

PERSPECTIVA JURÍDICA Y CRIMINOLOGÍA

“Suele decirse que nadie conoce realmente cómo es una nación hasta haber estado en una de sus cárceles. Una nación no debe juzgarse por cómo trata a sus ciudadanos con mejor posición, sino por cómo trata a los que tienen poco o nada.”

Nelson Rolihlahla Mandela

El objeto general componente jurídico es la revisión y actualización de los conceptos, teorías y bases fundamentales que soportan las preguntas del área jurídica. Evaluando la pertinencia y claridad de las mismas, y proponiendo nuevas que tengan relación con las dimensiones e indicadores correspondientes, así como, la valoración de riesgo asociada a cada posible respuesta.

EL TRATAMIENTO PENITENCIARIO A PARTIR DE LA BASE FUNDAMENTAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En el enfoque resocializador de la pena privativa de la libertad se ubica el concepto de tratamiento penitenciario, como mecanismo de las autoridades penitenciarias para dar cumplimiento a los fines de la pena. Este tratamiento está orientado a la preparación para la vida en libertad y se compone de actividades de diversa índole. Las cuales *«sirven para mantener ocupado el tiempo libre, evitando que se facilite el cumplimiento de la frase producida por la criminología según la cual las cárceles son escuelas del crimen, y para crear expectativas diferentes al delito preparando para una vida en libertad en la que se sepa hacer algo o se esté mejor preparado para hacer algo diferente del delito»* (POSADA, 2013).

Los principios y las reglas de la buena organización penitenciaria y de la práctica relativa al tratamiento de los privados de la libertad se fundan sobre el concepto de Derechos Humanos en la administración de justicia y la protección a las personas condenadas sometidas a prisión. Entendiendo como derechos humanos *“atributos de toda persona e inherentes a su dignidad, que el Estado está en el deber de respetar, garantizar o satisfacer”* Nikken Pedro. De manera que *“todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado, derechos que éste, o bien tiene el deber de respetar y garantizar o bien está llamado a organizar su acción a fin de satisfacer su plena realización”* Nikken Pedro.

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas cuando suscitó la Observación General 21, *Trato Humano de las Personas Privadas de la Libertad (artículo 10)*, reiteró la vigencia del principio de dignidad humana vinculado al tratamiento penitenciario. Allí instó a todos los Estados a dar estricto cumplimiento a lo señalado en dicho instrumento.

NORMATIVIDAD PARA EL TRATAMIENTO DE LA POBLACIÓN RECLUSA

Las reglas mínimas de naciones unidas – reglas Nelson Mandela¹

Las Reglas Mandela o Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Privados de la Libertad (PL), son normas acogidas por las Naciones Unidas en 1955, que tuvieron su última reforma el 17 de diciembre de 2015, posteriormente adoptadas por la Asamblea General mediante la **Resolución/70/175 del 8 de enero de 2016**. En la sesión 70ª de la Asamblea General de la ONU, se establecieron los nuevos estándares para el tratamiento, basados en los avances de la ciencia penitenciaria y las buenas prácticas internacionales. Estas reglas contribuyen a modificar la dinámica del sistema carcelario y las actuaciones respecto a castigos dentro de los establecimientos, con el fin de transformar una condena en una oportunidad de desarrollo personal que a su vez aporte beneficios para la sociedad en general.

Las Reglas Mandela establecen que la finalidad de la pena es la protección de la sociedad contra el delito y la reducción de la reincidencia, a través de una adecuada reinserción de la persona. Para ello, se adicionan unos principios fundamentales dirigidos a garantizar el respeto a la dignidad humana, la prohibición inderogable con la tortura y cualquier trato cruel, inhumano o degradante. Los principios son los siguientes:

- *“Las Reglas se aplicarán de forma imparcial y sin discriminación.*
- *El sistema penitenciario no deberá agravar los sufrimientos que implican la privación de la libertad y el despojo del derecho a la autodeterminación de las personas detenidas.*
- *Todas las personas privadas de la libertad serán tratadas con el respeto que merecen su dignidad y su valor intrínseco, en cuanto seres humanos.*
- *Nadie será sometido a tortura ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes.*
- *Se tendrán en cuenta las necesidades individuales de los reclusos, en particular las de las categorías más vulnerables en el contexto penitenciario.*
- *Se deberán reducir al mínimo las diferencias entre la vida en prisión y la vida en libertad.*
- *Las medidas privativas de libertad tienen por objetivo proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reincidencia. Esos objetivos sólo pueden lograrse si se ofrece a las personas presas educación, salud, formación profesional y trabajo, así como*

¹ Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Las Reglas Nelson Mandela). Es un modelo actualizado para la gestión penitenciaria en el siglo XXI.

otras formas de asistencia apropiadas que brinden herramientas para lograr su reinserción en la sociedad tras su puesta en libertad “Reglas Nelson Mandela.

Adicionalmente, se propone que se efectúen investigaciones respecto a las muertes de las personas privadas de la libertad, así mismo se recomienda protección y cuidados especiales de los grupos vulnerables dentro del establecimiento, lineamientos que restrinja la severidad de las medidas disciplinarias, y un factor que acoge actualmente al país relacionado con las condiciones de habitabilidad, pues el hacinamiento ha inhibido los ambientes adecuados. Finalmente adiciona la necesidad de mantener buenas prácticas en aspectos como la educación, el deporte, y la recreación. Cabe resaltar que las Reglas, no tienen obligatoriedad en su aplicación, sin embargo sus principios consideran los estándares básicos para guiar el diseño de políticas penitenciarias.

Normatividad Nacional para el tratamiento penitenciario

La normatividad respecto a la política carcelaria en Colombia es explicada de manera muy específica en el documento CONPES 3828 del 2015. Allí se menciona el fundamento constitucional a partir del cual se elabora toda la política criminal y penitenciaria en Colombia se encuentra en el artículo 12 de la Constitución Política que establece que ninguna persona podrá ser sometida a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

Sumado a ello, existen las leyes de carácter ordinario. Entre ellas se encuentra el Código Penitenciario y Carcelario, instaurado a partir de la Ley 65 de 1993, y modificado en 2014 mediante la Ley 1709. Por su parte, el desarrollo reglamentario del Código Penitenciario y Carcelario fue expedido por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) en la resolución 7302 de 2005. Posteriormente esta institución reglamenta mediante la Resolución 3190 de 2013, que busca certificar la redención de penas en el sistema carcelario mediante los programas de trabajo, estudio y enseñanza.

Existen también otras normas encargadas de regular el sistema penitenciario, pero son catalogadas de segundo orden. Entre ellas está, la Ley 415 de 1997 sobre alternatividad en la legislación penal y penitenciaria y descongestión de establecimientos carcelarios; la Ley 750 de 2002 sobre prisión domiciliaria y trabajo comunitario de la mujer cabeza de familia; la Ley 1142 de 2007, reglamentada por el decreto 177 de 2008 sobre seguridad electrónica como pena sustitutiva de prisión; la Ley 1121 de 2006 sobre la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo; la Ley 1453 de 2011 en materia de seguridad ciudadana; y la Ley 1474 de 2011 sobre el fortalecimiento de los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública CONPES 3828 de 2015.

Concepto de tratamiento penitenciario en la normatividad colombiana

Según el artículo 10 de la Ley 65 de 1993, el tratamiento penitenciario tiene como *«finalidad de alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la*

cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario». Así mismo su objetivo, tal como lo dispone el artículo 142 del Código Penitenciario, «es preparar al condenado mediante su resocialización para la vida en libertad».

En Colombia, se contempla que el Tratamiento Penitenciario *“debe realizarse conforme a la dignidad humana y a las necesidades particulares de la personalidad de cada sujeto. Se verifica a través de la educación, la instrucción, el trabajo, las actividades culturales, recreativas y deportivas y las relaciones de familia. Se basará en el estudio científico de la personalidad del PL, será progresivo y programado e individualizado hasta donde sea posible”.*

En su artículo 4, la misma Resolución define al Tratamiento Penitenciario como *«el conjunto de mecanismos de construcción grupal e individual, tendientes a influir en la condición de las personas, mediante el aprovechamiento del tiempo de condena como oportunidades, para que puedan construir y llevar a cabo su propio proyecto de vida, de manera tal que logren competencias para integrarse a la comunidad como seres creativos, productivos, autogestionarios, una vez recuperen su libertad».*

Objetivo general y fines del tratamiento penitenciario

De conformidad con lo ordenado en los artículos 10, 12, 142 y siguientes de la Ley 65 de 1993, el Tratamiento Penitenciario busca: *“orientar, asistir, apoyar a la persona condenada en la construcción de su proyecto de vida con el fin de prepararse para la vida en libertad, para el cabal desarrollo de sus potencialidades y la superación de sus limitaciones.”*

En otras palabras, el tratamiento penitenciario persigue como meta, alcanzar la resocialización de la población privada de la libertad (PPL), a través del estudio, trabajo, cultura, formación espiritual, deporte, recreación y relaciones de familia, practicando un examen de personalidad de manera progresiva y programada en concordancia con el fin fundamental de la pena. Dicho tratamiento se encuentra estructurado en cinco (5) fases descritas en el artículo 10 de la Resolución 7302 de 2005 y artículo 144 de la Ley 65 de 1993, Código Penitenciario y Carcelario, a saber:

Fase 1: *De observación, diagnóstico y clasificación del privado de la libertad*, Subfases de observación (adaptación, sensibilización, motivación, proyección), diagnóstico y clasificación.

Fase 2: *Alta seguridad o período cerrado*, en la cual la Persona Privada de la Libertad (PPL) accede al sistema de oportunidades y puede participar en actividades de estudio y trabajo, con unas condiciones más restrictivas de la libertad.

Fase 3. *Mediana seguridad o período semiabierto*, la cual inicia con la observancia de requisitos subjetivos y objetivos (entre otros, haber cumplido una tercera parte de la condena).

