

**La influencia del derecho penal de enemigo en el sistema penal acusatorio colombiano de
cara a los derechos de las víctimas.**

Paola Marcela Silva Pérez, Laura Jimena Díaz García

Trabajo de grado para optar por el título de abogadas

Director

Cristian Gómez Navarro

Especialista en Derecho Constitucional

Universidad Industrial de Santander

Facultad de Ciencias Humanas

Escuela de Derecho y Ciencia Política

Bucaramanga

2018

Tabla de contenido

	Pág.
1. Objetivos	16
1.1 Objetivo General	16
1.2 Objetivos Específicos	16
2. Derecho penal del enemigo y el Sistema Procesal Penal Colombiano	17
2.1 La doctrina del derecho penal del enemigo	17
2.1.1 El funcionalismo y el fin de la pena.	23
2.1.2 Bases filosóficas del derecho penal del enemigo	29
2.1.3 Elementos inherentes del derecho penal del enemigo.	34
2.1.4 El derecho penal del enemigo y los estados sociales de derecho.	48
2.2 El sistema penal acusatorio en Colombia	55
2.2.1 Elementos doctrinarios del proceso penal.	61
2.2.2 Estructura dialéctica- formal del proceso penal en Colombia.	73
2.2.3 Modificaciones al sistema procesal penal ley 906 del 2.004	80
2.3 Derecho penal del enemigo en el sistema procesal colombiano	93
2.3.1 Aspectos Generales.	105
2.3.2 Aspecto específico: Medidas de aseguramiento como elemento autentico del D.P.E.	113
3.2.2 Medida idónea.	127
3. Las víctimas de los delitos y sus derechos	133
3.1 La víctima y el Derecho Penal	133
3.2 Definición de víctima del delito y su desarrollo	136
3.3 Antecedentes de la participación de las víctimas en el proceso penal colombiano	141
3.4 Derechos de las víctimas	145
3.5 Derechos de las víctimas en Colombia.	148
3.6 Medidas de aseguramiento y derecho a la justicia de las víctimas	164
4. Conclusiones	168
Referencias Bibliográficas	172

Lista de tablas

Tabla 1. Comparativo escuelas Derecho Penal	24
Tabla 2. Comparación entre sistemas procesales	58
Tabla 3. Estructura formal del proceso -fases-	73

Lista de Figuras

	Pág.
Figura 1. Derecho Penal de Enemigo y ciudadano.	51
Figura 2. Peligrosidad	117

Lista de Apéndices

	Pág.
Apéndice A. Medidas de Derecho Penal de Enemigo	178

Abreviaturas

1. Derecho Penal del Enemigo (DPE)
2. Sistema Penal Acusatorio (SPA)
3. Comisión de Política Criminal (CPA)
4. Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)
5. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)
6. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)
7. Código de Procedimiento Penal (CPP)

Resumen

TITULO: LA INFLUENCIA DEL DERECHO PENAL DE ENEMIGO EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO DE CARA AL DERECHO DE LAS VÍCTIMAS *

AUTOR: PAOLA MARCELA SILVA PÉREZ; LAURA JIMENA DÍAZ GARCÍA**

PALABRAS CLAVE: DERECHO PENAL DEL ENEMIGO, SISTEMA PENAL ACUSATORIO, DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS, JUSTICIA.

DESCRIPCIÓN: El desarrollo del derecho penal del enemigo en el actual sistema procesal colombiano suscita una contradicción sustancial en tanto el primero en el ámbito procesal pretende flexibilizar garantías del procesado, mientras que el segundo como nuevo paradigma pretende proteger al procesado de tendencias arbitrarias que contradigan el estado social de derecho colombiano, dejando en confusión la situación legítima y legal de medidas que se enmarquen dentro del derecho penal del enemigo como la medida de aseguramiento, identificada como medida auténtica del Derecho Penal de Enemigo que en efecto flexibiliza principios base del Sistema Penal Acusatorio y del estado social de derecho. Así pues, es menester analizar de qué manera se ha posibilitado la existencia de esta medida en nuestro país especialmente bajo los derechos de las víctimas que se instituyen como permisivos pero al mismo tiempo como limitantes. Esto en el entendido que las víctimas del delito poseen tres derechos sustanciales, la verdad, justicia y reparación, siendo el derecho a la justicia indispensable para lograr la materialización de los otros dos. Dentro del derecho a la justicia, las víctimas cuentan con el derecho a la protección el cual es tomado por el Sistema Penal Acusatorio como una justificación de las medidas de aseguramiento, tal cual se establece en la causal segunda del artículo 308 –trescientos ocho- del código de procedimiento penal colombiano. Si bien existen diferencias sustanciales entre las medidas de protección y las medidas de aseguramiento parece que esta última bajo la protección de las víctimas pretende realizar una flexibilización de principios como la libertad personal, presunción de inocencia e indubio pro reo que vale la pena analizar pues se encontraría un choque entre las garantías del procesado y los derechos de las víctimas.

* Trabajo de grado.

** Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y Ciencias Políticas. Director: Cristian Hernán Gómez Navarro, Abogado especialista en Derecho Constitucional.

Abstract**TITTLE:**

THE INFLUENCE OF THE CRIMINAL LAW OF AN ENEMY IN
THE COLOMBIAN ACADEMIC CRIMINAL SYSTEM FACING
THE RIGHTS OF VICTIMS [□].

AUTHOR:

PAOLA MARCELA SILVA PÉREZ; LAURA JIMENA DÍAZ
GARCÍA ^{□□}

KEYWORDS:

PENAL RIGHT OF THE ENEMY, ACCUSATORY CRIMINAL
SYSTEM, RIGHTS OF VICTIMS, JUSTICE, TRUTH AND
REPARATION

DESCRIPTION: The development of the criminal law of the enemy in Colombian procedural system raises a substantial contradiction because the first one in the procedural area seeks to make more supple process guarantees, while the second as a new paradigm seeks to protect the processing of arbitrary trends that contradict the Colombian social and law state, leaving in confusion the legitimate and legal situation of measures that are framed within the criminal law of the enemy as the insurance measure identified as an authentic measure of the Criminal Law of Enemy that in effect seeks basic principles of the Accusatory Penal System and the state legal and social. it's necessary to analyze how the existence of this measure has been made possible in our country, especially under the victims rights that are established as permissive but at the same time as limiting, this because the victims of crime have three substantial rights: truth, justice and reparation, the right to justice is essential to achieve the materialization of the other two. Within the right to justice, victims have the right to protection, this is taken by the Accusatory Criminal System as a justification of the assurance measures, as established in the second causal of article 308 - three hundred eight - of the Colombian criminal procedure code. Although there are substantial differences between the protection measures and the assurance measures, it seems that the insurance measures under the protection of the victims intends to make a flexibilization of principles such as personal liberty, presumption of innocence and indubio pro reo, that is worth analyzing, as a clash would be found between the guarantees of the defendant and the rights of the victim.

[□] Bachelor Thesis

^{□□} Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y Ciencias Políticas. Director: Cristian Hernán Gómez Navarro, Abogado especialista en Derecho Constitucional.

Introducción

El derecho penal no tiene la competencia ni la capacidad para exterminar de manera absoluta la criminalidad de las sociedades, por el contrario ha sido una herramienta que ha defraudado la mayoría de sus históricos propósitos de incidencia, así podrá referirse que inicialmente el derecho punitivo como poder de las estructuras o grupos que ostentaban el poder, se erigió como herramienta retributiva que buscaba la afectación irracional del sujeto delincuente y transgresor de las disposiciones hegemónicas; posteriormente con las nuevas concepciones filosóficas antropocentristas y las tendencias humanísticas sobre el valor del ser humano y la dignidad como inherente a este, además de los cambios políticos globalizados sobre la revoluciones burguesas y el nacimiento de los derechos humanos, fue lógico un cambio teleológico del derecho penal que se erigió ya no como instrumento de retribución sino como un instrumento del Estado para la garantía de derechos y de verdadera incidencia dentro de la sociedad.

Así, el derecho punitivo se pensó en procura de la prevención del crimen, tanto de una manera coactiva del sujeto como de una manera ejemplarizante, surgiendo las teorías de la prevención negativa y positiva, respectivamente, que a la par desarrollaban debates sobre la influencia especial respecto del sujeto infractor, como la influencia general respecto de la sociedad misma, generando una incidencia sobre aquel defraudador de las normas y por ende de las expectativas sociales surgidas del contrato social.

Muy a pesar de los contenidos filosóficos que hacían posible mutar el fin del derecho punitivo de retributivo a un derecho de prevención y resocialización, el derecho penal sirvió en la praxis del siglo XX como una herramienta del Estado para vulnerar derechos y proteger exclusivamente al aparato estatal, no en su conceptualización social de “el Estado somos todos”, sino en su concepción de estructura material e ideológica; bien pueden referenciarse las guerras mundiales y específicamente la segunda guerra mundial con la experiencia alemana donde el derecho y en especial el derecho procesal penal se puso al servicio de la violación de derechos y garantías en procura del mantenimiento del estado nacionalsocialista.

Ahora bien, surgidas las consecuencias de las guerras mundiales y la preocupación global por la protección del ser humano se generaron principios universales que en la actualidad se presentan en convenios y tratados de carácter internacional, pero además en Colombia se encuentran en la constitución política de 1991 que realizó un reconocimiento de derechos fundamentales que en términos kelsenianos hacen parte de la norma de normas, que deberá guiar la sustancia del derecho plasmada tanto en los códigos como el jurisprudencia. Así, Colombia inicio un recorrido de modificación de su sistema penal, especialmente desde el año 2.000 donde se empiezan a modificar tanto el código penal como el código de procedimiento penal en un fenómeno caracterizado como la “constitucionalización del derecho penal”. En este sentido se adoptó un posterior objetivo del derecho penal que esta vez realzaba el papel de las víctimas de los delitos apostándoles a la justicia restaurativa. Así surge el acto legislativo 003 del 2002 y la posterior reforma del sistema con la inclusión de la tendencia acusatoria.

En ese marco histórico sobre los fines del derecho punitivo y la evolución jurídico política del derecho penal en nuestro país, se presentaron diversas teorías de la pena y el sistema, dentro de la cuales se ubica el pensamiento de Jakobs, denominado “derecho penal del enemigo” y caracterizado

como una propuesta normativista de dicotomización de los supeditados al derecho, así como de restricción de garantías; tendencia que a primera vista se erige como totalmente contraria a los Estados sociales de derecho pero que ha optado por la flexibilización de sus bases teóricas para poder adaptarse a las nuevas apuestas de estos Estados.

En este pensamiento y su desarrollo cabe resaltar la política criminal que se erige como la propuesta de lucha contra la criminalidad, guía y derrotero de los tratos específicos de los delitos dentro de los Estados que en Colombia planteamos como una política difusa, que en términos del pensamiento teleológico-valorativo de Roxín debe ser lo suficientemente clara pero además contar con un componente interdisciplinar, posición que se ha asumido por la Corte Constitucional en Colombia, pero en Jakobs, desde su funcionalismo radical, es prácticamente ignorada.

Es así que el análisis del DPE en el marco de las reformas penales, especialmente procesal penal con el nuevo sistema penal acusatorio no es un análisis que pueda detallarse a primera vista, pues la contradicción entre la base teórica del pensamiento de Jakobs y el contenido y propósitos de los nuevos sistemas penales es de obvia referencia. Sin embargo, se ha visto que es posible la restricción de garantías bajo unos parámetros específicos denominados por la Corte Constitucional colombiana como “fines legítimos”.

Mencionados fines permiten la intromisión del DPE en el SPA afectando los derechos de los procesados, sin embargo también se erigen como limitante de esta teoría que en lo procesal podrían evitar una flexibilización de garantías en contravía de la dignidad humana de quien es sometido al proceso penal. Así mismo el desarrollo de los derechos de las víctimas hace parte del nuevo paradigma que pretende sustentar la existencia del derecho penal, y en ese sentido estos derechos se erigen como fines legítimos, siendo importante resolver el siguiente cuestionamiento: ¿El derecho a

la justicia de las víctimas como objetivo del estado es un fin legítimo para la medida de aseguramiento como medidas auténticas del D.P.E presente en el sistema penal acusatorio?

Para responder a dicho cuestionamiento se desarrollarán tres partes específicas: referente a identificar el pensamiento de Jakobs y su influencia en el SPA; posteriormente caracterizar los derechos de las víctima especialmente el derecho a la justicia – medidas de protección-, y cómo se han desarrollado en el marco del SPA para finalmente identificar si representan un fin legítimo o no en el marco de medidas del D.P.E en el proceso penal.

A su vez, es menester dejar en claro que el presente trabajo es un análisis, mas no una propuesta sobre el funcionamiento del derecho procesal penal, pues esto último requeriría algunas condiciones para el diagnóstico, investigación y propuesta del sistema que, como se desarrollará en el transcurso del texto, es imposible en tanto no existen medios y métodos veraces, científicos, completos, sobre muestras representativas e interdisciplinarias para realizar tales ejercicios en el país. Ahora bien, lo que sí puede comprometerse el siguiente texto es en identificar la influencia del DPE en el SPA específicamente frente a la medida de aseguramiento; igualmente el desarrollo de la víctima en el actual sistema penal acusatorio, y el derecho a la justicia que les asiste como delimitador en específico respecto de la medida de aseguramiento.

1. Objetivos

1.1 Objetivo General

Analizar si el derecho a la justicia que les asiste a las víctimas se erige como un fin legítimo que permite regular y confinar la medida de aseguramiento cómo muestra autentica de la doctrina del Derecho Penal de enemigo en el sistema penal acusatorio colombiano.

1.2 Objetivos Específicos

1. Determinar el derecho penal del enemigo y su influencia en el sistema penal colombiano.
2. Establecer los derechos de las víctimas de delitos en el proceso penal colombiano.
3. Determinar la legitimidad de la regulación y delimitación del derecho penal de enemigo en el sistema penal acusatorio colombiano respecto de la medida de aseguramiento privativa de la libertad desde el derecho de justicia de las víctimas.

2. Derecho penal del enemigo y el Sistema Procesal Penal Colombiano

2.1 La doctrina del derecho penal del enemigo

“El enemigo tiene menos derechos”

Gunther Jakobs

El derecho penal del enemigo surge a finales del siglo XX bajo con la propuesta de Gunter Jakobs, quien acuñó este concepto en un análisis de las leyes del código alemán de su época. Sus bases filosóficas y políticas se encuentran desde la filosofía clásica, pasando por los contractualistas y, en el siglo XX, con el pensamiento de Carl Schmitt y Edmund Mezger en el periodo nacional socialista, en Alemania, llegando a en 1985 a Jakobs y actualmente a pupilos como el profesor Miguel Polanio Orts. Aunque el derecho penal del enemigo se planteó en un inicio como mera descripción hay quienes afirman que mutó en una propuesta de derecho penal especialmente frente a los grandes crímenes que manifiesten una voluntad contraria y contestataria a la del Estado. (Abanto Vásquez, 2.006).

“El enemigo tiene menos derechos”, afirmó Jakobs; respecto a esto sus defensores lo plantean como una estrategia seria de derecho en función de la política criminal que logre enfrentar la criminalidad y en especial la gran criminalidad, mientras que sus detractores manifiestan el peligro de esta afirmación en el sentido de despersonalizar al ciudadano de sus derechos, que hoy entendemos son inherentes a cada ser humano.

Este pensamiento se basa, en gran parte, en que la sociedad de hoy es una sociedad de riesgo¹ que ha implicado o justificado el expansionismo del derecho penal como garantía de protección de los ciudadanos. Bajo los nacientes riesgos en las sociedades modernas es que se basa la atención del derecho penal en controlar al sujeto que implique peligro (Abanto Vásquez, 2006) ya no solo cuando haya contrariado el orden jurídico vigente, sino cuando represente un riesgo, es decir, se habla de un escenario en el que el bien jurídico protegido ni siquiera haya sido afectado, ni se encuentre la conducta en fase de ejecución para afectarlo.

Frente a su evolución, el derecho penal del enemigo cuenta con dos fases bien definidas, la primera correspondiente a su surgimiento a finales del siglo XX cuando se planteaba como una descripción tocando como temas los delitos de riesgo² y los delitos cometidos dentro de la actividad económica; la segunda fase es en la cual se agudiza el concepto de “enemigo” pasando de ser una mera descripción del derecho penal en Alemania a una propuesta sobre el deber ser de la pena y el sistema penal.

Frente a su campo de acción, se tienen tres contextos definidos en los cuales puede desarrollarse dicho pensamiento, a saber:

1. Sobre la dogmática penal: correspondiente al aumento de los tipos penales y punibilidad.

¹ A partir de los cambios económicos, sociales, culturales y hasta tecnológicos se ha complejizado la vida en sociedad, sobre todo la de las sociedades occidentales, como quiera que se han generado peligros adicionales, catalogando a nuestra sociedad como una sociedad de riesgo. El sociólogo Ulrich Beck ha convertido el tema del riesgo en un concepto central para la sociología asegurando que a partir de la época de la industrialización se ha complejizado la vida en sociedad y que las sociedades actuales no se determinan por la distribución de la riqueza, sino por la distribución de los riesgos. Los fenómenos que generan riesgo, a su vez deben generar contingencias que puedan hacerle frente a estos, el derecho penal se ha catalogado como una de las formas de contingencia de los mencionados riesgos, configurándose como parte fundamental en la política criminal de las sociedades modernas.

