado ponente Gustavo Enrique Malo Fernández, proceso 39719

Pero ya en el año 2009, la Corte Suprema de Justicia había reconocido una forma de reparación simbólica e inmaterial, en un delito contra la administración pública:

(...) En delitos contra la administración pública no se puede renunciar al resarcimiento económico, sin embargo, en el delito de concusión si se puede. Acepta la Corte en este caso el arrepentimiento y el perdón como una reparación suficiente

La Sala resalta que Administración Pública ordinariamente no puede renunciar a la reparación económica derivada de algunos delitos, como ocurre por ejemplo cuando las acciones delictivas generan al menoscabo de su patrimonio, pero en punibles como la concusión es posible que se satisfagan los derechos de las víctimas con manifestaciones de arrepentimiento y contrición por parte del enjuiciado, resarcimiento simbólico que cada día cobra más fuerza y que genera un positivo y profundo impacto social que permite realizar algunas de las funciones preventivas que cumple el derecho penal.⁸⁴

El repaso de estos mecanismos que generan una menor cuantía de la pena o una forma de ejecución que permite la libertad física del implicado, pretendió mostrar cómo la reparación, si bien no es tenida como un sustituto de la pena y menos como una alternativa de la misma, si ejerce una influencia y unos efectos eficaces en el castigo penal sin que por ello se altere el sistema de garantías, sino que por el contrario, puede incrementar las posibilidades de libertad del condenado, beneficiar sus intereses y ser una fuente de derechos para éste. De este modo, la reparación en Colombia puede convertirse en un punto de unión entre un sistema procesal que reclama la satisfacción de las víctimas como finalidad y un sistema sustantivo que reclama la aminoración de los efectos desocializadores de la pena.

Tal complemento de finalidades, es un llamado a la transformación del derecho penal, para que sea un escenario donde el autor tenga la oportunidad de afrontar

⁸⁴ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 17 de marzo de 2009, magistrado ponente Yesid Ramírez Bastidas, proceso 30978

su acto con responsabilidad ética, sin ser deshumanizado a través de la pena de prisión y la víctima, tenga la oportunidad de verse reparada.

4. REFLEXIONES SOBRE LA REPARACIÓN COMO ALTERNATIVA DE LA PENA DE PRISIÓN EN COLOMBIA.

El Código Penal colombiano estableció la reparación como una consecuencia jurídica del delito⁸⁵, sin embargo, no dispuso la posibilidad de que se erija en una alternativa o sustituto de la pena de prisión. El desarrollo sustantivo de la figura, la limitó como un factor a tener en cuenta al momento de evaluar otros sustitutos de la pena o la modalidad y cuantía de la misma. En este punto, sería necesaria una reforma legislativa que permitiera expresamente la actuación de la reparación como sustituto o alternativa de la pena de prisión, delimitando en qué casos y bajo qué condiciones podría jugar este papel. Para una reforma legislativa de este tipo están dados todos los presupuestos teóricos, académicos, éticos, sociales y políticos que la sustentan. Sobre todo, en tiempos en que la sociedad civilizada del siglo XXI reclama que el derecho penal, no deshumanice, ni desocialice al ser humano, en pos de la protección de bienes jurídicos.

El sustento de una reforma legal en tal sentido, también se halla a la luz del principio de subsidiariedad del derecho penal, así como desde los postulados de necesidad, proporcionalidad, y razonabilidad de la pena del artículo 3 C.P. También tiene sustento desde la óptica de los fines de la pena plasmados en el artículo 4 C.P., haciéndose necesario en este punto de los fines de la pena, demarcar los contornos dentro de los que se aceptarían fundamentos de prevención general positiva y la forma en que estos se compaginan y armonizan con los de prevención general negativa.

⁸⁵ TITULO IV del Código Penal Colombiano

La apertura de la reparación como sustituto o alternativa de la pena no es enemiga del sistema de garantías. Pero, si se hace necesario aceptar que, el derecho penal además de su función de protección de daños reales de bienes jurídicos y de límite a la intervención estatal -tal como lo plasmó la ley 599 de 2000-, tiene también una función comunicativa de satisfacción de las víctimas, tal como lo plasmó la ley 906 de 2004. Lo que acaba de afirmarse no conlleva aceptar una función meramente simbólica del derecho penal como la expuesta por Günther Jakobs⁸⁶, ya que existen posturas moderadas del funcionalismo⁸⁷ que respetan límites desarrollados por la teoría del garantismo.

Pensada la reparación como alternativa de la pena de prisión, el autor ético y responsable, que es punto de partida de todas las propuestas teóricas que alientan la reparación como sustituto o alternativa de la pena de prisión, deja de ser instrumentalizado, desocializado y deshumanizado con la prisión.