Fase 4: Mínima seguridad o período abierto, la cual inicia con la valoración positiva de los factores subjetivos y objetivos (haber cumplido cuatro quintas partes de la sanción, entre otros criterios), y se caracteriza por una restricción mínima de la libertad.

Fase 5: Fase de confianza, la cual coincide con el término requerido para la libertad condicional, y procede cuando ésta es negada por el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

El tratamiento penitenciario por su naturaleza, tiene unos fines específicos. Estos buscan humanizar la atención a la población de las PPL, generar procesos de atención integral mediante la ejecución de programas que conduzcan a mejorar el desarrollo humano, apoyar, orientar, asistir a la persona condenada en la construcción de su proyecto de vida con el fin de prepararse para la vida en libertad y minimizar el riesgo de adopción de conductas no adaptativas.

Tratamiento penitenciario con enfoque diferencial

Desde la legislación universal, es importante respetar las diferencias, e incluirlas en el tratamiento penitenciario es una preocupación generada desde hace décadas. Al respecto la legislación universal ha planteado unos principios básicos. Para tal interés La Carta de las Naciones Unidas (ONU, 1945), principalmente plantea la necesidad de potenciar *"el desarrollo y libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión"*. Buscando generar procesos convenientes sujetos a un procesamiento penitenciario específico y diferenciado por ejemplo entre género, edad, antecedentes, motivos de privación de la libertad (ONU, 1957, 1977, 1988).

En concordancia, la legislación nacional, estipula que el respeto de los Derechos Humanos con enfoque diferencial, se encuentra definido en el Plan de Direccionamiento Estratégico 2015-2018, *"como la realización de actividades de sensibilización hacia todas la población excepcional (mujer, mayor de edad, indígenas, afrocolombianos, sectores sociales LGBTI, personas en situación de discapacidad)"* TRATAMIENTO PENITENCIARIO Y DERECHOS HUMANOS – Rendición de cuentas vigencia 2015, INPEC julio de 2016.

Específicamente, la Ley 1709 de 2014 dispone en su artículo 3A el principio de **enfoque diferencial**, mediante el cual se *"reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, religión, identidad de género, orientación sexual, raza, etnia, situación de discapacidad y cualquiera otra. Por tal razón, las medidas penitenciarias contenidas en la presente ley, contarán con dicho enfoque."*, agregando en el art. 30 que se debe hacer la separación por perfiles para la clasificación e intervención penitenciaria, hacia un tratamiento individualizado.

RESOCIALIZACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO

Elementos del proceso de resocialización – Tratamiento diferencial

Existen unos elementos mínimos que deben estar presentes en cualquier proceso de resocialización establecidos por el artículo 12 de la Constitución Política el cual debe hacerse en observancia del principio de legalidad, dignidad humana y derecho a la igualdad. Entre ellos se encuentra, *la prohibición de penas crueles inhumanas o degradantes, la prohibición de penas o medidas de seguridad imprescriptibles y el debido proceso y favorabilidad en materia penal.*

Por regla general, en el desarrollo del tratamiento penitenciario no se podrán adoptar medidas desfavorables por el hecho de pertenecer a una minoría étnica, por sexo u orientación sexual, idioma, religión, ideología, condición social o cualquier otra circunstancia, excepto de aquellas que sean coherentes a un tratamiento penitenciario diferencial (Lineamientos para el fortalecimiento de la política penitenciaria en Colombia).

Sistema progresivo

El sistema Penitenciario y Carcelario, establece un principio de progresividad el cual sugiere pasar al condenado de manera paulatina por fases de tratamiento, en las cuales se vayan reduciendo las restricciones de libertad, a medida que avance el tratamiento penitenciario. Según Guillamondegui, 2010 se considera un régimen progresivo pues cumple con el criterio de *“División del tiempo de la sanción penal en partes.-llámese períodos, fases, grados o de cualquier otro tipo, cada una con sus fines; Posibilidad por parte de la PPL de avanzar, detenerse y retroceder por los diferentes períodos establecidos de acuerdo a su tránsito y evolución por el régimen; Posibilidad de reincorporación social del penado antes del agotamiento de la condena de encierro impuesta”*

MARCO TEÓRICO DE LA PENA – UNA MIRADA DESDE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Definición de la pena

Según la Corte Constitucional Colombiana, aduce que la pena es la consecuencia de la responsabilidad penal de los imputables, cuando judicialmente se ha establecido que se ha cometido un hecho punible en forma típica, antijurídica y culpable. Sobre la naturaleza de la pena en el ordenamiento colombiano, recuerda que esta *“es esencialmente temporal, al igual que sus efectos jurídicos. La pena es la aplicación temporal y forzada de un régimen personal, determinado por el Juez dentro de los parámetros legales, en que se limita o suspende el ejercicio de derechos fundamentales como el de la libertad personal, de*

locomoción, de reunión, etc. Conlleva tal limitación el recorte de otros derechos que los suponen como el libre desarrollo de la personalidad, la iniciativa privada, la intimidad, etc.; manteniéndose incólumes el de libertad de conciencia, opinión, petición.” (Corte constitucional. Relatoría 2016-181-16).

En las exposiciones doctrinales sobre el fin de la pena se suele distinguir las llamadas teorías absolutas de la pena y las llamadas teorías relativas de la pena. El criterio de esta distinción radica en que mientras las primeras ven la pena como un fin en sí misma, las segundas la vinculan a necesidades de carácter social.

Teorías absolutas, relativas y mixtas de la pena

Según la (Corte constitucional. Relatoría 2016-181-16). Existen unas teorías que explican la finalidad de la pena en sí misma, y las acciones compensatorias dirigidas a resarcir el daño o delito cometido. Estas pueden clasificarse en Teorías Absolutas compuesta por la expiación y la retribución, y a otra categoría, Teorías Relativas compuesta por la prevención general negativa, prevención general positiva y prevención especial. Finalmente existe otra categoría de Teorías Mixtas.

Respecto a las Teorías Absolutas, específicamente a la Teoría de la expiación, se considera que es una tendencia absolutista, pues considera que la pena supone una expiación moral, un encuentro a manera de reconciliación con la norma penal trasgredida y con la sociedad, por parte del sujeto. Por esto la norma tiene un componente de arrepentimiento y permite la aceptación social de aquel acto de contrición o liberación de la culpa por parte del que ha infringido la Ley (Relatoría Corte Constitucional 2016C-181-16).

Ahora la teoría de la retribución o teoría de la justicia, se encuentra fuera de la concepción de ultraísmo penal, en este sentido prohíbe instrumentalizar al individuo para procurar el bienestar social o común así como el anhelo a la justicia como fundamento del derecho y la necesidad moral o social. En este sentido, se entiende el delito como la ejecución de un mal, que de una u otra manera debe ser compensado mediante la justicia y la imposición de una pena, que según Hegel, puede constituirse en la negación del delito, pues se trata de injusto y justicia (Corte constitucional 2016C-181-16).

Respecto a las teorías relativas de las penas, se entiende que pretenden el cumplimiento de factores asociados a las funciones del Estado sobre el mantenimiento de un orden social, como la prevención del delito y la protección de bienes jurídicos. Por eso dentro de estas teorías, se encuentra la Teoría de la prevención general negativa, (Corte constitucional 2016C-181-16), la cual plantea que la finalidad de la pena es intimidadora, ya que la severidad de las mismas permitirá coaccionar psicológicamente probables delincuentes. De tal manera que mediante la amenaza y la ejecución posterior de la pena se logre hacer desistir la comisión de hechos punibles.

En la Teoría de la prevención general positiva, la pena es considerada “(...) *una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal, pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino solo con la estabilización de la norma lesionada*” (Corte constitucional 2016C-181-16). Esto considera que los hombres pueden esperar que las normas serán respetadas por los otros.

Adicionalmente, la teoría de la prevención especial, concibe al autor individualmente y considera que la pena no se genera de un criterio abstracto de justicia, sino que busca proteger los bienes jurídicos a través de la lesión de otros bienes jurídicos, bien sea de forma indirecta o psicológica (corrección o intimidación), o de manera directa y física (inocuidad) Corte constitucional 2016C-181-16).

En este sentido, las teorías relativas de la pena, tienen con fin la prevención del delito y la pena, poniendo en el centro de atención al delincuente, en miras de la resocialización. En otras palabras se busca convertir la pena en una advertencia o alerta a los miembros de una sociedad, para evitar que se cometa el delito de manera masiva, por miedo a la severidad de la condena. Constituyéndose así, como una especie de mecanismos de coacción psicológica e intimidatoria, generando de tal manera un elemento de prevención positiva a partir de la confianza en el derecho.

Por su parte, las teorías mixtas, buscan combinar los conceptos de las teorías absolutas y relativas. Es decir, perseguir los fines retributivos, de prevención general y prevención especial, generando preferencia a la retribución y a la prevención. En este caso ROXIN citado en Corte constitucional 2016C-181-16, expuso su teoría unificadora aditiva, a partir de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo Federal alemán, para quienes la retribución, la prevención especial y la prevención general, son fines de la pena que tienen igual rango o jerarquía.