² Para aclarar los delitos de peligro se deberán tener en cuenta que existen: primero, delitos de resultados que generan una afectación material al bien jurídico; segundo, delitos de conducta que se efectúan con la mera conducta del sujeto y, tercero, delitos de peligro que no requieren un afectación material o lesión sobre el objeto de conducta, bastaría con ponerlo en peligro ya sea concreto, es decir un peligro objetivo u abstracto en el cual el legislador ha presumido el peligro a través de conocimientos científicos, estadísticos, de experiencia en justicia.

2. Sobre la dogmática Procesal Penal: correspondiente a la disminución o flexibilización de garantías del procesado en el proceso.
3. Sobre el régimen carcelario: correspondiente a un trato diferenciador de manera negativa.

Los anteriores campos de acción y la manera en cómo acogen el derecho penal del enemigo responden igualmente a lo definido como “populismo punitivo”³, que en parte pretende mejorar la concepción de seguridad de los ciudadanos y prevenirlos de cometer ciertos delitos, sin tener en cuenta la eficacia material de esto.

Así mismo este pensamiento deberá referenciarse en lo descrito por Jesús María Silva Sánchez (2001) como las velocidades del derecho, al respecto este autor:

Una primera velocidad, representada por el Derecho penal «de la cárcel», en el que habrían de mantenerse rígidamente los principios político-criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales; y una segunda velocidad, para los casos en que, por no tratarse ya de la cárcel, sino de penas de privación de derechos o pecuniarias, aquellos principios y reglas podrían experimentar una flexibilización proporcionada a la menor intensidad de la sanción. La pregunta que hay que plantear, en fin, es la de si puede admitirse una «tercera velocidad» del Derecho penal, en la que el Derecho Penal de la cárcel concurra con una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales. (pág. 163)

Así pues, las velocidades del Derecho Penal frente a las garantías del proceso no desechan la flexibilización de las mismas, pues esta situación se supedita a la intensidad de la sanción , si es de

³ Referido a la inflación respecto de los tipos penales y las penas aplicables, sin tener en cuenta lineamientos generales de política criminal. Por lo general se utiliza por los gobiernos en procura de mayor aceptación de los pobladores, prometiendo que dichas medidas serán la solución al flagelo de la criminalidad.

cárcel o privativa de la libertad o si por el contrario es pecuniaria o de privación de derechos, sin embargo la incógnita sobre una tercera velocidad en donde concurra lo más riguroso tanto de la sanción como de la flexibilización de garantías procesales representa un escenario desfavorable para aquel que se someta al Derecho Penal, pues sería un verdadero ejercicio de sometimiento para aquellos que de manera duradera y no solo incidental ha defraudado la expectativa social que supone la norma, al respecto Jesús María Silva Sánchez (2001) menciona al Derecho Penal del enemigo como un derecho de tercera velocidad en los siguientes términos:

(...) Guarda una estrecha relación con el denominado, desde la difusión de esta terminología por JAKOBS, «Derecho penal del enemigo» (Feindstrafrecht), que se contrapone al de los ciudadanos (Bürgerstrafrecht). Si nos atenemos a la definición de este autor, el enemigo es un individuo que, mediante su comportamiento, su ocupación profesional o, principalmente, mediante su vinculación a una organización, ha abandonado el Derecho de modo supuestamente duradero y no sólo de manera incidental. En todo caso, es alguien que no garantiza la mínima seguridad cognitiva de su comportamiento personal y manifiesta este déficit a través de su conducta. Las características del Derecho penal de enemigos serían entonces, siempre según JAKOBS, la amplia anticipación de la protección penal, esto es, el cambio de perspectiva del hecho pasado a uno venidero; la ausencia de una reducción de pena correspondiente a tal anticipación; el tránsito de la legislación jurídico-penal a la legislación de lucha; y el socavamiento de garantías procesales (pág.

164)

Este mismo autor plantea entonces sobre el derecho penal del enemigo si este sigue siendo derecho ó si se encuentra como un “no derecho”, pues podría entenderse esta tercera velocidad como una reacción de defensa de facto frente a los sujetos caracterizados como enemigos.

Antes de dar paso a la construcción filosófica y el detalle de Derecho Penal del enemigo valdría la pena clarificar el derecho como guerra tomado por Silva Sánchez (2001) como: “«Derecho de guerra» en el que la sociedad, ante la gravedad de la situación excepcional de conflicto, renuncia de modo cualificado a soportar los costes de la libertad de acción” (pág. 166).

Como aporte introductorio frente a las características del Derecho Penal del enemigo se deberá tener en cuenta los elementos asignados por Jakobs en su conferencia de 1999 (Como se cito en Muñoz Conde, 2018):

1. Aumento de la gravedad de las penas más allá de la idea de proporcionalidad, aplicando incluso «penas draconianas».
2. Abolición o reducción a un mínimo de las garantías procesales del imputado, como el derecho al debido proceso, a no declarar contra sí mismo, a la asistencia de letrado, etc.
3. Criminalización de conductas que realmente no suponen un verdadero peligro para bienes jurídicos concretos, adelantando la intervención del Derecho Penal, aún antes de que la conducta llegue al estadio de ejecución de un delito.

A mencionados elementos el Profesor Francisco Muñoz Conde (2001) realiza la siguiente reflexión sobre el alcance en los términos ya mencionados del derecho penal del enemigo:

1. Aplicar penas más allá de la idea de proporcionalidad, incluso «penas draconianas», puede significar, si se toman las palabras de JAKOBS al pie de la letra, aplicar penas de prisión de larga duración, incluso la pena de prisión perpetua o la de muerte, a hechos de escasa gravedad, o por lo menos no tan graves como para justificar la imposición de penas tan graves.
2. Abolir o reducir los derechos fundamentales del imputado en el proceso penal puede significar, por ejemplo, admitir que éste no tenga derecho al debido proceso o a la asistencia de abogado, o también la admisión de pruebas conseguidas ilegalmente, incluso con el empleo de tortura, derogar la competencia del Juez natural y crear Tribunales

especiales, excepcionales o militares, permitir que las autoridades políticas o administrativas, sin intervención judicial, puedan decretar el internamiento o el arresto por tiempo indefinido de personas meramente sospechosas, etc. 3. Criminalizar conductas que no suponen un verdadero peligro para bienes jurídicos y adelantar la intervención del Derecho penal a este tipo de conductas, puede suponer penalizar simples manifestaciones ideológicas, producto del derecho a la libertad de expresión, convirtiendo en delito hechos como mostrar simpatía públicamente hacia ciertas ideologías, sobre todo si éstas coinciden con las que defienden los grupos radicales terroristas, aunque los que muestren esa afinidad o simpatía ideológica no defiendan el empleo de la violencia para alcanzarlas, o incluso escribir un artículo a favor de estas ideas, o defenderlas en el curso de una conferencia como ésta, etc. (pág. 94)

Ahora bien, la definición y entendimiento de teorías o doctrinas dentro de cualquier área del conocimiento, incluida el derecho, debe abarcar tanto lo general como lo particular, iniciando por los antecedentes y continuando con el desarrollo que ha llegado a desembocar en lo que en la actualidad es determinada teoría. El derecho Penal del enemigo no es ajeno a estas reglas, máxime cuando sus inicios fueron desde 1985 presentándose de una manera escandalosa en el mundo del derecho y fueron mutando hasta llegar, en las sociedades democráticas, a tener que adaptarse o tratar de hacerlo, a lo que corresponde a Estados sociales de derecho. Es así que este esfuerzo por recopilar que se define como “Derecho Penal del enemigo” iniciará de manera general explicando lo relativo al funcionalismo y el fin de la pena por ser esto un marco general, pasando por la construcción de la base filosófica de esta teoría especialmente frente a la construcción del “enemigo” o la “no persona”, construyendo un marco específico con la definición de los elementos inherentes y característicos de este pensamiento en lo procesal, y finalizando por analizar esta teoría y su cabida dentro de los Estados Sociales de Derecho.

2.1.1 El funcionalismo y el fin de la pena.

La dicotomía entre la utilidad o necesidad de los métodos y los medios de intervención estatal ha marcado la discusión frente al Derecho y especialmente al Derecho Penal. ¿Qué es lo útil y qué es lo necesario? ¿Lo ideal es que algo sea útil o sea necesario?, estos cuestionamientos se plantearon desde la filosofía del derecho y el estudio del derecho penal y sus respuestas desembocaron en diversos fines adjudicados a la pena a lo largo del tiempo.

Es así que la pena ha asumido modestos fines retributivos -la hostil y cruenta ley del talión- que responden más a su necesidad que a su utilidad; también fines de prevención y de resocialización, como los presentes en las teorías de la prevención general y prevención especial enfocados más a su utilidad que a su necesidad; incluso fines superfluos que catalogan a la pena tanto innecesaria como inútil, por ejemplo, desde las teorías abolicionistas de Emile de Girardin, o Nils Christie.

Mencionados cuestionamientos sobre los fines de la pena que inciden inevitablemente en la teoría del delito y en general en el derecho punitivo, dieron paso a las escuelas del Derecho Penal, que hoy influyen la dogmática en las civilizaciones del mundo. Lo anterior teniendo claro que los Estados actuales, incluido el colombiano, presentan incluso una mezcla de los contenidos planteados por aludidas escuelas en su codificación penal.

Entrando en materia, tenemos al funcionalismo como una corriente desarrollada a mediados del siglo XX que logra calar en diferentes ámbitos del saber, como la psicología, la sociología, la política, antropología e incluso el derecho, pretendiendo realizar un análisis desde las estructuras sociales, más allá de los componentes históricos, geográficos y temporales (Ballesteros, 2007). (Ballesteros, 2007)

El funcionalismo, como escuela del derecho planteó su diferencia fundamental respecto del esquema del delito en el avance de valoración del hecho, es decir, en la comparación del hecho con la norma, es así que se replanteó lo trazado de manera primigenia por escuelas anteriores respecto a la discusión de la ubicación del dolo y la culpa en la tipicidad o culpabilidad y el componente objetivo y subjetivo en las diferentes categorías dogmáticas. Tal vez uno de sus más trascendentales aportes con respecto a la teoría del delito se encuentra en la imputación objetiva

-Jakobs- que fundamenta el juicio de imputación en la delimitación de ámbitos de competencia; (Lynett, 2.003). Así, por ejemplo, yo respondo respecto de un hecho según mis competencias deberes- que surgen de mi rol en la sociedad, de lo anterior surge la relevancia de la posición de garante más allá de la discusión si el hecho era evitable o cognoscible. Igualmente, la imputación objetiva se refiere a la creación de un riesgo no permitido.

Además del esquema del delito planteado por el funcionalismo, que podría resumirse en el siguiente recuadro en comparación con previas escuelas del derecho penal, es importante destacar la base de su argumentación, situada en la finalidad de la pena y del derecho penal.

Tabla 1. Comparativo escuelas Derecho Penal

CLASICA	NEOKANTIA	FINALIST	FUNCIONALIST
	NA	A	A
Concepto causal o natural de la acción.	Supera el naturalismo y transita hacia el valorativismo.	La acción es final (importancia de la intención).	Valorativismo o normativismo del injusto penal.
Que la acción pueda relacionarse	Parte positiva: Desvalor de resultado.	Objetivo: desvalor de resultado.	Objetivo: imputación objetiva.

4	T “causalmente” con el presupuesto de hecho normativo.		Subjetiva: Desvalor de acción: dolo y culpa.	Fin de protección de la norma- Subjetivo: Dolo y culpa.
5	A ausencia de causales de justificación.	Es objetiva y formal: Parte negativa: Causales de justificación.	Ausencia de causales de justificación.	Causales ausencia de responsabilidad Elementos negativos del tipo.
6	C dolo y la imprudencia o culpa.	Es subjetiva. Ubica acá el Dolo: Dolus malus. Imprudencia culpa.	Imputables e inimputable. Dolo: conocimiento antijuridicidad. Exigibilidad.	Prevención general positiva.

Nota: Información tomada de la cátedra del profesor Fernando Miro Linares (2014). Derecho penal. Teoría del delito. Obtenido de Universitas Miguel Hernandez Departamento: Ciencias jurídicas. De: <https://www.youtube.com/watch?v=2nq66Lnxu4>.

Lo anterior, sin dejar de mencionar que esta corriente no se desarrolla a partir de la perspectiva de un autor, sino por el contrario cuenta con variados doctrinantes, que enriquecen la teoría; razón

⁴ Categoría dogmática del delito: Tipicidad.

⁵ Categoría dogmática del delito: Antijuridicidad.

⁶ Categoría dogmática del delito: Culpabilidad.

por la cual se podría hablar de un funcionalismo moderado por ejemplo con los planteamientos de Claus Roxin, y un funcionalismo radical con los planteamientos de Gunter Jakobs, sin dejar al margen la autoridad en esta materia de filósofos y doctrinantes del derecho como Hegel, Kant y Luhmann.

Roxin (1997) afirmó:

El ordenamiento jurídico no solo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido, ni a merced de una intervención arbitraria excesiva del estado Leviatan. (pág. 137)

Con esto se percibe la preocupación de Roxin sobre las posibles medidas excesivas y de transgresión de los hombres que puede llegar a tener el derecho punitivo como destacamento del Estado, por lo cual deberá preexistir una limitación. Esta premisa limitante del poder punitivo se traduce en el pensamiento de Roxin respecto de los bienes jurídicos protegidos.

Por otro lado, Jakobs (1996) creía en la imposibilidad de desligar al derecho penal de la sociedad, presentando a esta como la base de aquel; en ese sentido manifestó: “Que la pena máxima se imponga por brujería, por contar chistes sobre el Führer o por asesinato, caracteriza a ambos, al Derecho penal y a la sociedad.” (pág. 22). En esta línea refirió los roles sociales que conformaban la sociedad y que generaban las “expectativas sociales” reafirmadas exclusivamente por el derecho penal, es decir la pena.

Este autor retoma las bases propuestas con anterioridad por Hegel⁷ en el sentido del derecho como la negación de una negación. Así, existen en el mundo dos voluntades, por un lado la voluntad general y por otro la voluntad particular, cuando la voluntad particular contradice la voluntad general se genera la primera negación, y cuando la voluntad general, representada en Jakobs como la norma en un contexto de roles, niega esa voluntad particular a partir de la pena se presenta la segunda negación, en este sentido se entiende el derecho, que como se va a explicar más adelante, no solo con un sentido normativo sino también dialéctico.

¿Qué es la norma y cuál es su relación con la pena? La escuela funcionalista desde el pensamiento de Jakobs tiene resulta estas cuestiones en los siguientes términos:

- Frente a la norma: es una estructura social que se transmite por comunicación, en la cual cuenta no solamente la perspectiva del sujeto que actúa, sino también de manera general, de los demás miembros de la sociedad (Lynett, 2003). En ese sentido la norma como estructura social responde a un contexto; posición contraria a la planeada por Armin Kaufmann y la relación exclusiva entre el sujeto y la norma.⁸
- Frente a la pena: en el mismo sentido de la norma, la pena comunica, pues más allá de una lesión de los bienes jurídicos protegidos o la situación valiosa, importa es la expectativa social, y lo comunicado por el comportamiento del hombre cuando se defrauda dicha expectativa. (Lynett, 2003).

De lo anterior, se inicia la construcción de los fines de la pena para el funcionalismo perspectiva de Jakobs- en términos de mantener la vigencia de la norma como negación de la defraudación del

⁷ Georg Wilhelm Friedrich Hegel. Filósofo alemán (1770-1831) ⁸

Teoría imperativa de la norma.

rol de un individuo y subsiguientemente la construcción de la teoría de la pena respecto a su necesidad o utilidad. Es así que Jakobs nos habla de la prevención general positiva que toma a la pena no como influencia pura al condenado, sino como influencia en la conciencia general.

La prevención general es la propuesta frente a los fines de la pena, que desde un inicio se ha manifestado, han evolucionado en cuanto a sus objetivos respecto del individuo y de la sociedad. Esta teoría no es otra cosa sino la justificación de la pena en términos de su efecto en la conciencia general, pues su utilidad se concreta en la “prevención” lograda solamente -en la teoría de la prevención negativa- con la coacción mental o intimidación del ciudadano y -en la teoría de la prevención positiva- con un efecto ejemplarizante y de disuasión que mantenga la vigencia de la norma. El mayor exponente de esta teoría es Paul Feuerbach⁸, quien se basa en la teoría de la coacción psicológica que se traduce en aquella influencia de la conciencia en términos de la comunidad general y no solo del individuo, para evitar la comisión de conductas contrarias al sistema jurídico. Sin embargo deberá tomarse en mayor consideración a Hans Welzel, iniciador de la teoría de la prevención positiva, quien manifestaba que más allá de la protección de los bienes individuales está el fin de asegurar la vigencia del sistema. Lo anterior concluiría la búsqueda del fin de la pena pues según la teoría de la prevención general, esta -la pena- estaría orientada a reafirmar lo inquebrantable del sistema de normas y en ese sentido a prevenir.

Concluyendo, el funcionalismo como escuela de derecho penal, intentó superar los problemas identificados en las escuelas anteriores, aportando un esquema del delito propio caracterizado por la teoría de la imputación objetiva que es una de las puertas de entrada del derecho penal del enemigo, entre otras cosas por la propuesta de verificar la acción como creadora de un peligro

⁸ Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach (1775-1833), filósofo alemán.

jurídicamente desaprobado, pero además aportó en términos de los fines de la pena generando un interés a la teoría de la prevención positiva; igualmente llamó la atención sobre la política criminal de los países y su influencia y correspondencia con el derecho penal material y el derecho procesal penal; sentadas las bases de esta escuela se pasará a analizar de manera crítica la propuesta o análisis de Jakobs sobre el derecho penal del enemigo y, posteriormente, su influencia en Colombia.