En este punto es de vital importancia resaltar que ese “autor”, lo es solamente con posterioridad a una comprobación y declaración de culpabilidad. Lo que en términos procesales, implica que ya debe pesar sobre él, un sentido de fallo condenatorio. En momentos previos -como el de la indagación, la investigación, o el juicio antes del sentido de fallo condenatorio-, aceptar la reparación como sustituto o alternativa a la pena, violaría la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad, ya que se estaría haciendo *responsable* a un sujeto que no ha sido hallado *culpable* y que por ende no es “*autor*”. Por eso la reparación surgida de la conciliación o la mediación que se realizan en etapas previas a la declaración de culpabilidad, no fue tomada en cuenta en este trabajo y se sostiene que no opera como sustituto de la pena prisión, sino como una forma anticipada de terminación del proceso.

⁸⁶ Véase: Jakobs, G. (2003) *Sobre la normativización de la dogmática jurídico - penal*. Madrid: Civitas/ Jakobs, G. (2008) *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad: seminario con Gunter Jakobs en la UAM*. Barcelona: Thompson / Jakobs, G. (2000) *Acción y omisión en derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia

⁸⁷ Como las expuestas por Roxin, Claus (2002). *Política criminal y sistema del Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, versión en línea: <http://es.scribd.com/doc/6908461/Roxin-Claus-Politica-Criminal-Y-Sistema-del-Derecho-Penal>

Con esto quiero enfatizar en que la reparación no es una figura eficientista para la terminación rápida y económica del proceso, sino que, por el contrario tiene relación con principios y fines teóricos del derecho penal –procesal y sustancial-. Razón por la que tiene que empezar a ser tratada y vivificada como una institución sustantiva del derecho penal, con formas y fines propios de este campo del derecho y no como actualmente lo hace la normatividad penal, cuyo tratamiento es el de una figura meramente procesal y tratada como una acción civil.

Con el desarrollo actual del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho constitucional colombiano, se hace indispensable que el derecho penal, introyecte las dimensiones de la reparación que han sido elaboradas desde aquellos campos del derecho y se abra a concepciones de la reparación que van más allá del pago de perjuicios, la indemnización civil o la compensación económica del daño.

Se propone también que desde la óptica del principio de la dignidad humana, el interés resocializador o no desocializador del derecho penal, contemple la evitación de la venganza privada y las penas arbitrarias y desproporcionadas, precisamente a través de la satisfacción o reparación de los derechos de las víctimas. Este es un punto sobre el cual el derecho penal del siglo XXI, debe comenzar a cuestionarse y se considera que posturas como la de Zamora Grant⁸⁸ en el sentido de complementar o tal vez, reevaluar los fines actuales de la pena, incluyendo un fin de “*consecución de los derechos de los involucrados*”, que derivaría en formas de sanción alternativas a la prisión, tendría toda la vigencia y la validez en el actual estado del derecho penal.

Se comprenden las críticas que se realizan a la figura de la reparación como sustituto o alternativa de la pena, que en realidad son las mismas críticas que se formulan a las posturas reformadoras, en torno a que en vez de eliminar, revitalizan

⁸⁸ Op. Cit., p.68.

una institución tan macabra como el derecho penal, sin embargo, ante la imposibilidad inmediata de abolir una institución tan arraigada en la sociedad y en las mentes de las personas, la opción por un sistema penal de alternativas, que permita su humanización y que no desocialice a las personas, no es nada despreciable. Aunque desde luego, el ideal es su desaparición.

CONCLUSIÓN

Están dados todos los fundamentos jurídicos, éticos y políticos para que a través de una reforma legislativa, la reparación se erija en un verdadero sustituto o alternativa de la pena de prisión en Colombia, desde la normativa sustantiva. Este camino ha sido labrado tanto desde los principios y finalidades del sistema procesal penal –de satisfacción de las víctimas–, como desde los principios político-criminales de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, desde los fines de la pena establecidos en el código penal sustantivo y desde el modelo complementario de justicia restaurativa – justicia distributiva, que hoy contiene nuestro sistema penal. La humanización de la pena, el cometido de no desocialización y la crisis actual de la prisión, son razones ético políticas que hacen urgir esta reforma legislativa en nuestro país.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alastuey Dobón, M. C. (2000). *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*. Valencia: Tirant monografías
- Arias Holguín D.P. & Lopera Mesa, G.P. (2010). *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales en la determinación judicial de la pena*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla
- Arias Holguín D.P. (2012). Proporcionalidad, pena y principio de legalidad. *Revista de derecho*, (38), 142-171.