La pena con función social en el código penal colombiano y su trascendencia constitucional

Después de explicar las teorías, basadas en la pena y su finalidad, es importante observar la función de la misma en el código penal colombiano y la trascendencia que tiene en la Constitución. Así pues, según la Corte Constitucional, el carácter de la pena es aflictivo y siempre afecta los derechos fundamentales, como la libertad, la igualdad, el trabajo, la familia y la movilidad, etc. Igualmente, el objetivo de la pena, es una cumplir una función social, es decir, controlar las falencias en términos de expectativas de convivencia. En este sentido el artículo 4 del Código Penal colombiano, establece la Ley 599 del 2000 donde se prevé que el Estado Colombiano, debe garantizar la pena con fines de prevención y retribución, además de la reinserción de la persona que cometió el delito. Sin olvidar que la imposición de la pena o medida de seguridad deberá responder a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

En este sentido las funciones de la pena según el Código Penal colombiano son la prevención general, la retribución justa, la prevención especial, la reinserción social y la protección al condenado, sumado al fin último de resocialización. Bajo este fin, la corte establece constitucionalmente *“que la función resocializadora guarda una íntima relevancia con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, pues la reeducación y la reinserción social del condenado son el objetivo de los esfuerzos del Estado no solo legales sino también institucionales.”*, mediante la sentencia C-261 de 1996

Posteriormente en la sentencia C-430 de 1996, este Tribunal dijo que la pena en nuestro sistema jurídico tiene un fin preventivo, retributivo y un fin resocializados. El primero de ellos representa el establecimiento legal de la sanción penal, el segundo fin presenta con la imposición de la pena mediante la imposición judicial, y el tercero está orientado a la ejecución basado en principios humanistas contenidos en Tratados internacionales y acuerdos Nacionales.

De la misma forma, en la **sentencia C-144 de 1997**, la Corte manifestó que *“las penas tienen como finalidad la búsqueda de la **resocialización del condenado**, dentro del respeto por su autonomía y dignidad, puesto que el objeto del derecho penal en un Estado de Social y de Derecho no es excluir al delincuente del pacto social sino buscar su reinserción”*.

Recientemente en **sentencia T-718 de 2015**, este Tribunal reiteró que *“de acuerdo con la legislación y la jurisprudencia vigentes, la educación es la base de la resocialización, puesto que la figura de la redención de la pena es la materialización de la función resocializadora de la sanción.”*

Conforme a lo expuesto, se puede concluir que la pena implica una reacción del Estado ante la infracción del ordenamiento jurídico. Estas penas han sido explicadas desde las diferentes teorías que justifican la imposición de las mismas, es decir de carácter redistributivo, de prevención o de ambas.

Clases de penas

Dadas unas teorías, aplicadas al establecimiento de las penas constitucionalmente, el código penal del año 200 estableció las siguientes clases de penas:

La pena de prisión: Restricción al ejercicio de la libertad personal por parte de quien la padece, surgió históricamente como un triunfo contra las instituciones propias del Estado absolutista, pues significó un sustituto benéfico frente a la pena de muerte, la tortura, trabajo forzado y la esclavitud.

Las penas pecuniaria: Representadas por la pena de multa, definida como la obligación de pagar determinada cantidad de dinero, no con finalidad de resarcimiento o indemnización,

sino como una consecuencia jurídica de la realización de una conducta punible que presenta las características y funciones de la sanción penal.

Penas accesorias privativas de otros derechos: Son aquellas específicamente determinadas en la Parte General del Código y entre las cuales se encuentran: i) inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas; ii) la pérdida del empleo o cargo público; iii) la privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas; iv) la expulsión del territorio nacional para los extranjeros, entre otros.

Ejecución de la pena

El Libro IV de la Ley 906 de 2004 contiene la regulación sobre la ejecución de las penas y las medidas de seguridad. Dichas disposiciones surgen de la Ley 65 de 1993, además de las resoluciones del INPEC que reglamentan estas normas.

Asumiendo que las autoridades involucradas en la ejecución de la pena, según el artículo 459 de la Ley 906 de 2004 son los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, el INPEC y el Ministerio Público, este último con menor capacidad de decisión, pero con funciones determinantes en la ejecución de las sanciones penales Moya (2006).

Respecto a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, se les otorga la principal autoridad para la función decisoria de la pena. Así pues el juez tiene una relación jerárquica con el INPEC. De tal manera el Instituto Carcelario solo puede formular solicitudes y atender los requerimientos del Juez, mientras que el Juez dicta las decisiones distintas a lo relacionado con el control y vigilancia Moya (2006).

Con respecto al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC , el artículo 459 de la Ley 906 de 2004 y el Decreto 236 de 2004, en su artículo 3°, establece como competencia del INPEC la supervisión y control de la ejecución de las sanciones, y a ejecución de la pena privada de la libertad, el control de las medidas de aseguramiento, del mecanismo de seguridad electrónica y de la ejecución del trabajo social no remunerado.

Adicionalmente, la sentencia C-394, establece que la Corte Constitucional interpreta la ejecución como lo estrictamente asociado a las actividades de contenido administrativo del tratamiento penitenciario, y por ende la ejecución de la pena corresponde a los jueces de ejecución y los encargados de las medidas de seguridad.

MAPA DE RIESGOS DE LA POLÍTICA PENITENCIARIA NACIONAL

Fundamentación científica de las variables de investigación desde el ámbito jurídico y criminológico.

Es necesario establecer las variables que desde el ámbito jurídico y criminológico operan desde el proceso de valoración y clasificación del tratamiento penitenciario de la población

condenada. Así como examinar la peligrosidad de un sujeto y determinar si un individuo que condenado y más aún reincidente tiene mayor probabilidad de causar daño si tiene un permiso de salida. Es por ello que se utilizaran pruebas estandarizadas de personalidad para predecir la conducta violenta, psicópata o la resocialización del condenado, para que la adaptación se genere de manera adecuada llegando a una resocialización y no a la reincidencia. Por esto, se tomó el modelo de riesgo necesidad-responsividad (RNR) desarrollado por Bonta (2007), el cual busca mediante un tratamiento cognitivo-conductual, la adaptación del privado de la libertad al estilo de aprendizaje, motivación, habilidades y fortalezas del condenado. Teniendo en cuenta estos factores, se busca reducir la reincidencia mediante el servicio de tratamiento penitenciario adecuado al nivel de riesgo de reincidir el cual se basa en tres principios: el primero denominado el principio de riesgo, afirma que el comportamiento criminal se puede predecir de forma fiable y que el tratamiento debe centrarse en los delincuentes de alto riesgo y el nivel de intensidad de la intervención con el riesgo de reincidencia del infractor. El segundo principio es el de necesidad, pensado en las necesidades criminógenas para que éstas orienten el tratamiento y tercero, el de responsividad, que describe cómo debe ser el tratamiento. Estos tres principios buscan maximizar la capacidad del infractor para aprender de una intervención de rehabilitación

Desde la parte jurídica se tomara como base el riesgo del infractor a reincidir, pues el comportamiento criminal se puede predecir de manera confiable con instrumentos que permitan estudiar sus antecedentes y factores de resocialización, para impedir la reincidencia. Como el objetivo principal es reducir la reincidencia del infractor, es importante diferenciar de forma confiable a las personas privadas de la libertad en bajo riesgo de los privados de la libertad de alto riesgo con el fin de proporcionar el nivel adecuado de tratamiento. El principio de necesidad señala que el enfoque del tratamiento penitenciario debe centrarse en las necesidades criminógenas. Las necesidades criminógenas son los factores de riesgo dinámicos que están directamente vinculados con el comportamiento criminal. Estas necesidades criminógenas están incorporadas a los principales predictores de la conducta delictiva, a los que se hace referencia como factores de riesgos y necesidades (Andrews y Bonta, 2006; Andrews et al, 2006).

Por lo tanto para el desarrollo se tomaran desde el punto de vista jurídico seis necesidades. Para ilustrar la distinción entre los dos tipos de necesidades se examinan las actitudes procriminales, las que están etiquetadas como criminógenas. El cambio de actitudes a través del tratamiento desde la procriminal hacia lo prosocial dará lugar a un comportamiento menos criminal y más prosociales (lo que piensa el individuo influye en la forma como te comportas). Por su parte responsividad se refiere al hecho de que las intervenciones cognitivas de aprendizaje social son la forma más efectiva de enseñar nuevos comportamientos, independientemente del tipo de comportamiento.

Se desarrollaran tomando como base el principio de relación (establecer una alianza cálida, respetuosa y de trabajo en colaboración con el condenado, así:

FACTORES DE MAYOR RIESGO/NECESIDAD	INDICADOR	TRATAMIENTO
Patrón de personalidad antisocial	Impulsos, agresión e irritabilidad, ira	Generar habilidad de autocontrol, enseñar a controlar la ira.
Actitudes Pro-criminales	Actitudes a favor de la delincuencia y actitudes negativas hacia la ley.	Racionalizaciones contrarias con actitudes prosociales; construir una identidad prosocial.
Soporte social para el crimen	Amigos infractores, aislamiento social de pares prosociales	Sustituya amigos infractores por amigos prosociales.
Abuso de sustancias	Abuso de alcohol y/o drogas incluyendo el entorno familiar	Reducir el abuso de sustancias, Realce alternativas al uso de sustancias
Familia/relaciones de pareja	Inapropiado monitoreo y disciplina de los padres, relaciones familiares empobrecidas.	Enseñar habilidades parentales, mejorar expresiones de afecto y cuidados.
Estudio/trabajo	Desempeño pobre, bajos niveles de satisfacción.	Mejorar habilidades de trabajo/estudio, fomentar las relaciones interpersonales en el contexto de trabajo/escuela.,

Para el desarrollo del principio de relación y los factores de mayor riesgo/necesidad, se consolidaron tres grandes variables:

1. **Reincidencia:** Es una recaída en el delito, por parte de quien ya había sido condenado penalmente con anterioridad, lo cual genera una reacción social y jurídica en términos punitivos, pues agrava la pena del nuevo delito.
2. **Visión sobre la conducta criminal y el delito.** El concepto real que tiene el condenado sobre la conducta o acción criminal ejecutada y el resultado de un delito.
3. **Factor objetivo:** Se analiza y determina en forma completa la situación del condenado, desde varios aspectos: condena, tiempo cumplido y por cumplir,

beneficios administrativos, fases de tratamiento para una resocialización, libertad condicional, libertad, antecedentes.