2.1.2 Bases filosóficas del derecho penal del enemigo

De las convenciones o acuerdos generados por los hombres para su convivencia surge el contrato social, en el cual el Estado se servirá organizar a los hombres y velar por sus libertades. Este planteamiento liberal clásico que inspiró levantamientos populares en épocas de acogimiento absoluto a formas de gobierno enteramente autoritarias, sirve también hoy como base del derecho penal del enemigo.

Lo anterior en el siguiente sentido, piénsese en una persona que comete un delito, es decir, y según lo ya expuesto respecto a la escuela funcionalista, una persona que infringe la expectativa social al robar o al matar; esta persona ha decidido desconocer e incumplir el contrato hecho en sociedad, lo que la deja fuera de esta; derivado de este ejemplo cabe preguntarse: ¿fuera del Estado, quién protegerá sus derechos y libertades, si bajo la noción liberal es este quien tiene ese deber? La incógnita planteada es retomada por Jakobs y utilizada en términos de la construcción del concepto de “enemigo”, pues finalmente este será quien haya decidido contradecir lo pactado y que ya se encuentra fuera del Estado.

Sin embargo, Rousseau⁹ no es, en absoluto, la única fuente filosófica del derecho penal del enemigo, ya que vemos a los representantes de la filosofía clásica sirviendo de base firme para el desarrollo de este pensamiento. Así, la concepción aristotélica del enemigo como aquel que no puede vivir en comunidad también sirve de base, o la perspectiva de Cicerón¹⁰ frente al bien social como limitante de derechos, en el siguiente sentido:

con tiranos no existe sociedad alguna, sino la más tajante de las separaciones y no es contrario a la naturaleza robar a quien resulta un honor matar. Toda esta estirpe que trae consigo la desgracia y sin Dios, debe ser excluida de la comunidad de los seres humanos, pues del mismo modo que hay algunos miembros que han de ser apuntados cuando ellos mismos pierden la sangre y en cierto sentido el aliento de la vida y perjudican a las demás partes del cuerpo, esta bestialización con forma humana y este horror de un cuerpo debe ser excluida de la común humanidad del cuerpo. (Como se cito en Kai Ambos, 2.006)

La anterior citación implica un confuso interés, pues ¿quién no se encuentra en desacuerdo con la tiranía? Aunque parte de premisas serias e incluso valoradas positivamente en la sociedad en contra de formas de gobierno tiránicas y arbitrarias, lo que se desprende del anterior fragmento también es una indudable repesaría que desembocaría en la exclusión; aunque quizás el *quid* del asunto esté en la interpretación de las postulaciones de estos filósofos, como se planteará más adelante.

⁹ Fue un escritor, pedagogo, filósofo, músico, botánico y naturalista (28 de junio de 1712- 2 de julio de 1778).

¹⁰ Fue jurista, político, filósofo, escritor y orador de roma (3 de enero de 106 a. C.- 7 de diciembre de 43 a. C.).

Lo anterior, sin dejar de lado la base más fuerte de fundamento del derecho penal del enemigo, es decir, el contractualismo, con autoridades como Locke, Hobbes y Rousseau, quienes plantean las consecuencias negativas fruto del rompimiento del contrato social; en ese sentido Rousseau sostiene: “En tanto que infringe sus leyes, deja de ser un miembro de esta y le hace la guerra (...) Al culpable se le deja morir más por enemigo que por ciudadano” . (Como se cito en Kai Ambos, 2.006)

Puede referenciarse a Hobbes como una base fundamental de la construcción filosófica del enemigo que vislumbra la actual concepción de este así, como lo menciona welzel, para Hobbes el derecho natural debe “constituir un orden verdadero en la tierra, que, al menos, asegure la existencia de todos” (Gracia Martín, 2005, pág. 15). Para Hobbes el estado natural había creado a los hombres iguales tanto por facultades del cuerpo como del alma, que paradójicamente se relacionaba con un estado de guerra que debiera solucionarse con el acuerdo general, normas de paz o control frente a ese estado natural , es decir , el estado de guerra (Gracia Martín, 2005)

Existen tanto leyes que prohíben como aquellas que castigan , esto dado a la propia naturaleza del hombre a errar y no cumplir lo que promete, así “hay que velar por la seguridad no con pactos sino con castigos” (Gracia Martín, 2005). Hobbes distinguía entre las leyes civiles o del estado y las leyes de la naturaleza , la primeras aplicables a los súbditos o ciudadanos y las segundas en tanto leyes de guerra a los enemigos , llegando a la definición de delitos denominados de “lesa majestad” referenciados como los delitos o voluntades contrarias al estado en las que “un ciudadano o un súbdito declara no tener ya la voluntad de obedecer a la asamblea que ostenta el poder del Estado (Gracia Martín, 2005)

Tomar estos planteamientos de la filosofía clásica como base del funcionalismo radica en la interpretación que se haga de estos. Inevitablemente estos planteamientos y racionios

corresponden con su posición geográfica, su realidad cultural y su ubicación temporal. No es lo mismo hablar de contextos en la antigua Grecia o la Inglaterra en el siglo XVII, que hablar de contextos en las civilizaciones modernas, como quiera que la humanidad ya ha padecido históricas guerras que nos dejaron de enseñanzas los derechos humanos como teoría y práctica.

Importante es recalcar el papel de personalidades como Carl Schmitt¹¹(1932), quien distingue entre el amigo y el enemigo manifestando que esta distinción específica se configura como la esencia de lo político; esta dicotomía, que en otras materias podría darse como lo bueno y lo malo, la belleza y la fealdad o el beneficio y el perjuicio, determina qué es lo político, generando un concepto claro del enemigo, así:

Enemigo no es pues cualquier competidor o adversario. Tampoco es el adversario privado al que se le detesta por cuestión de sentimientos o antipatía. Enemigo es sólo un conjunto de hombres que siquiera eventualmente, de acuerdo con una posibilidad real se opone combativamente a otro conjunto análogo. sólo es enemigo el enemigo público, pues todo cuanto hace referencia a un conjunto tal de personas, o en términos más precisos a un pueblo entero, adquiere en ipso carácter público. (págs. 58,59)

Así mismo, Edmund Mezger¹², quien concebía el derecho penal como un instrumento de lucha y exterminio del enemigo, este teórico del derecho colaboró en el régimen nacionalsocialista tomando medidas severas contra los planteados enemigos de la raza, agudizando el antagonismo entre los considerados “pueblo” y los considerados “enemigos”.

¹¹ Jurista, politólogo y filósofo Alemán, adscrito a la escuela el realismo Político. (1888-1985).

¹² Teórico penal y criminólogo Alemán, colaborador e ideólogo del régimen Nazi. (1883-1962).

Cabe resaltar, desde ahora, que el análisis de Jakobs y su Derecho Penal del enemigo es una caracterización que este hace del Derecho Penal en los contextos históricos de su época y ubicación geográfica, sin embargo, y como se verá más adelante, esta posición llanamente descriptiva se volcó a la construcción de una propuesta o iniciativa frente al derecho que para algunos resulta un tanto peligrosa y más en países de tanta conflictividad social como los latinoamericanos.

Respecto a lo anterior, vale la crítica ya realizada por Mirjan Damaska, que refiere la imposibilidad o complejidad que suscitan determinadas reformas en culturas jurídicas no preparadas para ellas, denominando algunas reformas como “rebeldes” con la potencialidad de amenazar las bases mismas del sistema penal. (Damaska, 2011) Bajo esta crítica podría darse una lectura no tan positiva del acogimiento del Derecho Penal del enemigo en Colombia, pues se constituiría como una reforma rebelde que no se adaptaría a la capacidad y la cultura jurídica colombiana.

Igualmente, deberá analizarse el concepto de enemigo, ya mencionado, con su práctica en el contexto político, pues no es una simple enunciación de pensamientos, sino su ejercicio real en la praxis, ya que puede llegar a suceder que el “enemigo”, como concepto, justifique cualquier medida de arbitrariedad, que entendemos hoy está muy lejos de responder a las sociedades democráticas actuales.

Concluyendo, el enemigo como sujeto de exclusión o discriminación para la filosofía clásica, como sujeto sin derechos para Fichte¹³, como mal ciudadano para Hobbes¹⁴, como hombre diferente o ajeno a la persona moral según Rousseau, como infractor del contrato social para los contractualistas, es en todo caso lo contrario al ciudadano, esto en términos de garantías y de

¹³ Filósofo Alemán, padre del “idealismo alemán” (19 de mayo de 1762- 27 de enero de 1814).

¹⁴ Filósofo Inglés, padre de la filosofía política moderna (5 de abril de 1588 –4 de diciembre de 1679).

derechos, en tanto el ciudadano es tal por su pertenencia al Estado, mientras que el enemigo es tal por su oposición a este.

De la construida concepción de “enemigo” de Jakobs se desprende la peligrosísima interpretación hecha en términos de los derechos del ciudadano y su dignidad, pues fuera del Estado no sería deber de este -en el marco de un futuro proceso penal o cumplimiento de condena- velar por el respeto de los derechos conferidos por la constitución y la ley al infractor.

2.1.3 Elementos inherentes del derecho penal del enemigo.

Según lo menciona Luis Gracia Martín (2.009) los elementos que componen el Derecho Penal del enemigo son : 1. Tipos penales de anticipación de la punibilidad , 2. Desproporcionalidad de las penas, 3. Leyes penales de lucha y de combate, 4. Considerable restricción de garantías y derechos procesales de los imputados y 5. El derecho penitenciario respecto a la limitación de los beneficios una vez impuesta la condena, ahora bien frente al tema que nos ocupa respecto al sistema procesal penal se tiene el punto número cuatro que este autor referencia de la siguiente manera:

“Un signo especialmente relevante y significativo para la identificación del Derecho Penal del enemigo, y a la vez profundamente sensible, es la considerable restricción de garantías y derechos procesales de los imputados. Así, se pone en cuestión hasta la presunción de inocencia, por ser opuesta a la exigencia de veracidad en el procedimiento, se reducen considerablemente las exigencias de licitud y admisibilidad de la prueba, se introducen medidas amplias de intervención de las comunicaciones, de investigación secreta o clandestina, de incomunicación, se prescinde del — o se reinterpreta restrictivamente el— principio *nemo tenetur se ipsum accusare* , o, por citar sólo un exponente más, se amplían los plazos de detención policial, para el cumplimiento de “fines

investigadores”, así como los de prisión preventiva, y en el plano teórico se reivindica incluso la licitud de la tortura” (pág. 15)

A su vez se puede mencionar la caracterización del Derecho Penal del enemigo del propio Jakobs mencionada por Silva Sánchez: La amplia anticipación de la protección penal, la ausencia de una reducción de pena correspondiente a tal anticipación y tránsito de una legislación penal a una legislación de lucha, y finalmente el socavo de garantías procesales (Silva Sanchez, 2001).

Podríamos sin embargo realizar una especificación de elementos del Derecho Penal del enemigo más práctica que en todo caso recogen los elementos ya mencionados por Luis Gracia Matín y por Jesús María Silva Sanchez, identificando dos características generales del Derecho Penal del enemigo: la primera, referida en la dicotomía entre ciudadano y enemigo (Díez Cancio Melia y Gomez -Jara, 2006). Esto requiere obligatoriamente la construcción de un concepto de “enemigo” y, la segunda, referida al Derecho Penal como medida preferida o exclusiva de la política criminal de los Estados. De estas dos características se desprenden elementos específicos para cada uno de los campos de acción de este pensamiento, a saber: dogmática penal, dogmática procesal penal y contexto penitenciario, que estarían referidos en el aumento de penas y de la punibilidad (más tipos penales y condenas más extensas o severas), la flexibilización de las garantías procesales (diferentes reglas de juego para los ciudadanos que infringe la expectativa social y los enemigos , en el marco del proceso) y las condiciones de reclusión en términos del sistema penitenciario colombiano.

Se inicia por explicar las dos características principales, pues son la base para luego desarrollar concretamente los elementos específicos en cada campo de acción, profundizando en el campo de la dogmática procesal penal.

A. Elementos generales

- Dicotomía entre ciudadano y enemigo: Antes de describir la división de los individuos de la sociedad en ciudadanos y enemigos es menester referir una valoración sobre la palabra “enemigo” y su carga ideológica y emocional, valoración que ya hacia Luis Gracia Martín (2005) cuando mencionaba que:

“Derecho penal del enemigo” suscita ya en cuanto se pronuncia determinados prejuicios motivados por la indudable carga ideológica y emocional del término “enemigo”. Este término, al menos bajo el prisma de determinadas concepciones del mundo (democráticas y, sobre todo, progresistas), induce ya desde el principio a un rechazo emocional de un pretendido Derecho penal del enemigo, y no sin razón, cuando volvemos la mirada a la experiencia histórica y actual, y desde ella contemplamos el uso que se ha hecho y que aún se hace actualmente del Derecho penal en determinados lugares. En efecto, la experiencia histórica demuestra con demasiada y clara contundencia cómo los regímenes políticos totalitarios (generalmente criminales) etiquetan y estigmatizan precisamente como “enemigos” a los disidentes y a los discrepantes (...) (pág. 3)

Esta advertencia cobra importancia en tanto la construcción del enemigo desde la filosofía y el derecho no es nada pacífica, pues si bien antes los enemigos como sujetos de exclusión eran propios de determinadas formas de gobierno y estado, hoy puede ser como definición de seres humanos un concepto totalmente desacreditado.

Ahora bien , iniciamos con la evolución del concepto de ciudadano. La tradición de la revolución francesa ha confeccionado la figura del ciudadano como aquel sujeto de derechos y,

por sobre todo, de libertades, lo anterior se desprende de uno de los documentos más significativos para los franceses en el siglo XVIII: la declaración de los derechos del hombre y el ciudadano de 1789, la cual contempla un articulado de garantías que hoy son base de los Estados democráticos.

A este sentido restringido se sumaron todos los cambios sobre derechos y libertades, pero además sobre deberes, el respeto por el contrato social y subsiguientemente las diferentes formas de agrupación humana –gobiernos y Estados-, como quiera que la construcción de la ciudadanía es algo inacabado que se va nutriendo de la participación en democracia, la historia y las nuevas concepciones del ser humano.

Es así que hoy la ciudadanía sería mucho más allá de lo que inicialmente se planteó por las revoluciones burguesas y los Contractualistas, que veían al ciudadano como la persona en relación al Estado, que siendo protegida por este también debía legitimarlo, lo anterior con limitantes según el momento histórico: ser hombre, tener bienes, no ser negro o esclavo, tener honor, etc. Igualmente deberá resaltarse la concepción del ciudadano cosmopolita, en lo referente al ciudadano del mundo, que amplificaría la adquisición de derechos desde un sentido amplio y universal.

Así, y tal vez de la manera más simple en las sociedades actuales todos somos ciudadanos por poseer derechos y obligaciones. Para el Derecho Penal esto no es contradictorio en el sentido en que tanto los sujetos activos como los pasivos de las conductas tipificadas como delitos, siguen siendo ciudadanos y en ese sentido se someten a la potestad punitiva del Estado, sin embargo la clasificación que hace el Derecho Penal del enemigo es radical, así pues existen sujetos catalogados como ciudadanos y otros como enemigos. Lo anterior no responde a una simple lógica sobre quienes cometen o no delitos, es decir, no son ciudadanos exclusivamente aquellos que no cometan delitos, pues dentro del Derecho Penal del enemigo existe una categoría mucho más detalla, a

saber: hay “ciudadanos criminales” y “enemigos”, dejando de lado la clasificación simplista. (Sánchez, 2.006)

Así Jakobs abarca una concepción inicial sobre el hombre como un sistema psíquico y sobre la sociedad como un sistema de comunicaciones, donde el hombre debe tener la capacidad cognitiva de pertenecer a la sociedad y ser sujeto de imputación, mientras que el individuo o enemigo no persona no es sujeto de derecho o imputación, sino sujeto de coacción que pueda garantizar la seguridad cognitiva. (Gracia Martín, 2005)

Lo anterior se genera en tanto Jakobs habla de las sociedades de riesgo y dentro de esta de los delitos de mayor gravedad, es así que en un principio Jakbos planteaba los delitos de riesgo y aquellos enmarcados en la actividad económica y luego en el marco de tensión mundial, especialmente con el llamado 9/11 , habló de los atentados o delitos de terroristas como delitos de mayor relevancia, concretamente:

Jakobs identifica “enemigos” en las siguientes áreas: según su actitud, en los delitos sexuales y en supuestos criminales habituales; según su ocupación, los delincuentes económicos y los de la criminalidad organizada; según su vinculación con una organización , terrorismo , criminalidad organizada, tráfico de drogas , complot para asesinar. (como se cita en Abanto Vasquéz, 2.006)

Además deberá reconocerse la habitualidad y profesionalidad con que se diferencian a los enemigos de los ciudadanos, siendo los enemigos un peligro para el estado de manera duradera y no incidental como podría pasar con los ciudadanos que han errado. (Gracia Martín, 2005)

El enemigo, para Jakobs, aunque al igual que el ciudadano criminal, ha decidido contradecir o negar, en términos hegelianos, la voluntad general y no cuenta con la cognitividad suficiente para

ser parte de la sociedad; en ese sentido se autoexcluye de esta, siendo imposible o inadecuado que las reglas del juego que aplican para los ciudadanos, sean aplicadas para los enemigos.