- Asua Batarrita, A. & Garro Carrera, E. (Eds.), (2009). *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*. Bilbao: Ed. Universidad del país Vasco.
- Botero Martínez, J. & Álvarez S.V. (2011). Capítulo XXII Conceptos esenciales sobre la responsabilidad punitiva. En: Sello editorial Universidad de Medellín, *Derecho penal parte general fundamentos* (pp.691 – 706). Medellín: Universidad de Medellín.
- Código de Procedimiento Penal [C.P.P.]. Ley 600 de julio 24 de 2000. Colombia.
- Código de Procedimiento Penal [C.P.P.]. Ley 906 de agosto 31 de 2004. Colombia.
- Código Penal Colombiano [C.P.C.]. Ley 599 de julio 24 de 2000. Colombia.
- Constitución política de Colombia (6 de Julio de 1991). Asamblea Nacional Constituyente, Bogotá, Colombia.
- Duymovich Rojas, I. M., La reparación integral como mejor alternativa de satisfacción a la víctima: experiencias en casos de delincuencia juvenil y violaciones a derechos humanos {en línea}, (fecha de consulta: 11-05-2016), disponible en: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=14,533,0,0,1,0>
- Feijoo Sánchez, B. (2007). Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. *Revista para el análisis del derecho*. Barcelona: Universidad Autónoma de Madrid
- Feijoo Sánchez, B. (2007). Normativización del derecho penal y realidad social. Bogotá: Universidad Externado de Colombia
- Ferrajoli, L. (1989). *Derecho y razón*. Madrid: Trotta S.A.
- Fiscalía General de la Nación (1998). *Proyecto de ley por el cual se expide el código penal*. Colombia: Imprenta nacional de Colombia.
- Freund, Georg (2006). La determinación de las consecuencias jurídico penales como sistema. En: Adela Asua Batarrita, Enara Garro Carrera (Eds.), *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena* (pp. 27-54). País Vasco: servicio editorial de la Universidad del País Vasco.
- Galain Palermo, P. (2000). *La reparación del daño como equivalente funcional de la pena*. Uruguay: Universidad Católica de Uruguay

- Galain Palermo, P. *¿La reparación del daño como “tercera vía” punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin* {en línea}, Méjico, Universidad Católica de Uruguay, julio – agosto de 2003, {fecha de consulta: 29 de enero de 2016}, disponible en: <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero3/galain.pdf>.
- Galain Palermo, P. (2009) Mediación penal como forma alternativa de resolución de conflictos: la construcción un sistema penal sin jueces. *Revista penal*, (24), 71 – 89.
- Galain Palermo, P. (2010). *La reparación del daño a la víctima del delito*. Valencia: Tirant monografías
- Galain Palermo, P. (2012). Reflexiones sobre alternativas a la pena y una aproximación a la alternatividad penal. *Revista Penal*, (00) 30, 13-34.
- Gómez Benítez, J.M. (2006). Reparación, atenuación de la pena y responsabilidad civil por delito en la práctica forense española. En: Adela Asua Batarrita, Enara Garro Carrera (Eds.), *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena* (pp. 97-108) País Vasco: servicio editorial de la Universidad del País Vasco
- González Ramírez, Ximena. (2012). “¿Es la Justicia Restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico?”. *Revista de Justicia Restaurativa*, edita: sociedad científica de justicia restaurativa (2), 5-37
- Jakobs, G. (2000) *Acción y omisión en derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia
- Jakobs, G. (2003) *Sobre la normativización de la dogmática jurídico - penal*. Madrid: Civitas
- Jakobs, G. (2008) *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad: seminario con Gunter Jakobs en la UAM*. Barcelona: Thompson
- Jericó Ojer, L. (2014) *La atenuante de reparación del daño. Especial referencia al fundamento de su aplicación*. (Tesis). Universidad Pública de Navarra, Pamplona.
- Larrauri Pijoan, E. (1997). *La reparación*. En: Cid Moliné, J. & Larrauri Pijoan, E. (Ed.), *Penas alternativas a la prisión* (pp.169-196) Bosh Casa Editorial S.A.