Para desarrollar las variables a implementar se tendrán en cuenta:

1. Funciones de la cárcel y de la pena desde el punto de vista doctrinal y en el ordenamiento jurídico.
2. Se tomaran como base el delito y el comportamiento delincencial o criminal, conducta.
3. Sustento doctrinal, jurídico y jurisprudencial que sustente cada variable que permita realizar un diagnóstico y clasificación de los condenados, teniendo como base (mujeres, hombres, condiciones especiales e indígenas)

Origen y función de la cárcel y la pena.

Múltiples teoría y antecedentes hacen ver la cárcel como castigo, como *retribución*, por un acto caracterizado como malo, donde se busca que la existencia del castigo disuada a la gente para que no delinca. No obstante, a la cárcel se le añadió la función de *rehabilitar*, donde se busca que las personas condenadas y que van a permanecer por varios años, aprovechen el tiempo al máximo brindándoles oportunidades que tal vez fuera no tuvieron: educación, formación profesional, trabajos manuales, apoyo psicológico y legal, etc. Para evitar que vuelvan a delinquir. Buscando que no se dé la reincidencia y proporcionar un castigo más “humano”.

Melossi y Pavarini (1977), con una inspiración neomarxista, analizaron bien algunos de los paralelismos existentes entre la organización de la cárcel y de la fábrica, y cómo el encierro de los pobres servía como dispositivo intermedio de inculcación de hábitos disciplinados – horarios rígidos, obediencia a jerarquías, sumisión de la voluntad-. Del campo a la fábrica, pasando por la cárcel, que era útil transformando las subjetividades de los sectores más reacios al nuevo sistema productivo.

Rusche y Kirchheimer (1939), en el que mostraban cómo las distintas formas de castigar existentes tienden a ajustarse a las características del sistema productivo. Así, por ejemplo, la condena a galeras era un castigo mucho más usado en época colonial, cuando los imperios necesitaban poblar territorios a los que los ciudadanos libres no querían ir (tampoco los no libres; por eso era una condena). El caso más típico es el de Australia.

Michel Foucault (1975) señaló que esta identificación de la delincuencia con las clases bajas (producida, principalmente, por el hecho de que se encerraba a los pobres, y no a los ricos –que también delinquen-), permitía la extensión de mecanismos de control sobre toda la población, y sobre algunos sectores más intensamente. Así, la cárcel, y los conocimientos generados en torno a ella –y, por ende, no automáticamente, con la delincuencia-, permiten identificar a un sector de la población como el anormal, sobre el que es necesario intervenir.

PLANTEAMIENTOS CRIMINOLOGICOS Y LEGALES QUE SUSTENTAN LAS VARIABLES DE LA INVESTIGACION

Se tomaran como base para explicar el sustento científico de las variables, los planteamientos que se toman desde el punto de vista de la criminología frente al delito y el comportamiento del delincuente o condenado. En forma posterior sustentar las variables que permitan efectuar el diagnostico, clasificación de los condenados dentro de las finalidades del tratamiento penitenciario con las garantías constitucionales y legales.

Teoria del delito y el delincuente desde planteamientos criminológicos

Existen variedades de teorías que explican el delito y el delincuente, abordada desde el punto de vista de la criminología, desde la escuela clásica donde comenzaron a surgir nuevos cambios en la manera de pensar, alcanzando un auge las ciencias en la búsqueda de las normas legales y desplazando los erróneos caminos de Dios, con autores como Beccaria en 1764 escribió una obra "De Delitos y Castigos", enfocada en la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, y que las leyes fueran entendidas por todos los individuos y no solo por máximos juristas y sobre todo que la interpretación de estas no se pudieran dar de una forma desviada a la moral por los juristas o jueces y por último el de limitar el ámbito de las leyes penales al mínimo necesario para minimizar el delito. "Podemos decir que gracias a la Escuela Clásica se dio la terminación de la barbarie y la injusticia que el derecho penal representaba, proclamo la humanizaron por medio del respeto a la ley, del reconocimiento a las garantías individuales y de la limitación al poder absoluto del Estado." La Escuela Positiva, con su doctrinante Ferri quien nos dice que "la escuela positiva consiste en lo siguiente; estudiar al delito, primero en su génesis natural, y después en sus efectos jurídicos, para adaptar jurídicamente a las varias causas que lo producen los diversos remedios, que por consiguiente serán eficaces" Dentro de los representantes de esta escuela, tenemos a Lombroso, Ferri y Garofolo. Con la teoría sociología criminal, de esta escuela se centró en el estudio de las características psicológicas, que según él representaba la evolución de la delincuencia en un individuo. Estas características incluyen argot, escritura, los símbolos secretos, literatura y arte, así como la insensibilidad moral y "una falta de repugnancia a la idea y la ejecución de la infracción, previo a su comisión, y la ausencia de remordimiento después de cometerlo".

La Escuela Ecléctica. Tiene su fundamento teórico basado en el mismo que el de la Escuela Clásica, que es el contrato social. Esta escuela no es una escuela en sí, sino la reunión de varias escuelas reunida en esta corriente. Por su parte en la escuela social, El mérito principal radica en introducir el concepto de "función social del derecho", en el cual, la ley aparece como el mejor mecanismo para lograr una justa composición y un equitativo desarrollo de la sociedad. Esta escuela fue dividida para su estudio en tres etapas:

La primera etapa, Antropológica, Estudia al delincuente en sus particularidades anatómicas o morfológicas, Cesar Lombroso. La segunda etapa, Jurídica. Trata de injertar las teorías

anatómicas Lombrosianas al derecho penal, Rafael Garofalo. La tercera etapa, Sociológica. Se preocupó por hacer notar la influencia del medio social sobre el delincuente apartándose de la tesis del delincuente nato, Enrico Ferri.

La Teoría del Delito, como parte de la Ciencia Penal, se ocupa de explicar qué es el acto ilícito para tales fines; es decir, tiene la misión de señalar cuáles son las características o elementos esenciales de cualquier delito. De esa forma debe superar definiciones genéricas y ambiguas que pueden ser admisibles en ciertas áreas de estudio o útiles para otros efectos (por ejemplo en el ámbito social o criminológico), pero no para precisar el hecho específico que la legislación represiva castiga. En síntesis, como apunta el profesor Raúl Zaffaroni, la Teoría del Delito es una construcción dogmática que nos proporciona el camino lógico para averiguar si hay delito en cada caso concreto, razón por la que no puede limitarse a definirla como una conducta dañosa que afecta intereses de terceros, o que vulnera los derechos de sus semejantes, o peligrosa para la convivencia social, etc., como tantas propuestas que suelen hacerse para significar un hecho contrario a las costumbres ciudadanas dentro de una comunidad.

Las bases de la moderna teoría del delito fueron sentadas por VON LISZT que fue el primer autor que deslindó el problema de la consideración subjetivista del delito y la consideración objetivista de éste, introduciendo en el Derecho Penal la idea de antijuricidad (que previamente había sido formulada en el ámbito del Derecho Privado por Ihering) en la segunda mitad del siglo XIX. Remató la teoría analítica del delito con una clara formulación del elemento "tipicidad" BELING, por ello se habla del sistema LISZT-BELING para expresar la moderna y analítica teoría del delito, y que, además, es el sistema denominado naturalista-causalista.

Principios fundamentales en opinión del penalista español **Eugenio Cuello Calón**, son los siguientes: "a).- Imputabilidad basada en la dirigibilidad de los actos del hombre; b).- La naturaleza de la pena radica en la coacción psicológica; y c).- La pena también tiene como fin la defensa social." Aunque un tanto incompleta en sus apreciaciones, otros destacados autores mencionan que esta escuela dentro de sus principios estipuló que el derecho penal es una ciencia autónoma; junto al delito en su aspecto jurídico deben estudiarse el ilícito desde el punto de vista antropológico y sociológico.

Factores que determinan las variables

Recordando que el principio de riesgo tiene dos componentes. El primer componente busca predecir el comportamiento criminal y, por tanto, la necesidad de instrumentos de riesgo basados en la evidencia. El segundo componente destaca la necesidad de ajustar correctamente el nivel de servicio (intensidad de la intervención) al nivel de riesgo del delincuente. Es decir, como el nivel de riesgo aumenta entonces la cantidad de tratamiento necesario para reducir la reincidencia también aumenta.

Por tanto para elaborar las variables que permitan medir de manera objetiva el riesgo del condenado, clasificarlo de manera concreta y proporcionarle un tratamiento justo y eficazmente dirigido a su resocialización dentro de los términos constitucionales, legales y jurisprudenciales, se tomaran como base las teorías anteriormente expuestas y el RNR, la cual fue desarrollada en la década de 1980 y formalizado por primera vez en 1990, el modelo de riesgo- necesidad-responsividad se ha utilizado con cada vez mayor éxito para evaluar y rehabilitar a los criminales en Canadá y alrededor del mundo y con base en un *Modelo del Triple Riesgo Delictivo* (2006).

Esta propuesta toma como bases para su desarrollo, los análisis sobre el apoyo social como eje de la prevención, las teorías del delito, y, más específicamente, la investigación criminológica sobre factores de riesgo y protección, que son conceptualizados aquí como dimensiones de riesgo de carácter continuo y graduado, agrupadas -de manera exhaustiva- en tres categorías o fuentes de riesgos: Personales, relativas al “apoyo prosocial” recibido, y concernientes a las oportunidades delictivas. Se considera que la combinación única en cada sujeto particular de elementos pertenecientes a estas tres categorías de riesgos precipita específicos procesos criminogénicos (tal y como sugieren las teorías clásicas de la delincuencia) que acaban condicionando su “motivación antisocial” y su “riesgo de conducta antisocial.

Factor de riesgo: Personal, familiar, social, que se tomaría como un mayor riesgo delictivo (cuando se presente la impulsividad, la crianza paterna inconsistente o vivir en un barrio con altas tasas delictivas, padres con actividades ilícitas, alcoholismo).