Así, el Derecho Penal del ciudadano tendría como fin la vigencia de la norma, en términos de la prevención, pero, por el contrario, el Derecho Penal del enemigo tendría como fin el combate de los peligros y a nuestro juicio una marcada tendencia retributiva más que preventiva; igualmente con el Derecho Penal del enemigo se está reiterando un derecho de autor y no de acto, que constituye en todo caso un retroceso en términos de los sistemas penales del mundo.

Concluyendo, Jakobs planteó un código binario social con la existencia de un Derecho Penal del enemigo y un Derecho Penal del ciudadano, división que genera críticas en cuanto al sentido polarizante del Derecho Penal, pues no basta solo con la caracterización de unos como ciudadanos y otros como enemigos, sino que a esto correspondería un Derecho Penal diferente para cada uno, con diferentes tratos y garantías.

- El derecho penal como medida preferida o exclusiva de la política criminal: En las sociedades actuales, respondiendo al populismo punitivo, el Derecho Penal se traduce como la mejor manera de mantener la “paz” y más allá de esta la “pacificación”, por esto antes de realizar el análisis sobre la relación Estado-política criminal y política criminal- Derecho Penal, se deberá establecer cuál es el concepto de Estado que hoy se encuentra en el discurso, pero además qué papel juega el derecho y especialmente el Derecho Penal en ese Estado.

Así, iniciamos por preguntarnos: ¿El Estado somos todos, y por ellos acordamos crear una figura que velará por los derechos y libertades o el Estado es un grupo pequeño de poderosos que maneja las relaciones sociales para mantener el dominio de su clase y la protección de sus intereses? Estos cuestionamientos son los que generan las reflexiones sobre la sociedad y el papel

del derecho en ella. Así, si el Estado somos todos y entre todos acordamos las “reglas de juego” para vivir en sociedad, el derecho serviría como garantía de protección de los acuerdos hechos en sociedad por las mayorías, sin embargo si el Estado es un mero instrumento de dominación de una clase a otra, el derecho sería un arma que protege intereses particulares y deja a la deriva los derechos y libertades de los ciudadanos -arma de guerra- sobre todo de aquellos que retan el *estatus quo*.

En el marco de la anterior discusión y la ya expuesta base filosófica sobre el contrato social que sustenta la construcción de un enemigo, se catalogaría al Estado como esa figura de construcción colectiva donde todos establecemos las reglas de juego, sin embargo deberá referirse que esta filosofía justificó situaciones como la segregación racial en Alemania con el nacionalsocialismo en el poder, pues no solo fue aceptado socialmente por los ciudadanos de a pie, filósofos, médicos, artistas y demás profesionales de renombre –incluso ganadores de premios nobel-, sino normativamente con leyes de esterilización obligatoria, pena de muerte, y sentencias sin motivación, dejando de lado todos los principios y creaciones legales de las naciones civilizadas. Al respecto, nadie podrá negar la puesta al servicio del derecho y de los técnicos del derecho ante los Nazis; verbigracia, Mezger, colaborador del régimen alemán, escribió en su “política criminal” que el fin de la pena era “el exterminio de los parásitos y elementos nocivos al pueblo y a la raza” y la base del Derecho Penal sería la “conformación racial” (Conde, 2006). En el anterior ejemplo, el Estado y la sociedad como fruto de un acuerdo no estableció límites al mismo, posibilitando situaciones como las vividas por los judíos en la segunda guerra mundial.

Por lo anterior deberá referirse que existe una gran diferencia entre que el derecho mantenga límites inamovibles, como los derechos humanos para poder llevar a cabo la política criminal del Estado, a que en el nombre de la política criminal el derecho punitivo “aguante todo”, incluso en

contravía de los desarrollos de la humanidad sobre los derechos. Esta reflexión es lo que contraría el Derecho Penal del enemigo, pues aunque es clara la relación que hoy existe entre el derecho y el Estado y en ese sentido es clara la relación del derecho como posibilidad de materialización de la política criminal, esta no se basa en los simples acuerdos puesto que la construcción de la figura de un enemigo representa una clase de derecho alejada de la pacífica construcción colectiva, pues con un enemigo se lucha y no se consensua.

Así, el “enemigo”, al cual se le despersonaliza de sus derechos, corresponde más a una visión del Estado como un ente hegemónico de dominación; desde la perspectiva de Foucault, quien entendía al sistema económico como aquel que determinaba quienes eran criminales y quienes no, este mismo creaba las características o los perfiles de personas que serían "marginadas". Sumado a lo anterior la visión marxista sobre el Estado y en consecuencia el derecho como destacamento del Estado para la dominación de una clase a otra. Lo anterior, tal vez una visión más fatalista de lo que es el Estado, pero es lo que se termina desarrollando en las sociedades modernas cuando el derecho corresponde a una política criminal creador de enemigos y situaciones de exclusión para ellos -arma de exclusión-. El ejemplo paradigmático ya fue dado -el nacionalsocialismo- pero vale la pena recordarlo. En el “Proyecto de Ley para el tratamiento de los extraños a la comunidad”, realizado por Mezger, que contenía medidas como la esterilización para los denominados “asociales”, reclusión en campos de concentración de los sujetos no susceptibles de “reeducación” (Conde, 2006). Todo lo anterior bajo el argumento de la raza, pero también de la clase, quienes en su gran mayoría eran susceptibles de este tipo de vulneración de derechos humanos, eran los judíos pobres, los homosexuales pobres, los negros pobres. En síntesis: el enemigo pobre.

Concluyendo, el Derecho Penal del enemigo tendrá cabida como medio de cumplimiento de la política criminal de manera exclusiva cuando se determine por un Estado la creación de la figura

de un enemigo, dado que con esta teoría el Estado no habla con sus ciudadanos sino que amenaza a sus enemigos (Diez, 2006).

Frente a la política criminal específica de Colombia se deberá tenerse en cuenta y según el concepto de política criminal dado por la Corte Constitucional, esto es:

(...) El conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole. Puede ser social, como cuando se promueve que los vecinos de un mismo barrio se hagan responsables de alertar a las autoridades acerca de la presencia de sucesos extraños que puedan estar asociados a la comisión de un delito (cita suprimida). También puede ser jurídica, como cuando se reforman las normas penales. Además, puede ser económica, como cuando se crean incentivos para estimular un determinado comportamiento o desincentivos para incrementarles los costos a quienes realicen conductas reprochables. Igualmente puede ser cultural, como cuando se adoptan campañas publicitarias por los medios masivos de comunicación para generar conciencia sobre las bondades o consecuencias nocivas de un determinado comportamiento que causa un grave perjuicio social. Adicionalmente pueden ser administrativas, como cuando se aumentan las medidas de seguridad carcelaria. Inclusive pueden ser tecnológicas, como cuando se decide emplear de manera sistemática un nuevo descubrimiento científico para obtener la prueba de un hecho constitutivo de una conducta. (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-646, 2001, pág. 37)

En ese sentido la política criminal como medios y métodos de un Estado para combatir la criminalidad, utilizaría -en sentido jurídico- el derecho punitivo, lo que involucra una relación lógica entre los planes estatales y el Derecho Penal. Sin embargo, la política criminal no solo cuenta con elementos jurídicos, sino que echa mano tanto de elementos sociales, culturales, económicos, administrativos y tecnológicos; es así que el aumento de penas y la flexibilización de garantías situación propia de lo denominado hoy sociedad de riesgo no sería, en absoluto, el único medio de política criminal, muy a pesar de que esa sea la estrategia de las sociedades modernas o sociedades de riesgo.

Al respecto, la concepción jakobsiano toma la situación de las sociedades modernas, pues debe recordarse que la base sociológica de jakobs es el pensamiento construido por Luhmann sobre el Derecho Penal como un sistema social, por ello el Derecho Penal parece ser tomado en jakobs como la solución a todos los problemas sociales al estabilizar a la sociedad sancionando a quienes defraudan las expectativas, al respecto:

JAKOBS parte del mismo presupuesto que LUHMANN; para el profesor de Bonn, el Derecho es una parte de la sociedad, y la solución a los problemas sociales por medio del Derecho penal tiene lugar dentro de la sociedad y a través de un sistema social parcial que es el sistema jurídico penal. (Eibe, 2.006, pág. 446)

Contraria concepción del Derecho Penal sostiene Roxin, que se encuentra más acorde a la descripción dada por la Corte Constitucional en sentencia C-646 de 2001, pues aunque también sostiene como fin del Derecho Penal la prevención, acepta la condición humana imperfecta y en ese sentido la existencia eterna de la criminalidad, resaltando tajantemente el papel de política criminal desde una mirada interdisciplinaria, pues el solo aumento de penas no combate la

criminalidad realizando un crítica sobre la restricción de libertad y las multas como sanciones penales, dejando claro que una estrategia dirigida a la punición siempre fracasará. (Eibe, 2.006) B.

Elementos específicos o pragmáticos:

Ante la punibilidad de comportamientos alejados de la lesión de los bienes jurídicos, se entiende que el Derecho Penal no tendría como faro la protección de estos bienes, por el contrario para el Derecho Penal del enemigo lo importante sería la reafirmación de la norma, es decir, de la expectativa social, pero por sobre todo el combate de los peligros. Cuando el Derecho Penal se aleja de estos bienes jurídicos bajo la excusa de contemplar los riesgos de las sociedades, aumenta inevitablemente la punibilidad representada en número de tipos penales, pero además en la severidad de las condenas.

Lo anterior como lógica del derecho penal del enemigo, crea un inevitable populismo punitivo que promete ser la llave maestra para la obtención de una sociedad en paz, donde los enemigos, es decir, quienes cometan delitos graves o representen un real riesgo a la sociedad, sea neutralizado. Este, el aumento de penas, sería uno de los elementos específicos que inevitablemente se basa en los elementos generales, pero por sobre todo en el Derecho Penal como componente esencial de la política criminal.

Por otro lado, contemplando otro campo de acción, el sistema penitenciario, el enemigo ya condenado o bajo medidas de aseguramiento de que trata el artículo 306 del código procesal penal colombiano, tendría una inevitable diferenciación dentro de estos centros de reclusión, pues su característica no sería de ciudadano, sino ya de enemigo.

De lo anterior, vale resaltar a la pena de privación de libertad como medio en dos sentidos, primero como factor de riqueza y segundo como poder disciplinar sobre el sujeto. Así pues,

Massimo Pavarini consideraba que la libertad no era concebida como un valor¹⁵ y solo toma este carácter con la aparición del capitalismo (Pavarini, 2003). Así, la pena es igual a restricción de libertad y la libertad restringida es para el ciudadano la imposibilidad de vender su fuerza de trabajo. Por lo anterior, las penas excesivas –aumento de la punibilidad- se dirigen a la gran restricción de libertades, casi sin ningún otro fin que la afectación en términos económicos del reo y la adaptación de este al modelo económico imperante.

Frente a la flexibilización de garantías, estas no son otra cosa que la coherencia con el primer elemento general ya descrito sobre la diferenciación del ciudadano y el enemigo, pues los ciudadanos tendrán las garantías descritas en la ley, la constitución y teniendo en cuenta el artículo 93 –bloque de constitucionalidad¹⁶- aquellas garantías dadas por los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia; mientras que los enemigos serían la excepción a esta regla y se verían afectados frente a los derechos constituidos en los mencionados documentos.

Ahora bien, este rompimiento del equilibrio que un proceso debería garantizar para obtener pronta justicia, pero sobre todo justicia real, es decir, no simplemente generar condenas, sino generar un proceso de verdad, justicia y reparación, imposibilita la confianza en el proceso, pues si bien puede llegar a generar sentencias condenatorias y en términos de retribución “ejemplares”, no hay seguridad de que esa sentencia se genere sobre bases de verdad. Considérese, por ejemplo, que es un proceso sin que el sindicado cuente con defensa, o en el que existan tres partes contra

¹⁵ Massimo Pavarini fue profesor de filosofía en derecho de la universidad de Bologna en Italia, entre sus libros se encuentra el libro denominado: Control y Dominación, en donde establece una relación entre la restricción de libertad como pena y el modelo de producción capitalista.

¹⁶ “Constitución Política de Colombia: Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados (...)”

una -adversariales- o la posibilidad de que sea restringida la libertad del procesado antes de generar condena teniendo como base criterios subjetivos y peligrosistas o un proceso en el que la imparcialidad del juez no esté garantizada, es más que claro que en estos casos la posibilidad de defensa real del procesado se encuentra anulada y en ese sentido el enemigo siempre será culpable, consecuentemente siempre será condenado.

Finalmente, a la realizada caracterización se le ha hecho una crítica histórica que podrían dividirse en:

1. Ser una propuesta. Pasó de un análisis o descripción del derecho de su época a una clara propuesta de funcionamiento del sistema punitivo.
2. Concepto de enemigo. La apuesta por la restricción de derechos del ciudadano quien se convertiría ya no en parte de la sociedad sino en “enemigo”.
3. Expansionismo del Derecho Penal. Justifica las creaciones de más penas y la aplicación del poder punitivo del estado incluso en instancias donde no se ha probado la culpabilidad del procesado. Se utiliza al Derecho Penal como la única herramienta de política criminal de los Estados, aun cuando esta se entiende compuesta por otros medios de lucha contra la criminalidad, en el sentido de la Corte Constitucional colombiana: medios sociales, económicos, culturales, administrativos y tecnológicos.

Igualmente sumamos las siguientes consideraciones:

Las críticas ya hechas solo han querido representar la perspectiva del “enemigo” y no de la víctima debido a que esta última seguirá siendo ciudadano y, en consecuencia, seguiría contando con sus derechos. Sin embargo es importante el análisis desde la perspectiva de la víctima pues el

planteamiento sobre el fin de la pena que se plantea en el pensamiento de Jakobs nubla u omite el papel de aquella, quizás manifestando que esta no debería ser materia del Derecho Penal.

Igualmente, nos encontramos en una etapa histórica donde la humanidad ya ha sufrido las consecuencias de la guerra y a partir de esta ha logrado reconocer elementos inherentes a la condición del humano –derechos humanos-, por lo cual es ilógico que el Derecho Penal se vuelque a un derecho para la guerra que justifique el atropello de los derechos en nombre de quienes tengan el poder y pretendan mantenerlo.

Frente al fin de la pena, criticamos la existencia de una mixtura, pues aunque Jakobs menciona claramente su postura frente a la teoría de la prevención positiva, en la práctica el Derecho Penal del enemigo se convierte en preventivo en términos del ciudadano criminal y retributivo en términos del enemigo, la base teórica hegeliana sobre el derecho como la negación de una negación es tomada por Jakobs como una concepción retributiva frente al fin de la pena y el sistema punitivo, lo que demuestra como el Derecho Penal del enemigo en lo que refiere al infractor de la expectativa social determinado como “enemigo” traza su tratamiento en aras de la retribución, más no de la prevención.

Finalmente, consideramos que se realiza una simplificación de los delitos, lo que genera un análisis muy básico de las sociedades e incluso contradiciendo la base teórica del Derecho Penal derecho penal del enemigo sobre la sociedades de hoy como sociedades de riesgo, puesto que consideran que los sujetos activos de los tipos penales incurrir en ellos por falta de “cognitividad” para pertenecer a la sociedad, dejando de lado análisis serios de criminología sobre el delincuente y olvidando el marco globalizado sobre las inhumanas condiciones materiales que tienen que soportar las mayorías en el mundo.

2.1.4 El derecho penal del enemigo y los estados sociales de derecho.

La Historia del estado de derecho, del constitucionalismo democrático y de los derechos humanos, puede ser leída como la historia de una larga lucha contra el absolutismo del poder, es decir, de esa “libertad salvaje”- fuente de guerras internas y externas, de desigualdades y de omnipotencia de la ley del más fuerte- de la que habla KANT como propia del estado de naturaleza. (Ferrajoli L. , 2008, pág. 58)

Los Estados de derecho y los Estados sociales de derecho adquieren su característica principal en la sujeción a un sistema de normas previo y vigente que someta a la población y las autoridades en su conjunto, así este modelo de organización política se caracteriza por el principio de legalidad referente a la subordinación ya mencionada con respeto de ciertas garantías liberales , pero además el principio de publicidad de los actos tanto legislativos como administrativos y judiciales y la sujeción a control de todas las actividades del estado (Ferrajoli L. , 2000) ; adicional a esto, los Estados sociales de derecho representan esta misma sujeción, pero bajo el faro de los derechos fundamentales individuales y colectivos y en especial la dignidad humana, al respecto la Corte Constitucional colombiana indica:

El Estado social de derecho se erige sobre los valores tradicionales de la libertad, la igualdad y la seguridad, pero su propósito principal es procurar las condiciones materiales generales para lograr su efectividad y la adecuada integración social. A la luz de esta finalidad, no puede reducirse el Estado social de derecho a mera instancia prodigadora de bienes y servicios materiales (Corte Constitucional Colombiana Sentencia C-566, 1995, pág. 10)

La Constitución Política Colombiana de 1991 nace con una naturaleza orientadora y obligatoria que la hace, en términos kelsenianos, la norma superior; a diferencia de la constitución anterior, de 1886, que no era vinculante en términos jurídicos. Así, bajo esta lógica constitucional, Colombia debe velar por la dignidad humana, debe generar garantías y tutelar derechos de los ciudadanos sin distinción alguna¹⁷.