- López Morales, J. (2000). *Antecedentes del nuevo código penal*. Bogotá: Ediciones doctrina y ley Ltda.
- Maiwald Manfred (2006). Reparación y determinación de las consecuencias jurídico penales en el sistema penal alemán. En: Adela Asua Batarrita, A. & Garro Carrera, E. (Eds.), *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena* (pp. 55-68). País Vasco: servicio editorial de la Universidad del País Vasco
- Marín de Espinosa Ceballos, E. B. (2014). *El debate actual sobre los fines de la pena y su aplicación práctica*. *Revista de derecho penal y criminología*, (11), 119 – 146.
- Martínez Sánchez, M. C. (2015). *La Justicia Restaurativa y un modelo integrador de justicia penal*. *Revista de Derecho UNED*, (16), 1237- 1263.
- Meini, Iván, M. C. (2013). *La pena: función y presupuestos*. *Derecho PUCP Revista de la Facultad de Derecho*, (71), 141- 167.
- Mir Puig, S. (1994). *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Editorial Ariel S.A.
- Montoya Reyes, C. (2000). *La protección de la víctima en el nuevo ordenamiento procesal penal*. En: Procuraduría General de la Nación Instituto de Estudios del Ministerio Público, *Memorias Jornadas de reflexión sobre la reforma al sistema penal colombiano* (pp. 45-61) Colombia: Imprenta Nacional de Colombia
- Núñez Marín, R. & Zuluaga Jaramillo, L. N. (s.f.) *Estándares internacionales de reparación de violaciones de derechos humanos: principios de implementación en el derecho colombiano*, {en línea página consultada 11 de mayo de 2016} En:
<http://revistas.utadeo.edu.co/index.php/RAI/article/viewFile/853/864>
- Pérez Sanzberro, G. (1999). *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?* Granada: Editorial Comares
- Procuraduría General de la Nación (2000). *Memorias Jornadas de reflexión sobre la reforma al sistema penal colombiano*. Colombia: Imprenta Nacional de Colombia

- Rodríguez Delgado, Julio A. *La reparación como tercera vía en el derecho penal*. {En línea, fecha de consulta: 01 de marzo de 2017}, disponible en: <http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/j.rodriguez-3ravia.pdf>
- Rodríguez Delgado, Julio A. *La reparación como sanción jurídico-penal*. {En línea, fecha de consulta: 08 de abril de 2017}, disponible en: <http://www.revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15790>
- Rojas Quiñones, S. (2009). *Apología del potencial preventivo de la responsabilidad: desmitificación de la sanción en sede indemnizatoria*. *Vniversitas*, (125), p.p. 339 – 375.
- Rojas Quiñones, S. (mayo de 2015) *La reparación integral: ¿un derecho fundamental susceptible de tutela?*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, {fecha de consulta: 11 de mayo de 2016}, disponible en: <http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Educacion-y-Cultura/la-reparacion-integral-un-derecho-fundamental-susceptible-de-tutela>
- Rousset Siri, A. J. (2011). *El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. *Revista Internacional de Derechos Humanos* (59).
- Roxin, C. (2000). *Pena y reparación* (Conferencia pronunciada en Villahermosa, dentro de los actos celebrados con motivo de la investidura como doctores «honoris causa».) Universidad Juárez Autónoma, Méjico
- Roxin, C. (2002). *Política criminal y sistema del Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, versión en línea: <http://es.scribd.com/doc/6908461/Roxin-Claus-Politica-Criminal-Y-Sistema-del-Derecho-Penal>
- Roxin, C. (2008). *Fundamentos político–criminales del Derecho penal*. Argentina: Hammurabi.
- Roxin, C. (2002). *Normativismo, política criminal y empirismo en la dogmática penal. Problemas capitales del moderno derecho penal a principios del siglo XXI*. Méjico: CEPOLCRIM
- Sampedro Arrubla, J. A. (2004), *Las víctimas del delito en los tiempos del olvido. Una reflexión desde la victimología en torno a la reforma al sistema penal en*

- Colombia*. Recuperado de:
revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/download/14700/11856
- Saray Botero, N. (2010). *La reparación integral de perjuicios en Colombia: consideraciones legales y jurisprudenciales*. Justicia Juris, (6) 13, 49-64
- Saray Botero, N. (2013). *Incidente de reparación integral de perjuicios en la ley 906 de 2004*. Medellín: Fiscalía General de la Nación – Embajada de los Estados Unidos de América en Colombia
- Silva Sánchez, J.M. (2007). La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. *Revista para el análisis del derecho*. Barcelona: Universidad Autónoma de Madrid
- Sotomayor Acosta, J.O. & Tamayo Arboleda, F.L. (Julio de 2017). *Dignidad humana y derecho penal: una difícil convergencia. Aproximación al contenido constitucional de la norma rectora del artículo 1 del Código Penal colombiano*. Revista de Derecho, (48), (p.p.21-53).
- Uprimny, R. & Saffon, P. (s. f.). Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades. En:
http://www.satellitechnologies.com/USB/lecturas/ru_justiciaRestaurativa.pdf, consultada 21 de julio de 2017
- Urbano Martínez, J. J. (2011). *Lección I: Concepto y función del derecho penal*. En: Sello editorial Universidad de Medellín, *Derecho penal parte general fundamentos* (pp.15–25). Medellín: Universidad de Medellín
- Zamora Grant, J. (2012) *Justicia penal y derechos fundamentales*. Méjico: Comisión Nacional de los derechos humanos.
- Zisman Quiroz, D. (2013). *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos*. Madrid: Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales, S.A.