Factor de protección: Cualquier elemento personal, familiar o social que se tomaría como un riesgo menor delictivo (cuando se tenga autocontrol, la crianza equilibrada o vivir en un barrio con bajas tasas delictivas).

Tres categorías en las que pueden encuadrarse de manera exhaustiva, como dimensiones de riesgo, Son las siguientes:

1. *Fuente A, de riesgos personales:* Todas aquellas características individuales, tanto constitucionales como adquiridas, empíricamente asociadas a un mayor o menor riesgo de comportamiento antisocial, tales como la dimensión impulsividad-autocontrol, el grado de egocentrismo-empatía, las creencias antisociales-prosociales, etc.

2. *Fuente B, de riesgos en el apoyo prosocial:* todas aquellas características y condiciones ambientales (familiares, educativas y sociales) que conforman al individuo a lo largo de su vida y se asocian a su mayor o menor riesgo delictivo, distintas dimensiones tales como la crianza paterna inconsistente-equilibrada, la intensidad y calidad de la educación escolar recibida, el tener amigos antisociales-prosociales en la adolescencia, etc.

3. *Fuente C, de riesgos en las oportunidades delictivas:* todas aquellas características ambientales (o de eventuales víctimas del delito) que favorecen o dificultan el

comportamiento antisocial, aspectos como el mayor-menor tiempo pasado fuera de casa en la adolescencia, la mayor o menor oferta en el barrio de propiedades atractivas para la sustracción o el robo, la mayor o menor accesibilidad a propiedades o posibles víctimas a través de Internet, etc.

4. Medidas D, de conducta antisocial: todos los indicadores o mediciones de la conducta antisocial y delictiva de un sujeto, instrumentos mediante los que se obtengan (autoinforme, informes de los padres, de los maestros, datos policiales, antecedentes judiciales).

1. RASGOS DE PERSONALIDAD DEL CONDENADO			
AGRESIVIDAD	IDEAS DE GRANDEZA	AUSENCIA DE SENTIMIENTOS DE CULPA	DIFICULTADES PARA SEGUIR NORMAS
Agresión física hacia otros. Agresión generada por el ambiente del barrio. Falta de autocontrol e impulsabilidad. Autoagresión. Agresión verbal. Actos y deseos de Venganza	Relación especial con alguien importante. Atribución de talentos especiales. Sobre estimación de las propias capacidades.	Carencia de remordimiento. Sevicia. Conductas desafiantes en el hogar.	En la casa Reclusiones anteriores (Reincidencia).

2. RELACIONES FAMILIARES			
PAUTAS DE CRIANZA Y AUSENCIA DE FIGURA PATERNA	RELACIONES A NIVEL DEL HOGAR	CAMBIOS DE ROLES (PADRE O MADRE)	RELACIONES DE PADRES
Crianza con otros miembros de familia con antecedentes delictivos. Padre o madre autoritaria.	Relación especial con alguien importante. Atribución de talentos especiales.	Relación conflictiva con el padre o la madre. Antecedentes delictivos en la familia.	Conflictos de relación de pareja. Maltrato físico. Hijo que asume el rol de padre. Responsabilidades a temprana edad.

Padre o madre permisivos. Formas de castigo. Ausencia o incumplimiento de reglas o normas en el hogar.	Sobre estimación de las propias capacidades.	Abandono del hogar a temprana edad. Problemas de alcoholismo de los padres o drogadicción.	Fallecimiento de los padres.
--	--	---	------------------------------

3. RELACIONES SOCIALES				
PANDILLISMO	ACTIVIDADES ENCUBIERTAS	CONSUMO DROGAS Y FRECUENCIA SITIOS NOCTURNOS	REALIZACION DE CONDUCTAS DELICTIVAS	AMBICION DEL DINERO
Ingreso por presión al grupo. Ritos de las pandillas para realizar actividades delictivas. Poder territorial	Delincuencia encubierta para evitar normas en la sociedad	Consumo sustancias ilegales. Centros de prostitución,	Hurto, extorsión, tráfico estupefaciente, porte de armas, falsedad documentos, abuso sexual. Homicidio.	Manera fácil de adquirirlo.

Fundamentación de las variables dentro del marco conceptual y teórico jurídico penal y criminológico

Para establecer de manera concreta y objetiva la clasificación del condenado y lograr una resocialización, se toman las siguientes variables:

Variable reincidencia

La reincidencia es una recaída en el delito, por parte de quien ya había sido condenado penalmente con anterioridad, lo cual genera una reacción social y jurídica en términos punitivos, pues agrava la pena del nuevo delito. Este concepto advierte que la naturaleza jurídica de esta figura es la de agravar la pena impuesta al delincuente que recae en el delito, por tal motivo se trata de una causal de agravación punitiva.

La Corte Constitucional en **sentencia C-060 de 1994**, expresó: La reincidencia es una causal de agravación de la pena impuesta, debido a que "(...) *es al legislador a quien corresponde expedir los ordenamientos legales que rijan el sistema penal; en este evento, el legislador colombiano juzgó oportuno darle relieve a la reincidencia, como una forma más eficaz de desestimular conductas socialmente censurable.*"

Posteriormente en **sentencia C-077 de 2007**, afirmó: *“La reincidencia es una especie de las circunstancias modificativas agravantes de responsabilidad, prevista en algunos ordenamientos penales y, más ampliamente, en algunos ordenamientos sancionatorios, en virtud de la cual se agrava la sanción impuesta al infractor cuando ha sido sancionado anteriormente por la comisión de otras infracciones.”*

Se tiene entonces que la reincidencia es una circunstancia que agrava la pena. Así, las circunstancias modificativas, en este caso agravantes, **afectan la pena más no al delito en sí mismo** considerado, puesto que se trata de *“(…) algo accesorio o accidental que únicamente repercute sobre la mayor o menor gravedad de la reacción punitiva, es decir, de simples circunstancias al fin y al cabo.”* En concordancia con lo anterior **MIR PUIG** expresa que *“(…) la determinación de la pena pertenece a la teoría de la pena, pero no puede desvincularse de la gravedad de su principal presupuesto, el delito, y dicha gravedad ha de poder explicarse según el esquema de la teoría del delito.”*²

En consecuencia, la reincidencia como una forma de agravación punitiva supone un elemento accidental y accesorio a la pena y al delito en sí mismo considerado, pues no condiciona la existencia de ambos elementos dogmáticos. Además, se erige como la objetivación de una circunstancia personal actual del actor, puesto que la demostración de su ocurrencia se realiza a través de una serie de presupuestos de naturaleza objetivo-formal, más no subjetivos, puesto que se encuentra prescrita cualquier clase de exploración sobre la personalidad del reo.

Reincidencia en cifras

Para el mes de enero de 2016, en sus diferentes modalidades privativas de la libertad, la población reincidente presentó las siguientes cifras, según los datos del SISIEC, 2016:

Intramuros 13.843 (11,5%) frente a la población de los ERON.

Domiciliaria 2.655 (5,8%) de los de los asegurados bajo esta modalidad.

Control y vigilancia electrónica 448 (10,6%) de quienes se encuentran bajo estos mecanismos de custodia.

El total de reincidencia corresponde a 16.946 personas. Asimismo, el 92,6% (15.684) de los reincidentes son hombres y el restante 7,4% (1.262) mujeres. Finalmente, de los 170.478 privados de la libertad a cargo del INPEC, el 9,9% (16.946) son reincidentes. (FUENTE SISIEC 2016).

Variable conductas delictivas

² Sentencia C-181/2016 Corte Constitucional

Para entender más la variable es importante establecer el concepto de conducta delictiva para los condenados.

Debe entenderse que la conducta o acción constituye un elemento del delito. Generalmente se señalan como elementos de la conducta: una manifestación de voluntad, un resultado y una relación de causalidad. La manifestación de voluntad la refieren los autores a la conducta y no al resultado, por ejemplo, afirma Soler que el estudio de esa relación no forma parte de la teoría de la acción, sino de la culpabilidad. Welzel subraya que la acción humana es el ejercicio de la actividad finalista; que la acción, es por tanto, un acontecimiento finalista"; y no solamente "causal"; que la finalidad es "vidente"; la causalidad es "ciega".

En efecto la conducta, en el Derecho Penal, debe entenderse como conducta culpable. Por tanto abarca: querer la conducta y el resultado; de no ser así, sentaríamos aceptando un concepto de conducta, limitada a querer únicamente el comportamiento corporal. Ahora bien, si la conducta debe entenderse como una conducta culpable, el aspecto negativo de la misma, podrían sostener que es una causa de culpabilidad, como lo piensan Constancio Bernardo de Quirós y José Rafael Mendoza, abarcando como es natural, la ausencia del movimiento corporal voluntario, pues de otra manera sería aceptar que el aspecto negativo de la conducta lo constituiría la ausencia del puro comportamiento corporal, que no basta para la existencia de una acción entendida de derecho penal: como acción culpable, o sea que a conducta es un concepto "valorizado" y no "natural". Por ello, la conducta humana activa consiste en un comportamiento corporal voluntario dirigido a la obtención de un fin determinado. Y se integra por dos elementos fundamentales:

El elemento psíquico o interno y el elemento material o externo. El primero es una actitud humana, que consiste en la dirección que le da el sujeto activo del hecho punible a su voluntad para conseguir un fin ilícito, es por ello, una energía psíquica que se proyecta en contra un objeto o una persona, y por ello, existe conciencia y conocimiento para cuando se ejecuta una conducta positiva o de acción. Y sólo puede ser delito, la conducta humana que revista las características que la ley penal previamente establece; por tanto, ésta, va a determinar qué actos del hombre tienen la categoría o el rango de delito, contemplándolos como una acción o una omisión. El segundo, para que se configure debe proyectar en un hacer o no hacer en forma exteriorizada, es decir, se traduce en movimientos físicos o musculares para consumir la conducta ilícita del sujeto activo del delito, por ello, tiene que realizar "algo", de tal modo, que cambie al mundo externo con su conducta.