Ahora bien: ¿Cómo podría una tendencia de derecho punitivo que pretende despersonalizar al ciudadano de su calidad de tal, es decir de sus derechos, ser compatible con una forma de estado respetuoso y garantista de los mismos? La respuesta no es nada obvia, sin embargo para Gracia Martín es precisamente en estos estados democráticos en donde es viable la discusión sobre Derecho Penal del Enemigo pues solo es posible la aplicación del D.P.E después de la existencia de personas, reconociendo el problema sobre el concepto de “no personas” que sería la misma cuestión sobre el concepto del individuo no ciudadano, resaltando la pregunta sobre si estas categorías sobre el humano deberían existir previamente o se dan como construcción del mismo D.P.E, pero en todo caso refiriendo que a toda persona le corresponde las garantías que ofrece el estado : “en principio, al Derecho penal del enemigo sólo le es posible partir de la existencia previa de personas, y que si esto es así, entonces los contenidos y las reglas materiales de ese Derecho no podrán ser otras distintas a las del Derecho penal del ciudadano”. (Gracia Martín, 2005, pág. 29).

¹⁷ Constitución Colombiana 1991. Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Así se debe aclarar que el concepto de enemigo desde su creación, ubica a la persona fuera del Estado y en ese sentido fuera de la tutela que este puede garantizar a sus derechos, posteriormente bajo una construcción más jakobsiana, el enemigo es quien se encuentra fuera del Estado por no contar con un elemento cognitivo suficiente para pertenecer a este, así no ofrece mínimos de seguridad de llevar una vida conforme a la reglas del derecho, en estos términos: “La “necesidad” del Derecho Penal del enemigo derivaría del peligro que, en otro caso, correría la “seguridad cognitiva” que necesitarían los (auténticos) “ciudadanos” en una sociedad regidas por normas” (Abanto Vásquez, 2006, pág. 25).

A la no correspondencia del enemigo con las sociedades democráticas corresponde un análisis más exhaustivo pues Jakobs distingue entre los individuos y las personas correspondiendo al concepto de personas una construcción social no dada por la naturaleza “persona es el destino de expectativas normativas, Al respecto Gracia Martín (2005):

Persona es el destino de expectativas normativas correspondientes a roles, porque ser persona significa tener que representar un papel. Si toda sociedad —dice Jakobs— comienza con la creación de un mundo objetivo, los partícipes de esa sociedad, es decir, los individuos representados comunicativamente como relevantes, se definen entonces por el hecho de que para ellos es válido el mundo objetivo, es decir, al menos una norma. (pág. 25)

Así se considera entonces al individuo como una construcción natural que en tanto asuma roles y tareas dentro de la sociedad, siendo parte del gran acuerdo del estado y legitimando su existencia, se convertirá pues en persona que será sujeta del Derecho Penal del ciudadano mientras que el individuo que no asume el contrato social se le castigará por la ley natural, es decir por la ley de combate o guerra.

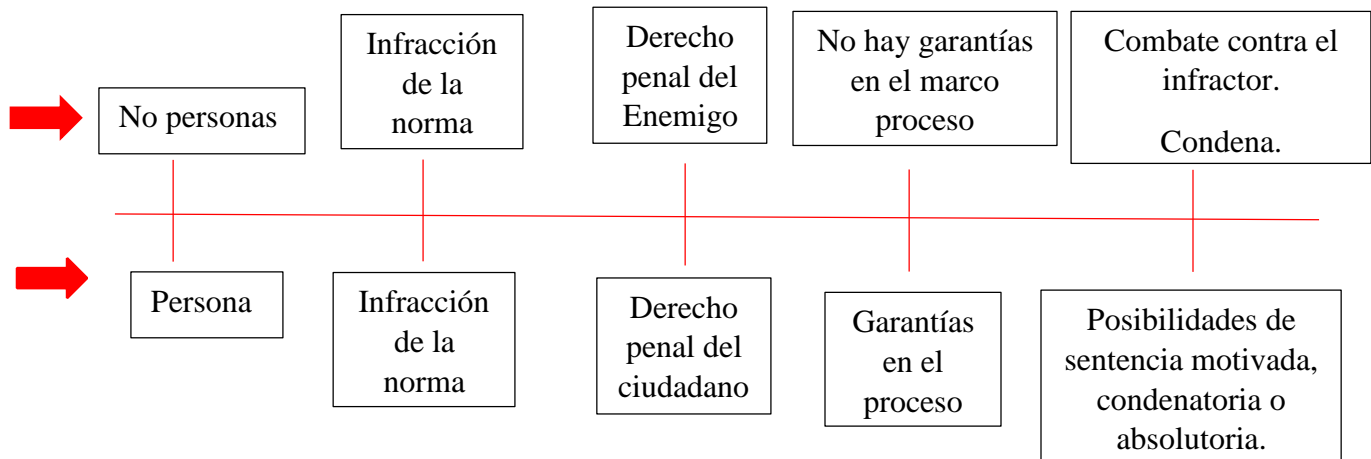


Figura 1. Derecho Penal de Enemigo y ciudadano.

De los anteriores esquemas se erige el cuestionamiento si el DPE puede tomarse como derecho, pues niega a sus destinatarios el estatus de persona (Gracia Martín, 2005), así el DPE solo podría tomarse como combate contra el infractor. De igual forma deberá identificarse a la personas según Jakobs como algo diferente al ser humano , pues este último responde a procesos naturales mientras que la persona es producto social que se define como “la unidad ideal de derechos y deberes que son administrados a través de un cuerpo y de una conciencia”. (Como se cito en Gracia Martín, 2005)

Es evidente que el no tratamiento de la persona en derecho es una exclusión prohibida a la luz de la constitución, por lo cual el concepto de enemigo de manera llana tratada por Jakobs para el Derecho Penal iría en contraposición a lo que significa el Estado social de derecho.

Sin embargo, esta tendencia no radicalizada y acomodada a las formas de Eestado de hoy, ha tratado de mantener la diferenciación del ciudadano y el enemigo sin llegar a manifestar que este

último no cuenta con derechos o restringiendo sus derechos de manera aceptable en el marco de un proceso penal, por dar un ejemplo: el caso de la medida de aseguramiento en Colombia en la que la Corte Constitucional en el marco de una demanda de constitucionalidad contra algunas disposiciones del código de procedimiento penal que involucraban los requisitos a valorar para la imposición de esta medida preventiva, manifiesta que aunque el legislador tiene garantizada autonomía para construir el proceso penal, existen en todo caso unos límites dados por la Constitución, entre ellos el principio de libertad y la absoluta excepcionalidad de su restricción, manifestando igualmente que en virtud a este principio tal vez la construcción normativa de las medidas cautelares o medidas de prevención son el tópico más difícil en términos de respeto por las disposiciones superiores que tiene que enfrentar el legislador, pues en todo caso estas se encuentran “destinadas a afectar los derechos fundamentales del procesado en el curso del trámite en su contra” (Corte Constitucional Colombiana Sentencia C- 469, 2016, pág. 19), pero que en todo caso podrá realizarse bajo fines legítimos para el estado.

De lo anterior, se puede observar una medida acorde a nuestro Estado social de derecho que, sin embargo afecta derechos fundamentales, pero hacen parte de nuestro sistema jurídico, lo anterior con la reafirmación de la Corte Constitucional sobre su coherencia con las disposiciones superiores. Lo que involucra una adaptación que puede suceder en este afán del Derecho Penal del enemigo de mantenerse como una teoría vigente que ha transformado su base teórica de enteramente arbitraria a aceptable, así por ejemplo el docente e investigador William J. Parra propone un avance de las críticas del Derecho Penal del enemigo, manifestando que uno fue este planteamiento en un inicio y otro es el moderno Derecho Penal del enemigo. Igualmente, plantea que históricamente se ha realizado un análisis a este planteamiento y en especial de la política criminal del enemigo, desde una perspectiva negativa, así:

Un conjunto de decisiones para la prevención y persecución del delito, en donde predominan las necesidades y las razones de conveniencia política en la toma de decisiones en materia criminal, lo que repercute negativamente en los derechos y garantías de los ciudadanos, así como en la eficacia y eficiencia del sistema penal. (pág. 159)

El anterior análisis aunque cierto, no niega la existencia de un aspecto negativo del Derecho Penal del enemigo, y muy a pesar de los cambios o adecuaciones realizadas hasta hoy, que pretenden responder de una manera más adecuada al Estado social de derecho, no se han podido superar las críticas históricas, especialmente cuando la base filosófica de este pensamiento se queda corta en la sociedades civilizadas que han hecho ya un reconocimiento de los derechos como lógica pertenencia de todo humano.

Ahora bien, además de la anterior, existe otra perspectiva para la no contravención del Derecho Penal del enemigo al Estado social de derecho, así pues, en términos de su base filosófica si se manifiesta que el sujeto se encuentra fuera del Estado, se manifiesta igualmente que el sujeto se encuentra fuera del Estado social de derecho y en ese sentido su tratamiento diferenciado no llegaría a contradecir el mismo Estado puesto que el enemigo no acepto ser parte de este.

Esta segunda propuesta se refiere a una actuación del Estado social de derecho imposible de realizar puesto que la teoría frente a esta clase de Estados nunca mencionó la posibilidad de la existencia de una mixtura en términos de que en un mismo territorio existan formas de organización estatal tan diferentes y contradictorias, así no puede existir un estado social de derecho y aparte un estado autoritario, sin derecho, en un mismo territorio.

Concluyendo, la base filosófica del Derecho Penal del enemigo es incoherente con los Estados sociales de derecho, sin embargo en un intento por mantenerse con vida han surgido desde explicaciones que pueden -aparentemente- llegar a consensuar esta teoría de Derecho Penal con esta forma de Estado, a saber: la diferenciación de ciudadano-enemigo sin violación de derechos o con violaciones de derechos dentro de lo permitido, lo anterior acorde a la solución planteada por Gracia Martín (2005) :

Un Derecho penal del enemigo podría encontrar un espacio legítimo únicamente en el caso de que el Derecho penal “ordinario” tuviera como destinataria a la persona o, si se prefiere, al ciudadano, pues un despojo de estas condiciones deja al descubierto al individuo humano, y dicho despojo aún dejaría un espacio de legitimidad para una regulación jurídica que, aun siendo diferente y excepcional, no entrara en conflicto con la dignidad del ser humano. Pero si, como he tratado de demostrar, es cierto que el Derecho penal no tiene como destinatario a la persona jurídica, esto es, a la persona entendida como construcción normativa, sino al hombre, entendido como individuo humano, entonces no debe ser posible fundamentar legítimamente ningún “Derecho penal del enemigo”, esto es, ningún ordenamiento diferente y excepcional (...) (págs. 41,42)

Así pues mientras se mantenga la dignidad del humano que es de tan altísimo valor como para que ni siquiera su titular pueda transarla, olvidarla o renunciar a ella, en el marco de la protección de este elemento será legítimo el Derecho Penal con características excepcionales y diferentes de uno infractores a otros, en todo caso esta diferencia deberá responder a fines legítimos que puedan mostrarse como de altísima necesidad para la sociedad.

Por último y al respecto de la limitación mencionada como necesaria, el doctor Francisco

Muñoz Conde menciona igualmente como algo ineludible, acotando que ni el mismo Jakobs ha configurado de manera exacta el marco normativo y de límites del denominado Derecho Penal del enemigo:

Todavía hay otra objeción de principio que formular contra la construcción de JAKOBS, pues si queremos que el Derecho penal del enemigo no sea una construcción absolutamente arbitraria, o un espacio ilimitado en el que todos los excesos y violaciones de derechos fundamentales sean posibles y admisibles, habrá que indicar cuál es el marco normativo, en el que ese Derecho penal del enemigo se tiene que mover; cuáles son los principios, si es que tiene alguno, que debe respetar y asumir como límites de su intervención. Y a este respecto tampoco JAKOBS da indicaciones muy precisas. (Muñoz Conde, 2008, pág. 94)

2.2 El sistema penal acusatorio en Colombia

Sobre nuestro particular sistema penal acusatorio, en un principio de citara a Hernando Londoño J:

Se pensó un sistema acusatorio a la colombiana, sin sometimiento a las escuelas, sin marcarlo dentro de los estrechos límites de otras legislaciones... ahí estaban consagradas las bases y los principios fundamentales para introducir en Colombia un sistema acusatorio plenamente ajustado a nuestra idiosincrasia y con el respeto debido a nuestra respetable tradición jurídica (...) (Como se cito en Raquel J. Ramirez, 2010).

Históricamente los procesos penales han sido de tendencia inquisitiva o acusatoria, los primeros coherentes con los Estados de corte antidemocrático, pues en ellos el Derecho Penal era utilizado exclusivamente como herramienta para la perpetuación del poder; posteriormente con el avance de los Estados surgió la necesidad de generar otras propuestas, es aquí donde se origina la tendencia

acusatoria que pretende alejarse de los parámetros inquisitivos y permitir una adopción del Derecho Penal por parte de Estados democráticos con respeto y sujeción a los derechos fundamentales, sin embargo esta última circunstancia no se garantiza exclusivamente con la separación de las funciones de investigación y juzgamiento -aunque sea uno de los elementos característicos de estas reformas- pues debe contemplar en su integridad una organización, funcionamiento eficaz y filosóficamente correspondiente a la democracia y el ámbito social del Estado que permita ver al derecho como algo más allá de una herramienta de legitimación y mantenimiento del poder.

Frente a esto último, el Derecho Penal no puede, en los Estados actuales si son considerados “democráticos”, concebirse con fines de perpetuación del poder, ni tampoco con fines exclusivos de justicia, sino que además debe orientarse por y para las garantías de los derechos fundamentales. Lo anterior no en sentido disyuntivo, sino de integración, pues se debe buscar un equilibrio en el proceso sobre los fines de justicia y las garantías de derechos fundamentales que pueda generar una nueva teleología del sistema penal, materializando así los Estados verdaderamente democráticos.

Ahora bien, en Colombia un cambio de sistema resultaba obligatorio a partir de la constituyente de 1991, pues en esta el país se acoge como un Estado social democrático de derecho, que nació con una vocación normativa, a diferencia de la constitución de 1886, y por tanto se configuró como faro principal de la codificación¹⁸, incluyendo el sistema penal en lo que se refirió la constitucionalización del Derecho Penal. Así, en Colombia se fueron generando reformas que

¹⁸ Cabe recordar que a partir de la Constitución de 1991, la carta política pasó de tener un sentido netamente político a ser vinculante jurídicamente, siendo esta la norma superior. Diferencia clara con la constitución de 1886, situación histórica en donde la ley y no la constitución se alzaban como la batuta normativa.

intentaron ser progresivas puesto que implicaban un cambio de filosofía y de cultura jurídica frente a todas las áreas y en especial en materia procesal penal, es así que se dio paso al Decreto 2700 de 1991¹⁹, posteriormente a la ley 600 del 2.000²⁰ y finalmente a la ley 906 del 2.004²¹, que fue modificada parcialmente por la ley 1142 de 2.007.

La gran crítica a realizar frente a la codificación penal, no solo sobre el procedimiento sino igualmente sobre la dogmática penal, tiene que ver con la falta de coherencia entre una y otra, igualmente de estas con las apuestas del Estado para la lucha contra la criminalidad. Así pues, nuestra codificación ha respondido históricamente a la coyuntura (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012), lo cual genera una normatividad desordenada para el corto plazo e incoherente tanto de lo sustancial con lo procesal, como entre estos con los fines del Estado. Por lo anterior, se requería una apuesta en lo penal con una previa claridad en las apuestas de política criminal del Estado, al respecto Francisco José Sintura Varela afirma: “la respuesta al fenómeno delictivo debe partir de una política pública debidamente organizada y estructurada en forma científica”(Varela, 2005)

Frente a la incoherencia mencionada podríamos recordar que la investigación y juzgamiento en el marco del proceso penal habían sido repartida históricamente entre diferentes órganos del poder público, así han estado en manos del poder ejecutivo verbigracia la ley 189 de 1896; de la

¹⁹ Decreto del 30 de noviembre de 1991 sobre el procedimiento penal, ya hacia un reconocimiento de la dignidad humana en su artículo 3, especialmente sobre el procesado.

²⁰ Esta ley se expide el 24 de julio del 2000 –código de procedimiento penal – contempla en su artículo 1 la dignidad humana, no solo para el procesado sino para todos los intervinientes en el proceso.

²¹ Actual código de procedimiento penal, establece 27 principios entre estos la dignidad humana en términos de todos los intervinientes en el proceso.

Contraloría con la ley 58 del 1946 en delitos de peculado; de la Procuraduría General de la Nación con la ley 27 de 1963²², igualmente en manos de los jueces.

Sin embargo, lo que más traumatismo causó en términos de los derechos fundamentales del procesado, fueron las decisiones tomadas en diferentes gobiernos en los estados de sitio, así en 1955 se regulo procedimiento sobre la peligrosidad social, igualmente en 1976 algunos delitos del código penal podían ser de conocimiento de la justicia penal militar, misma situación sucedió en 1978 con el estatuto para la protección de la vida y la seguridad de los asociados.

Con todo y las dificultades se logró pasar paulatinamente de un sistema inquisitivo a un sistema mixto y posteriormente a un sistema de tendencia acusatoria que se diferenciaba de los anteriores tanto por la separación de las funciones de investigación y juzgamiento, pero además por la apuesta en la humanización del proceso con respeto por los derechos de los intervinientes, pero siempre bajo la igualdad de armas de los sujetos procesales.

Para dejar claridad entre los sistemas y ubicar los cambios de la nueva tendencia acusatoria se referirá la siguiente comparación:

Tabla 2. Comparación entre sistemas procesales

SISTEMA PROCESAL	SISTEMA PROCESAL	SISTEMA PROCESAL
PENAL INQUISITIVO	PENAL MIXTO	PENAL ACUSATORIO
1-Funciones de investigación, acusación y	de 1-Un órgano investiga y ejerce la acción penal y otro	1-Funciones de investigación acusación y

²² Esta ley otorgaba la facultad a los fiscales dependientes de la Procuraduría General de la Nación para investigar. Se abrió la posibilidad inicial a un sistema al parecer mixto, pues los jueces investigaban y juzgaban, pero además los fiscales de la Fiscalía investigaban, dejando la tarea de juzgamiento a los jueces.

juzgamiento centralizadas en un órgano.	juzga. Pero hay diferencia en esto entre fase de sumario y fase de juicio.	juzgamiento se encuentran distribuidas y separadas entre órganos independientes: fiscalía y judicatura.
--	--	---

2-El estado procede de 2-El juicio solo surge de la 2-Proceso es de partes.

oficio	acusación formulada,
	monopolio de la acción penal en cabeza del estado.

3-Proceso escrito y secreto	3-Investigación es escrita, secreta y con valor probatorio, aunque el juicio es oral, contradictorio y público.	3-Proceso escrito y público.
------------------------------------	---	------------------------------

4-Presunción de culpabilidad del procesado.	4-El titular de la acción penal puede afectar de manera preventiva derechos del sindicado.	4-Presunción de inocencia.
--	--	----------------------------

5-Detención preventiva como regla.	5-Detención preventiva es excepcional.
---	--

Nota: Información tomada del libro procedimiento penal acusatorio de Nelson Saray Botero.

(Botero, 2016, págs. 18,19,20)

Frente a la humanización del sistema, la tendencia acusatoria tendría esto como lo que requiere obligatoriamente un cambio de filosofía sobre lo procesal, así: “una nueva lectura del proceso, comprensiva del hombre (víctimas y victimarios), mediante la implementación, por una parte, de

espacios para las víctimas, que permitan el uso, dentro fuera del proceso, de los métodos alternativos para la solución de conflictos” (Sampedro Arrubla, 2010).

Es así que a través del acto legislativo 03 del 2002 se pasaron a fraguar las reformas a la constitución que permitieran el impulso de un cambio procesal penal, aquí se dispuso la modificación de los artículos constitucionales 116, 250 y 251 sobre los administradores de justicia y las funciones de la Fiscalía General de la Nación quien se convierte en parte en el proceso, a la par se dispuso la conformación de una comisión redactora²³ encargada de la creación de un nuevo código de procedimiento penal en Colombia que pudiera dar por fin un salto completo del modelo inquisitivo que tantos reparos frente a los derechos del procesado había causado en el país, hacia uno de tendencia acusatoria, desligando las funciones de investigación y juzgamiento, pero además proponiendo a las audiencias como públicas, con oportunidades de contradicción por parte de los sujetos procesales e intervinientes y además concentradas; esta comisión redactó, finalmente, la Ley 906 del 2004, el actual código de procedimiento penal colombiano, en definitiva, un sistema de partes en un proceso adversarial modulado con tendencia acusatoria y claramente adjudicativo. (Corte Constitucional Colombiana Sentencia C-260, 2011)

Los objetivos de la reforma procesal penal eran varios, entre estos, hacer más garantista el sistema penal para el procesado, pero a la vez garantizar una idónea y eficaz atención a las víctimas dándoles un papel de interviniente en el proceso con facultades dentro del mismo, a la par la implementación de un programa de justicia restaurativa; lo anterior para garantizar otros objetivos más generales como aumentar la eficacia y eficiencia del proceso penal, mejorar la confianza de la

²³ Artículo 4to del acto legislativo 03 del 2002.

ciudadanía en el proceso, mejorar la calidad de las decisiones judiciales, y en aras de ser coherente con la política criminal también se trazó la lucha contra la criminalidad organizada y grave²⁴.

2.2.1 Elementos doctrinarios del proceso penal.

Frente al sistema penal acusatorio podrían identificarse las siguientes características tomadas de la evolución histórica de los procedimientos penales, pero sobre todo de aquellos puntos de diferencia con el sistema penal inquisitivo que hacen de la tendencia acusatoria una nueva fórmula que podría llegar a replantear el uso del derecho por parte de los Estados. Los rasgos más definidos del proceso acusatorio son: el ejercicio de la acusación en un órgano distinto al juez; la división del proceso en dos fases, a saber: investigación-juzgamiento. Esto con el fin de evitar un probable prejuzgamiento por el juez; y la relativa vinculación del tribunal a las pretensiones de las partes. (Botero, 2016).

Frente a la diferencia entre las funciones de acusación y juzgamiento o principio de acusación, este es uno de los elementos principales y diferenciador con el sistema inquisitivo, que divide ambas funciones en pro de la imparcialidad pero sobre todo de un proceso justo donde quien investigue y acuse no tenga las facultades para resolver, sino que el juez en valoración de las pruebas y argumentos de las partes pueda alcanzar el conocimiento suficiente para una decisión en justicia. Este principio está integrado por tres subprincipios: “(i) *nemo iudex sine actore*, (ii) la

²⁴ Estos objetivos habían sido identificados plenamente por la corporación excelencia en la justicia a través del observatorio ciudadano al sistema penal acusatorio –CEJOSPA- y esbozados en el libro “Balance de los primeros cinco años de funcionamiento del SISTEMA PENAL ACUSATORIO en Colombia”, el cual realiza un diagnóstico del S.P.A teniendo en cuenta siete objetivos identificados para esta reforma procesal penal, a saber: 1. Aumentar la eficiencia y eficacia del proceso penal 2. Lucha contra la criminalidad grave y organizada 3. Hacer más garantista el sistema penal 4. Garantizar idónea atención a las víctimas 5. Implementar un programa de justicia restaurativa 6. Mejorar la confianza ciudadana en el sistema penal 7. Mejorar la calidad de las decisiones judiciales.

separación entre el órgano que acusa y el órgano que juzga y, (iii) el derecho a ser informado de la acusación. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal Sentencia SP1392, 2015).

Así mismo, el sistema refiere una división del proceso, con una fase de juzgamiento caracterizada por la oralidad, publicidad y congruencia en el procedimiento, tres elementos presentes en las audiencias que además de facilitar y dar celeridad a los procesos pueda garantizar un equilibrio, así la oralidad hace referencia a la realización de los procesos de forma verbal y presente que deje de lado la limitación escrita y permita un escenario de debate real, igualmente la publicidad se relaciona en términos del derecho de información de las partes e intervinientes en el proceso, pero además en la información a la opinión pública y, finalmente, la congruencia un principio que subyace de otros como el debido proceso, el principio acusatorio, el principio de legalidad y la presunción de inocencia, pues se estipula, en palabras simples, como una lógica procedimental sobre la coherencia y correspondencia entre lo realizado en el proceso y la decisión que se tome por el juez, siendo imposible que exista una extralimitación de este en términos del conocimiento pues los llamados a la *litis* son las partes, quienes utilizarán las herramientas del sistema para dotar al juez, que en todo caso será imparcial, del conocimiento necesario para resolver en derecho, lo anterior en aras de que el ciudadano procesado pueda tener certeza sobre la dimensión jurídica y naturaleza del proceso -imputación fáctica y jurídica- (Corte Constitucional Colombiana Sentencia C-025, 2010). Así mismo, este principio ha estado ligado principalmente al debate en el proceso sobre la variación jurídica que puede realizar el ente acusador, así por ejemplo se considera como garantía al procesado que este en el marco del proceso reconozca el mismo y acceda a la información y a las oportunidades procesales para intervenir, controvertir e impugnar, sin embargo la calificación jurídica podrá estar sujeta a cambios siempre que se respeten los

derechos de defensa y las garantías procesales. (Corte Constitucional Colombiana Sentencia C-025, 2010)

Por otro lado , con el fin de evitar un prejuzgamiento por parte de quien juzga, el sistema cuenta con un principio de Inmediación e imparcialidad del juez, relacionado con el principio acusatorio en tanto quien investiga no puede juzgar, bajo esta premisa se hace necesario la inmediación e imparcialidad del juez, la primera correspondiente al conocimiento y tratamiento del juez de las etapas procesales, incluida en especial la práctica de pruebas que garantice una correcta valoración de las mismas y la segunda es inherente al mismo sistema pues deberá existir una diferenciación de funciones que permita al juez tomar una decisión en justicia.

Actuación judicial a petición de parte, refiere a la fiscalía como parte del proceso quien actuará solicitando al juez las medidas que considere necesarios en cuenta a la protección de proceso y de la comunidad y la víctima, además son las partes, tanto fiscalía como defensa, quienes solicitarán al juez la sentencia, sea de condena o absolucón, valorando lo realizado en el proceso, no puede en ese sentido, definir arbitrariamente estas decisiones.

Los anteriores elementos fueron tomados para la construcción de la Ley 906 del 2004, estos se ven reflejados junto con otros elementos que añadió el legislador en aras de una coherencia y complementación a los elementos ya mencionados, que permiten desarrollar los objetivos de esta reforma en el capítulo preliminar del código de procedimiento penal colombiano, es así que finalmente quedan contempladas las siguientes herramientas orientadoras.

Dignidad Humana, tal cual como se establece en el contenido de principios rectores y garantías procesales de la Ley 906 del 2004 la dignidad humana es un principio orientador de este sistema, en tanto todos los intervinientes en el proceso deberán ser tratados con respeto a esta, definida por la Corte Constitucional de la siguiente manera:

La dignidad, como es sabido, equivale al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal. Equivale, sin más, la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. De esta manera, la dignidad se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado colombiano. Desarrollando los conceptos anteriores, la jurisprudencia constitucional en torno del derecho a la vida ha hecho énfasis en que éste no hace relación exclusivamente a la vida biológica, sino que abarca también las condiciones de vida correspondientes a la dignidad intrínseca del ser humano. (Corte Constitucional Colombiana Sentencia SU 062, 1999, pág. 9)

Libertad, según esta, nadie podrá ser molestado en su persona ni privada de su libertad salvo que se cuente con documento escrito expedido por la autoridad competente, en este caso autoridad judicial –reserva judicial-, este documento deberá contar con las formalidades de fondo y de forma que hayan sido estipuladas por el legislador -reserva de ley-.

En la ley 906 del 2004 contempla claramente que la libertad podrá ser restringida antes de sentencia, cuando la Fiscalía General de la Nación solicite al juez control de garantías la restricción de libertad del imputado bajo tres argumentos: “resulte necesaria para garantizar su comparecencia, o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial la de las víctimas.”²⁵ Mencionada restricción de libertad solo se mantendrá mientras las circunstancias no varíen y mientras la medida resulte ser razonable y proporcionada.

²⁵ Artículo 2 , ley 906 del 2.004 (...) El juez control de garantías previa solicitud de la Fiscalía General de la Nación , ordenara la restricción de la libertad del imputado cuando resulte necesaria para garantizar su comparecencia, o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial la de las víctimas(...)

Prelación de tratados internacionales, un principio que reitera lo ya desarrollado por el artículo 93 de la constitución política sobre la prevalencia de los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos.

Igualdad, aunque se establece el trato igualitario a los intervinientes en el proceso como una de las obligaciones del juez, también se deja claro en la Ley 906 del 2004 que este debe efectuar un trato especial a aquellas personas que se encuentran en desventaja ya sea por razones económicas, físicas, psíquicas o debilidad manifiesta. Aunado a lo establecido por la Constitución en su artículo 13 sobre la igualdad ante la ley y las autoridades, y protección de personas con debilidad manifiesta, el procedimiento penal en Colombia aplica lo mismo a los intervinientes en el proceso, puesto que su raza, opinión religiosa, política, filosófica, su lengua, su contexto u origen familiar o personal no podrán ser usados para efectuar un trato diferente.

Frente a la igual debe resaltarse la igualdad de armas entre los sujetos procesales, significa la posibilidad en igualdad que tienen las partes e intervinientes de defender sus derechos e interés en el proceso, sin embargo este principio ya fue limitado por la Corte Constitucional colombiana aduciendo que en todo caso esta igualdad de armas no puede afectar la estructura acusatoria y adversarial del nuevo proceso, así pues manifestó:

(...) en el marco del proceso penal, las partes enfrentadas, esto es, la Fiscalía y la defensa, deben estar en posibilidad de acudir ante el juez con las mismas herramientas de persuasión, los mismos elementos de convicción, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales. La igualdad de armas implica una garantía de equiparación entre dos (2) sujetos diferentes que pueden presentar desequilibrios en los medios de que disponen para acudir a la administración de

justicia a sustentar sus argumentos y defender sus intereses, por lo que se impone a las autoridades públicas y, en especial, a los operadores de la justicia el deber de promover el debate procesal en condiciones de igualdad en el ejercicio del derecho de contradicción entre la acusación y la defensa. Sin embargo, la igualdad de armas no significa absoluta igualdad de trato en todas las etapas procesales ni el deber legal de establecer idénticos contenidos del proceso, pues este principio debe ser compatible con la potestad de configuración del debido proceso que corresponde libremente al legislador dentro del marco constitucional. En efecto, en aras de proteger la igualdad de oportunidades en el proceso penal no podría pretenderse que los intervinientes y todos los sujetos procesales tengan idénticas condiciones sustanciales y procesales para ejercer sus derechos, puesto que ello conduciría a la uniformidad de los procedimientos y a la anulación de la discrecionalidad del legislador para configurar el derecho. En este sentido, se ha venido sosteniendo reiteradamente que el principio de igualdad de armas puede admitir limitaciones, especialmente justificables en la etapa de investigación penal, puesto que a pesar de que es fundamental que las partes cuenten con los medios procesales suficientes para defender sus intereses en el proceso penal, esa igualdad de trato no puede conducir a la eliminación de la estructura de partes que consagra el sistema penal acusatorio. (Corte Constitucional Colombiana Sentencia C-616, 2014, pág. 49)

Imparcialidad, este elemento se dirige a la entidad judicial y su obligación de tratar con objetividad lo respectivo al proceso en aras de encontrar la verdad y la justicia, este elemento se liga estrechamente con el de igualdad en tanto impone a los jueces su irrestricto ejercicio sin intereses personales ni a favor de terceros.

Legalidad o “*nulla poena sine lege*” que obliga a la existencia de una ley previa antes de imponer una pena.

Presunción de inocencia e indubio pro-reo, el cual hace presumir a todo ciudadano como inocente hasta que no exista sentencia en firme generada en el marco de un proceso penal, igualmente este elemento refiere que toda duda que exista frente a la situación del procesado se resolverá a favor de este, por lo tanto la carga de la prueba la tendrá el ente acusador, estableciendo que para la sentencia condenatoria debe existir un convencimiento más allá de toda duda razonable, al respecto la Corte:

La presunción de inocencia es uno de los derechos más importantes con que cuenta todo individuo; para desvirtuarla es necesario demostrar la culpabilidad de la persona con apoyo en pruebas fehacientes debidamente controvertidas, dentro de un esquema que asegure la plenitud de las garantías procesales sobre la imparcialidad del juzgador y la íntegra observancia de las reglas predeterminadas en la ley para la indagación y esclarecimiento de los hechos, la práctica, discusión y valoración de las pruebas y la definición de responsabilidades y sanciones. Colombia no puede de ninguna forma aprobar un texto que invite a la inversión de la carga de la prueba. (Corte Constitucional Colombiana Sentencia C-176, 1994, pág. 86).

Defensa, este elemento puede resumir en buena parte el tránsito que representa el sistema penal acusatorio en Colombia, puesto que asume una defensa real y en igualdad de condiciones en el proceso frente al ente acusador, posibilitando al procesado no solo la defensa técnica sino una serie de posibilidades que hacen honor al Estado social de derecho y el respeto por las garantías fundamentales, así pues no será obligado el procesado a declarar contra sí mismo, su cónyuge o compañero permanente, contra su familia hasta cuarto grado de consanguinidad, ni segundo de

afinidad, igualmente deberá ser oído en el proceso y su silencio no podrá ser utilizado en su contra, podrá tener comunicación con un defensor técnico en el marco de la privacidad, estar informado de los cargos que le son imputados y todo lo relacionado al proceso; más allá de la información el procesado podrá participar, controvertiendo e interviniendo en el proceso con la plena garantía de un juicio oral, público, concentrado, sin dilaciones y que le brinde todas las garantías con respeto a la igualdad de armas.

Frente al ejercicio a la defensa deberá en aras de su efectividad referirse al principio de congruencia, explicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en términos de los niveles de imputación, así está el fáctico y el jurídico, el primero representa una salvaguarda del debido proceso y la garantía de defensa y aunque el segundo tiene esta misma función, este puede variar. Así ha referido la CIDH:

La calificación jurídica de estos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variaciones los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación (Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, 2005)

Oralidad, el sistema penal acusatorio le apuesta a la oralidad, dejando constancia y registro de esta en todas las actuaciones.

Actuación procesal, este elemento se compone de otros ya expuestos, pues habla de una procedimiento eficaz que logre llegar a la justicia con plenas garantías para las partes y en respeto de los derechos fundamentales, dejando claro que siempre va a prevalecer el derecho sustancial. Así pues, el juez en el marco de la actuación procesal podrá sancionar aquel comportamiento que dilate u afecte el proceso de alguna manera.