El análisis de los elementos que de la conducta se señalan, ofrece una indudable trascendencia práctica para el dogmático, especialmente con los problemas que plantean en relación con: La clasificación de los delitos instantáneos, continuados y permanentes o continuos, los cuales derivan a su vez hacia soluciones que afectan a la competencia, a la participación y a la prescripción. La división en delitos de acción, de omisión, de comisión por omisión y los denominados por Grisignini de omisión de evento. Los delitos de simple

actividad o formales y materiales, cuya naturaleza ofrece indudable relevancia respecto a los del “iter-criminis”

El resultado de la acción debe ser sancionado por la ley penal, deberá configurar un delito descrito y penado en la ley, ya sea que lesione intereses jurídicos protegidos por la ley o sólo los ponga en peligro según lo requiera el precepto legal.

El resultado de la acción será la consecuencia de la acción, que la ley considera decisiva para la realización del delito, es el resultado que estará previsto en el Código Penal, es la modificación que con esa conducta se realiza en el mundo exterior, y que cada como resultado una pena prevista en la ley.

El resultado no es solo daño cometido por el delito, no consiste únicamente en el cambio material en el mundo exterior, sino también en mutaciones de orden moral, citando un ejemplo, las amenazas son daños que se producen, no de índole material, pero si de manera psíquica, de peligro, que de alguna manera alteran el orden social, se causa un desequilibrio en la vida común de un grupo determinado de personas, el solo hecho de quedar como tentativa, produce un desorden, hay una alteración en la vida de la persona puesta en peligro, su seguridad, la tranquilidad y sobre todo el orden colectivo, respecto al resultado de los delitos pueden ser formales o materiales con independencia del propósito, los formales son los delitos de actividad y los materiales son los de resultado externo, que atacan intereses jurídicos. En los delitos formales o de simple actividad, en éstos no es posible distinguir otro resultado diferente a la conducta corporal, tomando nuevamente el delito de amenazas como ejemplo; los delitos de resultado material son en los que se produce materialmente un resultado externo, el delito de robo, por ejemplo.

En la conducta debe establecerse la relación de causalidad entre la acción física y el resultado externo para que sea atribuible al sujeto, es decir debe existir la relación causal en el nexo, entre el comportamiento humano, la consecuencia de éste y el resultado material, dicho nexo causal viene ser un elemento de la conducta, no del delito como han querido atribuírselo, existen diversas doctrinas respecto a la causalidad de la conducta y el resultado; una es la generalizadora, la cual toma en cuenta todas las condiciones como causa del resultado, y la corriente individualizadora, que considera sólo a una de las condiciones como productora del resultado en relación con una característica temporal, cuantitativa o cualitativa. En la generalizadora también llamada teoría de la equivalencia de las condiciones, los autores explican que sí se suprimiera una de las condiciones, el resultado no se produciría, es decir, no concibe al resultado sin la participación de todas las condiciones, se dice que todas las condiciones tienen el mismo valor.

Variable comportamiento antisocial y prosocial

La formulación de un modelo sobre el riesgo delictivo requiere inicialmente definir el comportamiento delictivo o antisocial, cuya explicación y prevención son objetivos de la criminología.

Desde una perspectiva o Teoría naturalista, como desarrollo de una noción previa de Gottfredson y Hirschi (1990), se toman los siguientes aspectos y definiciones:

Son comportamientos antisociales y delictivos múltiples conductas de agresión o engaño (tanto directas como indirectas, y tanto coyunturales como sostenidas en el tiempo), que dañan o amenazan de daño grave a otras personas o sus propiedades, y cuyo objetivo o funcionalidad es obtener un beneficio o satisfacción propios.

Esta definición naturalista manifiesta que muchas acciones antisociales tienen como característica común que el agresor invade derechos legítimos de otras personas (las víctimas) mediante diversas formas de conducta desinhibida, que no toman en cuenta tales derechos y límites de acción. Son ejemplos típicos y evidentes de conductas antisociales desinhibidas: el maltrato familiar, las amenazas, la agresión sexual, el robo con intimidación o con fuerza, la estafa, etc. Pero también lo son la corrupción de los funcionarios públicos y la delincuencia urbanística y medioambiental.

Por el contrario, como lo señala concretamente el enfoque del TRD, son comportamientos prosociales la inmensa mayoría de los realizados por el conjunto de los ciudadanos incluso ante oportunidades semejantes a las que suelen anteceder al comportamiento antisocial. Los comportamientos prosociales implican haber adquirido y mantener los controles inhibitorios que impiden dañar o amenazar de daño a otras personas, o sus propiedades, en beneficio propio.

Condiciones para un comportamiento pro social

Lo básico y siguiendo el modelo del RNR, para que no recaiga en el delito, una pregunta fundamental sobre el comportamiento prosocial, realizada por los teóricos del control social, es qué factores o elementos básicos de la vida facilitan que un individuo se integre socialmente en su comunidad. De modo más directo, ¿qué es lo que hace que las personas –la mayoría de los ciudadanos del mundo- sean ‘buenos’ ciudadanos, y no cometan delitos? De acuerdo con muchísima información, no sólo de la criminología, sino de la psicología, de la educación, de la filosofía, y, en definitiva, a partir de la cultura acumulada en todas las sociedades humanas, las personas, para integrarse socialmente en su comunidad, requieren dos condiciones indispensables:

- A) Las mejores dosis posibles de disposiciones y capacidades personales para efectuar dicha integración. Las disposiciones y capacidades personales estarían constituidas por aquellas características y condiciones individuales que confieren a cada ser humano su propia unicidad e identidad en un momento dado. Estas capacidades y disposiciones personales son generalmente dimensiones continuas, que se presentan en menos o en más, dentro de un rango de posibilidades.

En lo que aquí nos concierne, para una socialización efectiva, que permita la inhibición estructural del comportamiento antisocial, se requieren condiciones naturales favorables como suficientes inteligencia y equilibrio psicológico, razonable capacidad de aprendizaje, empatía, autocontrol, etc. (Andrés Pueyo, 1999; Andrews y Bonta, 2006; Bartol y Bartol, 2005). Por definición, los seres humanos poseen las capacidades naturales necesarias para adquirir los controles inhibitorios requeridos para conducirse de modo prosocial y evitar los comportamientos antisociales.

En algunos casos, debido a la distribución fenotípica de las diversas características personales, a disfunciones o alteraciones en el Sistema nervioso o en el Sistema endocrino, y también a ciertas experiencias traumáticas (accidentes, victimación infantil, etc.), los factores individuales se manifiestan en sus magnitudes más desfavorables para la socialización y la cooperación social (Raine, 2002; Rowe, 2002; Tobeña, 2003). Pueden aparecer entonces individuos con alta impulsividad, con baja empatía, o con graves dificultades de aprendizaje de normas. Estos individuos, que existen y es esperable que existan de acuerdo con la variabilidad natural de los fenotipos, constituyen de partida los sujetos más desfavorecidos para una socialización inhibitoria eficaz y, en consecuencia, presentan mayor vulnerabilidad para la conducta antisocial.

- B) La segunda condición necesaria para una integración social efectiva es que el individuo cuente con apoyo prosocial mantenido, especialmente durante las etapas infanto-juveniles de su desarrollo personal, de parte de las principales instituciones sociales, tales como la familia, la escuela y otras (en función de las edades y necesidades del individuo). El 'apoyo prosocial' sería aquí todo aquel capital educativo, informativo, económico, de relaciones, de vínculos, etc., que la comunidad social traslada a cada uno de sus miembros mediante los diversos mecanismos e instituciones de educación y socialización.

Esta concepción estaría próxima a la definición de apoyo social formulada por autores como Lin (1986) y Cullen (1994; Colvin et al., 2002), que lo conciben como la ayuda y asistencia (reales o percibidas) que prestan las comunidades, redes sociales y personas próximas, para que los sujetos puedan satisfacer sus necesidades instrumentales y expresivas. Atendido lo anterior se hace evidente que las personas reciben muy diversas dosis y calidades de apoyo prosocial en función de la sociedad, el grupo social y el sexo a que pertenecen.

La conceptualización de A y B como fuentes distintas de posible riesgo delictivo obedece a la siguiente lógica: Primero las disposiciones personales (A) y el apoyo prosocial recibido (B) serían en origen (en el momento del nacimiento) fuentes de riesgos independientes; segundo con el paso del tiempo, a lo largo del desarrollo del individuo, diversas dimensiones A y B experimentarían recíprocas influencias, modulándose unas a otras (por ejemplo, el grado de impulsividad de un niño y el estilo de crianza seguido por sus padres), y tercero, a pesar de que puedan haberse

influido recíprocamente, las dimensiones A y las dimensiones B siguen perteneciendo, al evaluarlas transversalmente en un tiempo 't', a fuentes de riesgo diferenciadas, a saber: las características del propio individuo y las condiciones de su entorno. Por ello se considera que la medida de ambos tipos de dimensiones es posible y resulta necesaria para estimar el riesgo de conducta antisocial.

Así, las condiciones precedentes (características personales y apoyo prosocial recibido) serían las dos principales fuentes de influencias que, entrelazadas, conformarían al individuo a lo largo del tiempo.

El objetivo es distinguir de forma fiable los infractores en términos de riesgo y ayudar a los infractores a llegar a ser más prosociales. El modelo RNR no sólo ha contribuido al desarrollo de instrumentos de evaluación de riesgo en infractores que predicen tan bien como los instrumentos ateóricos y actuariales, sino también proporciona información útil para el tratamiento de los delincuentes.

Con el modelo RNR se busca lograr la satisfacción personal para los infractores, involucra atender a ambos tipos de necesidades. Sin embargo, atendiendo a las necesidades criminógenas nos beneficiamos de mejoras en la predicción y tratamiento del delincuente. Cuando los infractores pueden ser ayudados a pasar de un estilo de vida criminal, que a menudo trae angustia y miseria a sí mismos, a sus seres queridos y otros, a un estilo de vida prosocial no es sólo una ganancia pública, sino también del infractor y aquellos que lo rodean.

El mayor desafío es transferir el modelo RNR a settings del "mundo real". Una cosa es que los científicos demuestran que un instrumento de riesgo o un programa de tratamiento puede funcionar, pero es un asunto muy diferente hacer que funcione en las agencias correccionales con una fuerza laboral diversa en términos de educación, valores y experiencia, en conflicto con las políticas de justicia penal y con práctica de gestión que no son propicias para la selección y formación del personal en técnicas de evaluación eficaces. (Bonta, Bogue, Crowley y Motiuk, 2001; Lowenkamp, Latessa, y Holsinger, 2004).

Para proporcionar las mejores evaluaciones e intervenciones las agencias correccionales necesitan:

a) Adoptar una visión general que incluya que el mejor interés para todos es proporcionar los servicios cognitivo- conductual para los delincuentes b) seleccionar, formar adecuadamente, y supervisar al personal en el uso de las evaluaciones de RNR y la prestación de los servicios que se adhieren a RNR c) establecer políticas y soporte organizacional para el modelo RNR.

Las agencias que son capaces de alcanzar este nivel de compromiso muestran una reducción significativa de la reincidencia en comparación a las agencias que no se adhieran

a los principios de riesgo-responsividad- necesidad (Andrews y Dowden, 2005; Lowenkamp, 2004; Lowenkamp, Latessa y Smith, 2006).

Variable conducta criminal y el delito

Esta variable, toma la CONDUCTA como la dimensión y la subdimensión son las motivaciones que tuvo el condenado para realizar esta conducta, por lo que es importante conocer el concepto que tiene el mismo frente a los principios de la ley, lo justo, la legitimidad, la justicia, la igualdad y que considera que es bueno o malo.

Variable factor objetivo

Esta variable se toma desde lo jurídico y lo criminológico, que permiten determinar la situación de la PPL frente a la autoridad competente: delito, condena, tiempo efectivo, tiempo para libertad por pena cumplida, libertad condicional, fases del tratamiento. Donde se toman los siguientes indicadores:

Circunstancias de mayor y menor punibilidad

De los criterios y reglas para la determinación de la punibilidad establecidas en nuestra legislación, de conformidad al Código Penal, capítulo II:

Artículo 54. Mayor y menor punibilidad. Además de las atenuantes y agravantes consagradas en otras disposiciones, regirán las siguientes.

Artículo 55. Circunstancias de menor punibilidad. Son circunstancias de menor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera:

1. La carencia de antecedentes penales.
2. El obrar por motivos nobles o altruistas.
3. El obrar en estado de emoción, pasión excusables, o de temor intenso.
4. La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible.
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.
7. Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible o evitar la injusta sindicación de terceros.
8. La indigencia o la falta de ilustración, en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible.
9. Las condiciones de inferioridad psíquica determinadas por la edad o por circunstancias orgánicas, en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible.
10. Cualquier circunstancia de análoga significación a las anteriores.

Artículo 56. El que realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en

la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición.

Artículo 57. Ira o Intenso dolor. El que realice la conducta punible en estado de ira o de intenso dolor, causados por comportamiento ajeno grave e injustificado, incurrirá en pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada en la respectiva disposición.

Artículo 58. Circunstancias de mayor punibilidad. Son circunstancias de mayor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera:

1. Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad.

2. Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria.

3. Que la ejecución de la conducta punible esté inspirada en móviles de intolerancia y discriminación referidos a la raza, la etnia, la ideología, la religión, o las creencias, sexo u orientación sexual, o alguna enfermedad o minusvalía de la víctima.

NOTA: Numeral declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-257 de 2016.

4. Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común.

5. Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima, o aprovechando circunstancias de tiempo, modo, lugar que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe.

6. Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible.

7. Ejecutar la conducta punible con quebrantamiento de los deberes que las relaciones sociales o de parentesco impongan al sentenciado respecto de la víctima.

8. Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito.

9. La posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio.

10. Obrar en coparticipación criminal.

11. Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable.

12. Cuando la conducta punible fuere cometida contra servidor público por razón del ejercicio de sus funciones o de su cargo, salvo que tal calidad haya sido prevista como elemento o circunstancia del tipo penal.

13. Cuando la conducta punible fuere dirigida o cometida total o parcialmente desde el interior de un lugar de reclusión por quien estuviere privado de su libertad, o total o parcialmente fuera del territorio nacional.

14. Cuando se produjere un daño grave o una irreversible modificación del equilibrio ecológico de los ecosistemas naturales.

15. Cuando para la realización de la conducta punible se hubieren utilizado explosivos, venenos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva.

16. Cuando la conducta punible se realice sobre áreas de especial importancia ecológica o en ecosistemas estratégicos definidos por la ley o los reglamentos.

17. Adicionado por el art. 2, Ley 1273 de 2009 y por el art. 4, Ley 1356 de 2009

Parámetros para la determinación de los mínimos y máximos aplicables. Para efectuar el proceso de individualización de la pena el sentenciador deberá fijar, en primer término, los límites mínimos y máximos en los que se ha de mover. Para ello, y cuando hubiere circunstancias modificadoras de dichos límites, aplicará las siguientes reglas:

1. Si la pena se aumenta o disminuye en una proporción determinada, ésta se aplicará al mínimo y al máximo de la infracción básica.

2. Si la pena se aumenta hasta en una proporción, ésta se aplicará al máximo de la infracción básica.

3. Si la pena se disminuye hasta en una proporción, ésta se aplicará al mínimo de la infracción básica.

4. Si la pena se aumenta en dos proporciones, la menor se aplicará al mínimo y la mayor al máximo de la infracción básica.

5. Si la pena se disminuye en dos proporciones, la mayor se aplicará al mínimo y la menor al máximo de la infracción básica.

Se determina RIESGO ALTO por violación de los derechos humanos y la víctima del delito es un menor de edad.

BENEFICIOS ADMINISTRATIVOS PARA LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD

Para la población privada de la libertad, el panorama normativo de los subrogados penales, los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad y el mecanismo de Vigilancia Electrónica, se tomara a partir de las modificaciones introducidas por la Ley 1709 de 2014, que reformó el Código Penitenciario y Carcelario y otras disposiciones sobre el régimen de cumplimiento de la pena.

Subrogados penales

Tal como se ha planteado expresamente en la jurisprudencia constitucional, «*los subrogados penales son medidas sustitutivas de la pena de prisión y arresto, que se conceden a los individuos que han sido condenados a estas penas, siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos por el legislador*». Los subrogados penales están consagrados en el Código Penal en sus artículos 63 y siguientes.

Estos subrogados penales se entienden como un derecho del condenado que debe ser concedido en los casos en los que se verifique el cumplimiento de los supuestos objetivos y subjetivos que el legislador ha establecido.

La suspensión condicional

La suspensión condicional de la ejecución de la pena, consagrada en el artículo 63, la libertad condicional, establecida en el artículo 64, y a la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave estipulada en el artículo 68, el Código Penal establece en el artículo 38 la prisión domiciliaria como mecanismo sustitutivo de la privación de la libertad en establecimiento penitenciario, en la cual *«el sentenciado continúa privado de la libertad aun cuando en el lugar de su residencia, sitio donde debe purgar la pena de prisión impuesta»*.

En la actualidad, para la prisión domiciliaria está establecida la Vigilancia Electrónica como una garantía facultativa, que puede el Juez imponer para acompañar este mecanismo sustitutivo.

Marco normativo: La suspensión de la ejecución de la pena, antes llamada «suspensión condicional de la ejecución de la pena», se encuentra en el artículo 63 del Código Penal (Ley 599 de 2000). Reformado por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014:

“La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- 1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.*
- 2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo.*
- 3. Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena. La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible. El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad accesorias a esta. En todo caso cuando se trate de lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política se exigirá su cumplimiento.”*

La libertad condicional

La libertad condicional es una medida a través de la cual el juez penal permite salir de prisión a quien lleva determinado tiempo privado de su libertad en virtud de una sentencia condenatoria. Por lo tanto, el sentido del mecanismo es que la persona que ha sido condenada pueda recobrar su libertad antes del cumplimiento total de la pena que se impuso en la sentencia, previo cumplimiento de determinados requisitos.

Marco normativo: La libertad condicional se encuentra estipulada en el artículo 64 del Código Penal, Ley 599 de 2000, modificado por la Ley 1709 de 2014, en su artículo 30:

“El juez, previa valoración de la conducta punible, concederá la libertad condicional a la persona condenada a pena privativa de la libertad cuando haya cumplido con los siguientes requisitos:

- 1. Que la persona haya cumplido las tres quintas (3/5) partes de la pena.*
- 2. Que su adecuado desempeño y comportamiento durante el tratamiento penitenciario en el centro de reclusión permita suponer fundadamente que no existe necesidad de continuar la ejecución de la pena.*
- 3. Que demuestre arraigo familiar y social. Corresponde al juez competente para conceder la libertad condicional establecer, con todos los elementos de prueba allegados a la actuación, la existencia o inexistencia del arraigo. En todo caso su concesión estará supeditada a la reparación a la víctima o al aseguramiento del pago de la indemnización mediante garantía personal, real, bancaria o acuerdo de pago, salvo que se demuestre insolvencia del condenado. El tiempo que falte para el cumplimiento de la pena se tendrá como periodo de prueba. Cuando este sea inferior a tres años, el juez podrá aumentarlo hasta en otro tanto igual, de considerarlo necesario.”*

Exclusiones a la libertad condicional

Es importante advertir que la libertad condicional sí está excluida para los sentenciados por determinados delitos, de acuerdo con otras leyes vigentes:

Código de la infancia y la adolescencia: De acuerdo con el numeral 5 del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, *“no se puede otorgar la libertad condicional a quien ha sido condenado por los delitos de homicidio doloso, lesiones personales dolosas, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro (simple o extorsivo), que hayan sido cometidos contra niños, niñas y adolescentes.”*

Lo anterior también aplica para el caso de la suspensión de la ejecución de la pena. Ley 1121 de 2006, de lucha contra el terrorismo: El artículo 26 señala que *«cuando se trate de delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, no procederán las rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión, ni se concederán subrogados penales o mecanismos sustitutos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de la pena, o libertad condicional. Tampoco a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea eficaz».*

Revocación de la suspensión de la pena y/o libertad condicional

Revocación compartida para la suspensión de la ejecución de la pena y la libertad condicional De acuerdo con el artículo 66 del Código Penal, Ley 599 de 2000, tanto la ejecución de la pena como la libertad condicional pueden revocarse cuando:

Durante el periodo de prueba el condenado viole cualquiera de las condiciones impuestas por la autoridad judicial.