Derechos de las víctimas, junto con el anterior elemento hacen parte de las grandes apuestas del sistema penal acusatorio, pues las víctimas como intervinientes especiales hacen parte del proceso y podrán intervenir, controvertir en el proceso, igualmente acceder a la información veraz y oportuna en el marco del mismo. Si bien las víctimas fueron consideradas en el sistema desde el principio y de hecho están dentro de los objetivos contemplados por la comisión redactora, es válido aclarar que vía jurisprudencia fueron adquiriendo más posibilidades en el proceso que permiten el desarrollo de sus derechos integralmente.

Lealtad, es tal vez un elemento que corresponde al aspecto interno y ético de los presentes en el proceso, a las partes, los intervinientes y los operadores judiciales, pues estos están en la obligación de actuar de buena fe.

Gratuidad, aunque la constitución no establece explícitamente a la gratuidad como un principio orientador de la administración de justicia, es claro que esta -la gratuidad- se encuentra ligada a valores de rango constitucional que orientan la administración de justicia, tales como la paz, igualdad, orden justo, la justicia en sí misma. Así pues, la Corte a mencionado sobre esta: De la Constitución se puede inferir el principio de gratuidad de la circunstancia de que la justicia constituye uno de los pilares o fundamentos esenciales para lograr la convivencia, la paz y un orden justo que haga realidad la igualdad jurídica y material, enmarcado dentro de la filosofía y el realismo del Estado Social de Derecho, justicia cuya aplicación, operatividad y eficacia se hace efectiva cuando las instituciones procesales creadas como instrumentos para asegurar su vigencia, arbitran los mecanismos idóneos para que puedan acceder a ellas todas las personas en condiciones de igualdad. La gratuidad es, en esencia, la condición para hacer realidad el acceso a la justicia en condiciones de igualdad, pues la situación económica de las

partes no puede colocar a una de ellas en situación de privilegio frente a la otra ni propiciar, por consiguiente, la discriminación (Corte Constitucional, Sentencia T-522, 1994).

Intimidad, este elemento refiere la privacidad de cada ciudadano como un elemento inviolable. Sin embargo, medidas y acciones que representen una intromisión en la intimidad del ciudadano como los allanamientos, registros e incautaciones podrán realizarse previa orden de la fiscalía o su delegado.

Contradicción, este elemento comporta una garantía para el proceso pero específicamente para el procesado, primero posibilitando la contradicción a todos los sujetos procesales y segundo obligando a la fiscalía en la audiencia de acusación a suministrar los elementos e información que sean favorables para su teoría del caso, pero también que sean favorables para el procesado.

Inmediación, este principio refiere la obligatoria acción judicial, en especial la relacionada con el aspecto probatorio en el proceso, así el juez deberá tomar como prueba aquella que haya sido incorporada en audiencia pública, oral, concentrada y que además haya sido posible controvertir, al respecto la Corte Constitucional colombiana: “La inmediatez permite al juez percibir de su fuente directa las pruebas y las alegaciones de las partes” (Corte Constitucional, Sentencia T-205, 2011, p. 16).

Concentración, este elemento refiere a la continuidad del proceso, en especial lo relacionado a la prueba y el debate probatorio, lo que permite un efectivo actuar del juez en aras de la justicia, así la Corte Constitucional Colombiana: “la concentración hace posible valorar el acervo probatorio en un lapso temporal que no debe ser prolongado, para que lo interiorizado por el juzgador no se desvanezca con el transcurrir del tiempo (...)” (Corte Constitucional, Sentencia T-205, 2011, p. 16).

Publicidad, este elemento es coherente con el principio de igualdad, pero además con los derechos que se dan como garantías por el sistema a todos los sujetos procesales, este elemento aplica adicionalmente a los medios de comunicación y opinión pública. El juez deberá valorar los casos en que considere que la publicación puede llegar a afectar al proceso o a la víctima.

Juez natural, establece quien juzga al infractor, así pues todos deberán ser juzgados por el tribunal que previo al hecho haya sido designado para tal función, en consecuencia nada será juzgado por juez o tribunal *ad hoc*²⁶ especial.

Doble instancia, este elemento hace referencia a los recursos contra decisiones judiciales, así la ley 906 del 2.004 desarrolla este elemento como la posibilidad de apelar sentencias y autos sobre la libertad del imputado o acusado, igualmente que afecten la práctica de pruebas o que tengan efectos patrimoniales.

Cosa juzgada, este elemento se muestra además como una garantía al procesado, puesto que una vez se haya proferido sentencia y se encuentre ejecutoriada no se podrá reabrir una investigación en proceso penal por los mismos hechos ya resueltos por la justicia.

Restablecimiento del derecho, este elemento tiene que ver con las consecuencias del delito, así pues estas podrán ser detenidas mediante medidas adoptadas por la Fiscalía General de la Nación o por el juez.

Cláusula de exclusión, un elemento ligado al tema probatorio que establece la imposibilidad de obtención de pruebas vulnerando los derechos fundamentales, en mencionada situación la prueba será nula.

²⁶ Locución latina que significa “para esto”, refiere una especificidad. Cuando se hace referencia a este tipo de tribunales u órganos de juzgamiento se puede referenciar los tribunales *ad hoc* conformados después de los sucesos de guerra de 1991 en la ex Yugoslavia y de 1994 en Ruanda, fueron tribunales creados después de estas fechas, de manera especial para juzgar a los responsables de la violación al Derecho Internacional Humanitario y los derechos humanos.

Ámbito de la jurisdicción penal, este elemento refiere la coherencia entre la ley penal y de procedimiento penal en términos de competencia, así todo delito de la ley penal será investigado y juzgado según el contenido de la Ley 906 del 2004.

Integración, refiere la integración normativa, así en las situaciones que no sean contempladas por la Ley 906 del 2004 o sus disposiciones complementarias se aplicará las del Código de Procedimiento Civil y otros ordenamientos procesales cuando no sean contrarios a la naturaleza del procedimiento penal.

Prevalencia, este elemento es de obviar pues los principios son aquellos criterios orientadores, sin embargo la Ley 906 del 2004 también establece que los principios -los elementos que se han esbozado en este capítulo- podrán también se utilizados como fundamento de interpretación.

Moduladores de la actividad procesal, este elemento blindo el proceso de injusticia y excesos, en ese sentido estipula como orientadores de la función de los servidores públicos, la necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento.

Concluyendo, el espíritu de conformación de la Ley 906 del 2004 reflejado en sus objetivos y alcances pretende dar un vuelco a la concepción filosófica del proceso penal, no solamente brindando garantías de justicia sino a la par, y en aras de un equilibrio, respetando y trabajando por el respeto de la garantías fundamentales; esto sin llegar a crear un antagonismo que someta a una por otra, sino por el contrario a generar un proceso integro que pueda desarrollar los principios de los estado democráticos y pueda cambiar la visión del derecho, en especial del Derecho Penal como arma exclusiva de hegemonía. Deberá analizarse en todo caso si estos principios se cumplen en lo concreto del procedimiento penal colombiano y como los han limitado o ampliado la jurisprudencia.

2.2.2 Estructura dialéctica- formal del proceso penal en Colombia.

En Colombia se encuentran tres etapas del proceso penal determinadas de la siguiente manera: Indagación, investigación y juicio; para el doctor Nelson Saray Botero estas pueden representarse en dos fases bien definidas, la primera investigativa que comprende tanto la indagación como la investigación, y la segunda la fase de juzgamiento que comprende las fases intermedias y el juicio oral –eje central del proceso-, así:

Tabla 3. Estructura formal del proceso -fases-

PRIMERA FASE	SEGUNDA FASE
Noticia criminal²⁷	Acusación
Indagación²⁸	Preparatoria
Imputación	Juicio Oral
Prueba anticipada	Fallo
Medidas de protección	Individualización de la Pena
Medidas cautelares	Incidente de Reparación

²⁷ Oficio, denuncia, querrela, petición especial. –Artículo 66 ley 906 del 2.004-.

²⁸ Programa metodológico entre fiscalía y policía judicial: Actividades que no requiere control judicial y otras que lo requieren ya sea previo o posterior.

Principio de oportunidad

Preclusión

Aceptación de cargos

Preacuerdos

Nota: Información tomada del Libro de Nelson Saray Botero. (Botero, Estructura Formal del Proceso Penal, 2016)

Dentro del proceso penal acusatorio guiado por los fines tratados con anterioridad, que lo harían más efectivo que el sistema inquisitivo, se establecieron algunas excepciones a la regla y posibilidades dadas tanto para el procesado como para la víctima que implicaban una ventaja para la administración de justicia en tanto no se generaba el desgaste propio del proceso.

Esto es posible solo en un proceso dialéctico y corresponde a lo denominado por Nelson Saray Botero como estructura dialéctica del debido proceso, en el cual se cuenta con dos estructuras, la primera formal y la segunda conceptual. La primera trata la sucesión o principio antecedente-consecuente en los actos jurisdiccionales, así se identifican plenamente unas acciones y espacios desarrollados uno tras otro sin ser posible su afectación so pena de nulidad del proceso. Sin perjuicio de lo anterior también es legítimo, si se encuentra definido por ley de manera clara e inequívoca y sustentado en mandatos constitucionales y legales, generar mecanismos de anticipación que no agoten por completo el proceso, estas posibilidades se pueden ver en la aplicación del principio de oportunidad, el allanamiento a la imputación y los preacuerdos entre el imputado y la fiscalía que pretenden responder a apuestas de política criminal y sobre todo a los fines del nuevo proceso penal acusatorio sobre la administración de justicia y la eficiencia de esta (Botero, 2016). Por su parte, la estructura conceptual está dirigida a la pretensión punitiva del

Estado, una estructura más rígida compuesta por tres aspectos: “uno: personal, dos: fáctico, tres: jurídico”, esta refiere la definición de la conducta punible y si más allá de toda duda, fue realizada por el presunto infractor. (Botero, 2016).

Resaltamos por su importancia y lo novedoso en el sistema penal acusatorio, la estructura formal, de carácter evidentemente preclusivo y correspondiente con la política criminal del estado, así:

Inicialmente se estipula la audiencia de legalización de captura, en la cual el juez hará control de la aprehensión realizada teniendo en cuenta que la Ley 906 del 2004 en su artículo 300 posibilitó la captura excepcional por orden de la fiscalía en tres eventos: cuando haya riesgo de fuga del presunto infractor, cuando pueda existir interrupción o afectación al proceso como la alteración de pruebas y finalmente cuando este se considere como peligro para la víctima, respecto a esta última dispone la ley: “si no es realizada la captura, el indiciado realicen contra de ella –la víctima- una conducta punible”.

Después de la legalización de captura, por lo general se realiza seguidamente y el mismo día la formulación de imputación, una actuación de comunicación al, hasta en ese momento, indiciado que se convertirá en imputado, en la cual se le informa sobre la indagación que se adelantará sobre su probable participación en acontecimientos delictivos.

Seguidamente esta la acusación, luego del acto de mera comunicación -imputación- el fiscal debe, sin perjuicio de la aplicación del principio de oportunidad y la preclusión, presentar el escrito de acusación con el cual se da inicio a la fase de juicio o juzgamiento el cual presupone que la fiscalía presume contar con los elementos suficientes para convencer al juez y en ese sentido generar una sentencia condenatoria. Sin embargo, la acusación no termina con el escrito pues esta es un acto complejo que requiere que el escrito se presente de manera oral en audiencia denominada

audiencia de acusación (Botero, 2016). En esta después del traslado del escrito de acusación se puede dar la intervención de las partes e intervinientes para solicitar la aclaración, adición, y corrección del escrito.

Igualmente, ni en esta audiencia ni en el marco del proceso se pueden incorporar hechos nuevos ni hechos que no hayan sido previamente imputados al procesado que cambien la imputación fáctica, aunque lo anterior no significa que la estimación jurídica no pueda ser cambiada, pues bien lo ha manifestado la Corte Constitucional Colombiana sobre la valoración jurídica, que mientras la valoración fáctica debe permanecer incólume la jurídica no, pues es posible que en el marco de las labores de investigación se encuentren mayores pormenores y detalles que permitan modificar correctamente la calificación jurídica (Botero, 2016).

Posterior está la preparatoria del juicio oral, una audiencia crucial en términos probatorios en tanto en esta se realiza el descubrimiento probatorio exigiendo a las partes identificar la conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba, además de dar la posibilidad que entre estas se realicen estipulaciones probatorias para dar como probados algunos de los hechos o circunstancias, aclarando que se estipulan hechos y no pruebas. A su vez las partes pueden solicitar al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba.

Juicio Oral, es el eje central del proceso caracterizado como la disputa epistemológica para llenar de conocimiento al juez. Es desarrollado en un debate público y oral en donde se dará la práctica de pruebas con inmediatez del juez, primero las pruebas de la fiscalía y luego las de la defensa. Igualmente se realizarán alegaciones iniciales o la presentación de teoría del caso no siendo obligatorio que la defensa las presente, seguidamente se dará el espacio de alegaciones finales o alegatos de conclusión en los cuales las partes solicitaran al juez sentencia ya sea condenatoria o absolutoria. Se continúa con la audiencia de individualización de la pena y

sentencia, esta se realizará en tanto el fallo fuere condenatorio o si hubiere acuerdo celebrado con la fiscalía, en esta audiencia se referirá las condiciones individuales familiares, sociales y antecedentes del sentenciado -traslado del 447-. Dejando claro que el estándar para emitir sentencia de condena se expresa como el conocimiento más allá de toda duda razonable fundada en las pruebas debatidas en juicio oral y público.

Finalmente está el Incidente de reparación integral, este espacio es probatorio y de carácter civil, se generará bajo tres supuestos ineludibles: el primero, que exista sentencia ejecutoriada; el segundo, que exista una solicitud para la apertura del incidente, aunque puede realizarse de oficio por el juez en los casos expresamente contemplado por la ley y el tercer supuesto es que se tenga legitimación procesal referido tanto al demandante como al demandado -legitimación por activa, legitimación por pasiva- (Botero, 2016). En esta audiencia se pretende generar la reparación de la víctima, por eso es necesario que exista condena y que los legitimados sean quienes lleven a cabo la audiencia.

Se deja claro que en el proceso hay dos partes -adversariales-: la fiscalía, quien ejerce la acción penal y la defensa, teniendo esta primera la carga de la prueba. Sin embargo, el legislador también contempló la posibilidad de intervención de otros sujetos, los más importante son la víctima como interviniente especial y protegido (Corte Constitucional, Sentencia C 209, 2007) quien defenderá sus intereses con la posibilidad de intervenir como por ejemplo con los alegatos de conclusión o de ser representada por la fiscalía en el juicio oral, igualmente se contempla al ministerio público como interviniente especial, quien defenderá el orden jurídico; la protección del patrimonio público y el respeto por las garantías y derechos fundamentales.

Ahora bien, aunque la estructura formal del sistema penal acusatorio permite la terminación anticipada del proceso penal, este no es un elemento exclusivo de este sistema (Botero, 2016) pues

el decreto 2700 de 1991 y la ley 600 de 2000 ya contaban con la posibilidad de sentencia anticipada, sin embargo, en aras de la eficacia del proceso como objetivo de este sistema, estas formas excepcionales deben estar casi que por obligación en el sistema penal acusatorio.

Así, debe recordarse que entre los objetivos descritos sobre la reforma acusatoria se encontraba el de aumentar la eficacia y eficiencia del proceso penal y mejorar la confianza de la ciudadanía en este; dos fines directamente proporcionales pues al existir un proceso sin dilaciones y que sea efectivo en términos de responder a la ciudadanía, se generará a la par la confianza en de esta en el sistema. Lo anterior sin perjuicio del debido proceso. En consecuencia, pueden encontrarse las siguientes posibilidades, sin agotamiento del proceso y en especial de la etapa probatoria, en la ley 9006 del 2004: el principio de oportunidad, los preacuerdos, el allanamiento a cargos y la preclusión.

De igual forma se presenta antes de proferir la condena la posibilidad de solicitar al juez la valoración del contexto del procesado y solicitar algunas medidas también llamadas alternativas, que si bien no implican un efecto en el proceso, como las medidas que no lo agotaban en su totalidad, si se genera como una posibilidad para el procesado que hace parte de la materialización de los objetivos de este sistema en cuanto a la humanización , pero igualmente frente a las garantías del procesado; estas posibilidades son los subrogados penales.

Los subrogados penales son medidas que se desarrollan en el marco del sistema como posibilidades de humanización del mismo, permiten en remplazar una pena restrictiva de la libertad por otra de mayor favorabilidad para el condenado. Entre estas medidas se encuentra la suspensión de la ejecución de la pena, la libertad condicional, la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad, prisión domiciliaria y vigilancia electrónica.

El fundamento de este tipo de posibilidades se genera en concordancia con uno de los fines del nuevo sistema que se recalcó con anterioridad, es decir la humanización del proceso, así la Corte Constitucional en sentencia C-425 del 2008: “fundamento la humanización del Derecho Penal y la motivación para la resocialización del delincuente” (Corte Constitucional, sentencia C 425, 2008, p. 78).

Además, deberán referirse otras circunstancias de excepcionalidad dentro del proceso que no implican su terminación anticipada, sino que pretenden proteger el proceso, así pues, está la medida de aseguramiento, como medida preventiva.

Las medidas de aseguramiento pueden ser privativas o no privativas de la libertad, estas deberán ser solicitadas por el fiscal ante el juez control de garantías quien decretará la medida cuando “de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o participe de la conducta delictiva que se investiga”, lo anterior siempre que se cumpla con alguna de las tres circunstancias:

“1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.

2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.

3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá sentencia.”

De los anteriores requisitos se tiene que dos de ellos protegen al proceso, mientras que uno protege a la comunidad y las víctimas.