En el caso de la suspensión de la ejecución de la pena, si transcurridos noventa días contados a partir de la ejecutoria de la sentencia, no se compareciese ante la autoridad judicial.

Reclusión domiciliaria por enfermedad muy grave

La legislación penal colombiana permite que cuando el condenado se encuentre atravesando una enfermedad grave y que su tratamiento resulte incompatible con las condiciones de reclusión en las que se encuentre en el centro penitenciario, se autorice la remisión al lugar de residencia o a un determinado centro hospitalario, donde se continuará con la ejecución de la pena privativa de la libertad.

Marco normativo: La reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave se encuentra regulada en el artículo 68 del Código Penal, Ley 599 de 2000: *“El juez podrá autorizar la ejecución de la pena privativa de la libertad en la residencia del penado o centro hospitalario determinado por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), en caso que se encuentre aquejado por una enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal, salvo que en el momento de la comisión de la conducta tuviese ya otra pena suspendida por el mismo motivo. Cuando el condenado sea quien escoja el centro hospitalario, los gastos correrán por su cuenta. Para la concesión de este beneficio debe mediar concepto de médico legista especializado.”*

Revocación de la reclusión domiciliaria por enfermedad muy grave

Se aplicará lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 38. *“El juez ordenará exámenes periódicos al sentenciado a fin de determinar si la situación que dio lugar a la concesión de la medida persiste. En el evento de que la prueba médica arroje evidencia de que la patología que padece el sentenciado ha evolucionado al punto que su tratamiento sea compatible con la reclusión formal, **revocará la medida**. Si cumplido el tiempo impuesto como pena privativa de la libertad, la condición de salud del sentenciado continúa presentando las características que justificaron su suspensión, se declarará extinguida la sanción.”*

Prisión domiciliaria o cumplimiento de pena extra-muros

La prisión domiciliaria es un mecanismo a través del cual se cambia el lugar de la privación de la libertad de quien ha sido condenado: de un establecimiento penitenciario, se pasa a cumplir la pena privativa en el domicilio. Si bien no concede completamente la libertad de

locomoción, sí permite un grado más amplio que el que puede haber en un establecimiento penitenciario. En otras palabras, se trata de un mecanismo que permite el cumplimiento de la pena privativa de la libertad extra muros.

Marco normativo: La prisión domiciliaria como mecanismo sustitutivo de la prisión se encuentra regulada en el artículo 38 del Código Penal, Ley 599 de 2000, donde se señala: Artículo 38. Modificado por la Ley 1709 de 2014, artículo 22. *“La prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión. La prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión consistirá en la privación de la libertad en el lugar de residencia o morada del condenado o en el lugar que el Juez determine. El sustituto podrá ser solicitado por el condenado independientemente de que se encuentre con orden de captura o privado de su libertad, salvo cuando la persona haya evadido voluntariamente la acción de la justicia. Parágrafo. La detención preventiva puede ser sustituida por la detención en el lugar de residencia en los mismos casos en los que procede la prisión domiciliaria. En estos casos se aplicará el mismo régimen previsto para este mecanismo sustitutivo de la prisión”.*

Requisitos y causales de exclusión De acuerdo con el artículo 38 B del Código Penal, se debe tener en cuenta que:

- La prisión domiciliaria se concede sólo para los delitos que, de acuerdo con el Código Penal, tienen establecida una pena mínima de ocho años o menos.
- No puede concederse si quien fue condenado cometió alguno de los delitos señalados en el inciso segundo del artículo 68-A del Código Penal.
- Es preciso demostrar que el condenado tiene arraigo social y familiar.

Es necesario cumplir las condiciones de seguridad que impone el juez en su sentencia, además de las condiciones establecidas en los reglamentos del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) para ello.

Hay que comparecer ante la autoridad judicial cuando sea requerido.

Cuando sea autorizado el mecanismo, se debe permitir la entrada de los funcionarios encargados de la vigilancia del cumplimiento de las condiciones de la prisión domiciliaria.

Ejecución y redención de pena de la medida de prisión domiciliaria Según lo dispuesto en el primer inciso del Art. 38D.- adicionado. Ley 1709 de 2014, art. 25., la prisión domiciliaria se cumplirá en el lugar de residencia del condenado excepto cuando pertenece al grupo familiar de la víctima.

De la misma, el mencionado artículo en el inciso tercero, autoriza al condenado a trabajar y estudiar fuera de la residencia, sin embargo en este caso se controlará por medio de Vigilancia Electrónica:

La medida de prisión domiciliaria puede ser redimida por trabajo o educación, según lo dispuesto en el Art. 38E.- adicionado. Ley 1709 de 2014, art. 26.

Las personas sometidas a prisión domiciliaria tendrán las mismas garantías de trabajo y educación que las personas privadas de la libertad en centro de reclusión.

Vigilancia electrónica

El Sistema de Vigilancia Electrónica fue introducido a la legislación interna por la Ley 1142 de 2007 como mecanismo de control, acompañamiento, vigilancia y ejecución de la medida de aseguramiento y de la prisión domiciliaria, así como un mecanismo independiente de sustitución de la pena privativa de la libertad. Jurisprudencialmente, es importante tener en cuenta:

El artículo 26 de la ley 1121 de 2006, resuelto en la sentencia C-073 de 2010 en la que se declaró su exequibilidad, y en la que, respecto del derecho de igualdad, expresó:

“Como se ha explicado, de manera reiterada, la Corte ha considerado que el legislador puede limitar la concesión de beneficios penales, en función de la gravedad de las conductas delictivas que busca combatir. De allí que se hayan declaradas ajustadas a la Constitución diversas medidas encaminadas a endurecer el sistema procesal penal, muy semejantes, por lo demás, a las establecidas en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006. (...)

“Así mismo, la Corte ha estimado que la exclusión de beneficios y subrogados penales en materia de terrorismo, no sólo no desconoce el derecho a la igualdad, sino que se inscribe en el cumplimiento de obligaciones internacionales que Colombia ha adquirido con otros Estados.”

“Aunado a lo anterior, es preciso señalar que, frente a delitos calificados como internacionales, el legislador ha limitado la aplicación de beneficios penales.”

IMPROCEDENCIA DE LOS SUBROGADOS PENALES

Existen limitantes a la aplicación de los beneficios penales. Como se indicó, en otras ocasiones el legislador ha limitado igualmente el reconocimiento de beneficios penales para los casos de delitos que considera particularmente graves en función, por ejemplo, de la calidad de la víctima. Tal es caso del ARTÍCULO 199 DEL CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA que dispone lo siguiente:

*ARTÍCULO 199. Cuando se trate de los **delitos de homicidio o lesiones personales** bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o **secuestro**, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes reglas:*

*1. Si hubiere mérito para proferir medida de aseguramiento en los casos del artículo 306 de la Ley 906 de 2004, esta **consistirá siempre en detención en***

establecimiento de reclusión. No serán aplicables en estos delitos las medidas no privativas de la libertad previstas en los artículos 307, literal b), y 315 de la Ley 906 de 2004.

2. No se otorgará el beneficio de sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención en el lugar de residencia, previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004.

3. No procederá la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad previsto en el artículo 324, numeral 8, de la Ley 906 de 2004 para los casos de reparación integral de los perjuicios.

4. No procederá el subrogado penal de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, contemplado en el artículo 63 del Código Penal.

5. No procederá el subrogado penal de Libertad Condicional, previsto en el artículo 64 del Código Penal.

6. En ningún caso el juez de ejecución de penas concederá el beneficio de sustitución de la ejecución de la pena, previsto en el artículo 461 de la Ley 906 de 2004.

7. No procederán las rebajas de pena con base en los “preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado”, previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004.

8. Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva. (...)

Respecto a algunas de las anteriores restricciones, la Corte en sentencia C- 738 de 2008, las consideró **ajustadas a la Constitución**, por las siguientes razones:

“Por demás, ninguna presentación tendría el precedente sentado por quien siendo procesado por un delito de esta gravedad pudiera dar por terminada la acción penal mediante el pago de los perjuicios ocasionados. El mensaje social que transmitiría una permisión en este sentido es que los derechos de los niños pueden ser agredidos impunemente con la condición de que se indemnicen los daños causados. Esta conclusión inaceptable en el régimen jurídico conduce a la convicción inequívoca de que la prohibición de aplicar el principio de oportunidad en estas circunstancias no contradice la Constitución.

(...) ‘De conformidad con las consideraciones aquí consignadas, para esta Corporación el numeral 3º del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 no es violatorio

del artículo 250 constitucional, como tampoco el artículo 93 de la Constitución que integra al bloque de constitucionalidad los derechos de los menores de edad.”