De igual manera el código de procedimiento penal establece las circunstancias en las cuales se puede establecer que el imputado es un peligro para la víctima, estas tienen que ver, como se verá más adelante según las modificaciones parciales a la ley 906 del 2004, con las continuaciones de la

actividad delictiva , el número de delitos y su naturaleza , estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional o que existan sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional, cuando se utilicen armas de cualquier tipo –de fuego o blancas- , cuando el punible por abuso se halla cometido contra menor de 14 años y cuando se haga parte de un grupo de delincuencia organizada, frente a este punto se deberá tener en cuenta la ley 1890 del 2018 que establece la determinada pautas para los grupos armados organizados y los grupos delictivos organizado²⁹.

Ahora bien, no solo basta con cumplir alguno de los requisitos del artículo 308 del código de procedimiento sino que se deberá en términos de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, en virtud de la ley 1760 del 2015, demostrar por quien la solicite al juez control de garantías que las medidas no privativas de la libertad son insuficientes para cumplir con los fines adjudicados a ella.

2.2.3 Modificaciones al sistema procesal penal ley 906 del 2.004

✓ LEY 1121 DEL 2.006

Esta ley se generó para la “prevención, detención, investigación, y sanción de la financiación al terrorismo” cuenta con veintiocho artículos los cuales modifican disposiciones de varias leyes, incluidas especialmente ley 599 del 2.000 y la ley 906 del 2.004.

Frente a la ley 906 del 2.004 se contemplan dos modificaciones referidas al conocimiento de los jueces penales del circuito especializado y al principio de oportunidad. Además, se menciona la exclusión de beneficios y subrogados penales.

²⁹ En todo caso la calificación jurídica provisional no será por virtud propia determinante frente a la imposición de la medida de aseguramiento, es decir , de la calificación jurídica no se podrá inferir si el procesado representa un riesgo para el proceso o para la víctima, esto en virtud del contenido de la ley 1760 del 2015.

Al respecto los cambios más significativos³⁰:

Parágrafo 3 del artículo 25, el texto original rezaba: “En ningún caso el Fiscal podrá hacer uso del principio de oportunidad cuando se trate de hechos que puedan significar violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Roma, y delitos de narcotráfico y terrorismo”; este fue modificado por esta ley de la siguiente manera: “En ningún caso el fiscal podrá hacer uso del principio de oportunidad cuando se trate de hechos que puedan significar violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Roma, y delitos de narcotráfico, terrorismo y financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas”. Existiendo una adición de la expresión “y financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas”, así mismo de manera posterior se generó una modificación respecto al parte subrayado que fue declarado inexecutable mediante sentencia 095 del 2.007.³¹

Igualmente está el artículo 26, aunque este artículo no modifico, sí estableció algunas exclusiones y límites a disposiciones de la ley 906 del 2.004. Sobre estos la ley 1312- reforma la ley 906 del 2.004-, de manera posterior, recogió contenido del artículo en cuestión– artículo 26 de la ley 1121 del 2006-. El artículo es el siguiente: 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

³⁰ Estos cambios refieren aquellos realizados por la ley 1142 del 2.007 a la ley 906 del 2.004 que servirán de base para los análisis posteriores sobre la influencia o no del derecho penal del enemigo en el proceso penal colombiano, se refiera entonces sobre el principio de oportunidad y la limitación a beneficios.

³¹ En esta ocasión fueron demandados por cargos de inconstitucionalidad algunos numerales del artículo 324 , pero además el parágrafo primero – de manera parcial- y el parágrafo tercero en su integridad, frente a este último solo fue declara la inexecutable de la expresión : "de acuerdo con lo dispuesto en el estatuto de Roma".

sustitutivos 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”, estipulando así límites a la aplicación de sentencia anticipada.

✓ LEY 1098 DEL 2006

Por medio de esta ley se expide el código de infancia y adolescencia que contempla 217 artículos, de los cuales 3 se remiten a la ley 906 de 2.004 y uno -el artículo 199- refiere a restricciones y exclusiones en el marco de los beneficios y mecanismos sustitutivos penales.

Aunque esta ley no modifico, sí estableció algunas exclusiones y límites a disposiciones de la ley 906 del 2.004 sobre beneficios y mecanismos sustitutivos, respecto a 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.

Aunque son varias las limitaciones a los beneficios y mecanismos sustitutivos nos importan: La limitación del otorgamiento del beneficio de la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario a detención en lugar de residencia, la limitación al principio de oportunidad por reparación a la víctima, la prohibición sobre los subrogados de suspensión condicional de la ejecución de la pena ni libertad condicional y la prohibición en las rebajas de pena por preacuerdo.

✓ LEY 1142 DEL 2.007

Por medio de esta ley “se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana”; cuenta con cincuenta y

seis artículos, entre los cuales se reforma la ley 906 del 2.004³², la 599 del 2.000 y la ley 600 del 2.000.

Son varias las reformas efectuadas por esta ley a la ley 906 del 2.004, contando con treinta y tres artículos al respecto. Los cambios más significativos son³³:

Frente al imputado como peligro para la sociedad se tiene que el artículo 24 de la ley 1142 del 2.007 modifico el artículo 310 de la ley 906 de 2004 quedando de la siguiente manera: “Peligro para la comunidad. Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, será suficiente la gravedad y modalidad de la punible. Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias: 1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.3. El hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional”

Igualmente deberá referirse por su importancia el cambio realizado por el artículo 28 de la ley

³² Mencionados artículos refieren sobre el principio de libertad, el conocimiento de los jueces municipales, la función de control de garantías, los delitos que requieren querrela, sobre la administración de los bienes, las funciones de la policía judicial en procesos sobre laboratorios de sustancias alucinógenas, sobre bienes y recursos no reclamados, afectación de bienes en delitos culposos, sobre la captura, modalidades en audiencia preliminar, la apelación, alcance de la orden de registro y allanamiento, interceptación de comunicaciones telefónicas, audiencia control de legalidad posterior, impugnación de la decisión de juez control de garantías, formalidades de la imputación, requisitos generales para la captura, tramite orden de captura, captura excepcional por orden de la fiscalía, policía judicial en caso de captura, formalización de la reclusión, peligro para la comunidad, no comparecencia del imputado, sustitución de la detención preventiva, medidas de aseguramiento no privativas de la libertad, incumplimiento de la obligación del imputado al concedérsele la detención domiciliaria, causales de libertad, deberes y atribuciones especiales de la defensa, términos del juez para adoptar decisiones y órganos en el proceso.

³³ Estos cambios refieren aquellos realizados por la ley 1142 del 2.007 a la ley 906 del 2.004 que servirán de base para los análisis posteriores sobre la influencia o no del derecho penal del enemigo en el proceso penal colombiano, se refiera entonces sobre la captura, las medidas preventivas, los registros, allanamientos y la interceptación de comunicaciones.

1142 del 2.007 sobre las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad quedando el artículo 315 de la ley 906 del 2.004 de la siguiente manera:

“Medidas de aseguramiento no privativas de la libertad. Cuando se proceda por delitos cuya pena principal no sea privativa de la libertad, o por delitos querellables, o cuando el mínimo de la pena señalada en la ley sea inferior a cuatro (4) años, satisfechos los requisitos del artículo 308, se podrá imponer una o varias de las medidas señaladas en el artículo 307 literal b), siempre que sean razonables y proporcionadas para el cumplimiento de las finalidades previstas”.

Lo anterior cambio la expresión: “o cuando el mínimo de la pena señalada en la ley no exceda de cuatro (4) años” por “o cuando el mínimo de la pena señalada en la ley sea inferior a cuatro (4) años”.

Así mismo frente a la captura excepcional por orden de la fiscalía, la ley 1142 del 2011 estipulo una causal adicional para que esta prosperara, modificando el artículo 300 de la ley 906 del 2.004. Las causales bajo las cuales la captura por orden de la fiscalía puede generarse es bajo captura escrita y motivada del fiscal general de la nación o su delegado siempre que pueda inferirse razonablemente que el indiciado es autor o participe, además cuando se generen las siguientes situaciones frente a este:

- “1. Riesgo inminente de que la persona se oculte, se fugue o se ausente del lugar donde se lleva a cabo la investigación.
2. Probabilidad fundada de alterar los medios probatorios.
3. Peligro para la seguridad de la comunidad o de la víctima en cuanto a que, si no es realizada la captura, el indiciado realice en contra de ellas una conducta punible.”

✓ LEY 1453 DEL 2011

Esta ley refiere cambios tanto en el Código Penal, como en el Código de Procedimiento Penal y el Código de Infancia y Adolescencia, cuenta con ciento once artículos de los cuales veintisiete realizan modificaciones o adiciones en la ley 906 del 2.004³⁴. Al respecto los cambios más significativos³⁵:

Frente a las excepciones al requisito de la orden escrita de fiscalía para realizar registro u allanamiento, el artículo 51 de esta ley, se establecen tres causales:

“1. Medie consentimiento expreso del propietario o simple tenedor del bien objeto del registro, o de quien tenga interés por ser afectado durante el procedimiento. En esta eventualidad, no se considerará como suficiente la mera ausencia de objeciones por parte del interesado, sino que deberá acreditarse la libertad del afectado al manifestar la autorización para el registro.

En todo caso, la Fiscalía deberá someter a control posterior de legalidad esta diligencia.2. No exista una expectativa razonable de intimidad que justifique el requisito de la orden. En esta eventualidad, se considera que no existe dicha expectativa cuando el objeto se encuentra en campo abierto, a plena vista, o cuando se encuentra abandonado.

³⁴ Mencionados cambios se hicieron sobre tópicos como el registro nacional de ordenes de captura, la función de control de garantías, la duración de los procedimientos, el diligenciamiento de órdenes de registro y allanamiento, las excepciones al requisito de la orden escrita de fiscalía para proceder al registro y allanamiento, la interceptación de comunicaciones, la recuperación producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicación, vigilancia y seguimiento, vencimiento de términos, la flagrancia, la formalización de reclusión, la solicitud de medida de aseguramiento, la procedencia de la detención preventiva, las causales de libertad, los documentos procedentes del extranjero, la presentación de documentos, el principio general, el peligro para la comunidad, sobre protección de testigos en etapa de indagación e investigación, protección a la imagen de los testigos, audiencia control de legalidad posterior, el procedimiento caso de aceptación de la imputación, la extradición simplificada, la solicitud de cambio de radicación, la identificación e individualización, los delitos que requieren querrela.

³⁵ Estos cambios refieren aquellos realizados por la ley 1142 del 2.007 a la ley 906 del 2.004 que servirán de base para los análisis posteriores sobre la influencia o no del derecho penal del enemigo en el proceso penal colombiano, además los cambios que se realizaron a disposiciones anterior mencionadas que también modificaban la ley 906 del 2.004.

3. Se trate de situaciones de emergencia tales como incendio, explosión, inundación u otra clase de estragos que pongan en peligro la vida o la propiedad, o en situaciones de riesgo inminente de la salud, la vida o integridad personal o sexual de un menor de edad.”

Aunque con anterioridad se había estipulado una cuarta razón, esta fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C 519-2007 (Corte Constitucional, sentencia C 519, 2007)

Igualmente, de esta ley se resalta la modificación del artículo 310 de la ley 906 del 2.004 que previamente había sido modificado por el artículo 24 de la ley 1142 del 2007, quedando de la siguiente manera:

Peligro para la comunidad. Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible, además de los fines constitucionales de la detención preventiva. Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias:

1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.
2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.
3. El hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional. (Corte Constitucional, sentencia C 121, 2012).

El apartado subrayado fue declarado inexecutable por la Corte en sentencia c-121 del 2012.

✓ LEY 1760 DEL 2015

Mediante esta ley se modifica parcialmente la ley 906 del 2.004 en lo relacionado a las medidas de aseguramiento, cuenta con cinco artículos referentes a la duración de esta medida preventiva privativa de la libertad estableciendo un término de un año que podrá prorrogarse hasta por el mismo tiempo inicial “Cuando el proceso se surta ante la justicia penal especializada, o sean tres (3) o más los acusados contra quienes estuviere vigente la detención preventiva, o se trate de investigación o juicio de actos de corrupción de los que trata la Ley 1474 de 2011”; igualmente se establece que la calificación jurídica no será por si sola determinante para la imposición de la medida , es decir , por esta no se establecerá el riesgo que significa el procesado para el proceso mismo y para la víctima o la sociedad. Y finalmente por virtud de su artículo 4 se modifican las causales de libertad.

Como contenido más importante para efectos de este documento se estableció lo siguiente frente a la peligrosidad del sujeto para la víctima y la sociedad:

Artículo 310. *Peligro para la comunidad.* Para estimar si la libertad del imputado representa un peligro futuro para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad y modalidad de la conducta punible y la pena imponible, el juez deberá valorar las siguientes circunstancias:

1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.
2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.

3. El hecho de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.
4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.
5. Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas.
6. Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años.
7. Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada

Los apartes que se encuentran subrayados fueron declarados exequibles mediante la sentencia C 469 del 2016.

✓ LEY 1786 DEL 2016

Por medio de esta ley se modifican algunas disposiciones de la ley 1760 del 2015 que modificaban parcialmente la ley 906 del 2004, los cambios más significativos para este documento se ven reflejados en la modificación del artículo 1 de la ley 1760 del 2015 pues se agrega una circunstancia susceptible de prórroga de la medida de aseguramiento privativa de libertad , así pues no solo se dará cuando el proceso se desarrolle ante la justicia penal especializada, o sean tres o más los acusados, o se esté ante actos de corrupción de la Ley 1474 de 2011 sino adicionalmente por cualquiera de las conductas previstas en el Título IV del Libro Segundo de la Ley 599 de 2000 , es decir contra los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales.

Igualmente se identificó una adición frente a la prórroga, así esta ley contempla que:

La prórroga del término máximo de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad a la que hace referencia el artículo 1o de la Ley 1760 de 2015 podrá solicitarse ante el Juez de Control de Garantías dentro de los dos (2) meses anteriores a su vencimiento, incluso desde antes de que dicho artículo entre en vigencia.

✓ LEY 1908 DEL 2018

Esta ley se expide en desarrollo de los acuerdos de paz realizados entre el gobierno nacional de Juan Manuel Santos y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia Ejercito del Pueblo FARC-EP- ; con esta se pretende fortalecer la investigación y judicialización de organizaciones criminales, cuanta con sesenta artículos dentro de los cuales se modifica la ley 599 del 2.000 y la ley 906 del 2.004, correspondiendo para esta última catorce artículos que reforman y adicionan.

Aunque esta ley esencialmente pretende facilitar la entrega colectiva de miembros de grupos organizados estipulando una serie de condiciones para realizar dicha entrega, pero además una serie de compromisos en materia penal para aquellos que se acogen a esta ley; por otro lado aumenta la punibilidad en los casos que no se acojan a su título tercero.

Así esta ley se aplica para los grupos delictivos organizados (GDO) y los grupos armados organizados (GAO)³⁶, definidos en la normatividad de la siguiente manera:

- GAO: Aquellos que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte del territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas.

Para identificar si se está frente a un Grupo Armado Organizado se tendrán en cuenta los

³⁶ La determinación de la clase de grupo será realizada por el consejo de seguridad nacional.

siguientes elementos concurrentes: • Que use la violencia armada contra la Fuerza Pública u otras instituciones del Estado; la población civil; bienes civiles, o contra otros grupos armados.

• Que tenga la capacidad de generar un nivel de violencia armada que supere el de los disturbios y tensiones internas. • Que tenga una organización y un mando que ejerza liderazgo o dirección sobre sus miembros, que le permitan usar la violencia contra la población civil, bienes civiles o la Fuerza Pública, en áreas del territorio nacional.

- GDO: El grupo estructurado 'de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la Convención de Palermo, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material. Los delitos cometidos por estos grupos no necesariamente tendrán que ser de carácter transnacional sino que abarcarán también aquellos delitos que se encuentren tipificados en el Código Penal Colombiano.

La diferenciación entre estos dos conceptos sobre la estructuras al margen de la ley podría evidenciarse en la motivación de su actividad , pues con los GDO se especifica su actividad delictiva en objeto de beneficios económico u otros de orden material, mientras que para los GAO no se establece ningún motivo específico; igualmente de la conceptualización de ambas estructuras se puede extraer que los GAO serían más difíciles de combatir por parte del estado en tanto hay una organización más grande , ordenada y con mayor capacidad de daño.

Cabe resaltar que esta ley agrava la situación punitiva de los G.A.O y los G.D.O, así por ejemplo se establece en el artículo 23 que adicional el articulo 307 a la ley 906 del 2.004 sobre el término de las medidas preventivas que: “Cuando se trate de delitos cometidos por miembros de Grupos Delictivos Organizados el término de la medida de aseguramiento privativa de la libertad

no podrá exceder de tres (3) años. Cuando se trate de Grupos Armados Organizados, el término de la medida de aseguramiento privativa de la libertad no podrá exceder de cuatro (4) años. Vencido el término anterior sin que se haya emitido sentido del fallo, se sustituirá la medida de aseguramiento por una no privativa de la libertad que permita cumplir con los fines constitucionales de la medida en relación con los derechos de las víctimas, la seguridad de la comunidad, la efectiva administración de justicia y el debido proceso.”

Lo anterior generando un aumento en términos temporales de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, dado que la ley 906 del 2.004 establece de forma genérica que esta medida no podrá exceder un año, aunque exista posibilidades de prórroga.

Igualmente, frente al requisito o causal para la aplicación de las medidas de aseguramiento la nueva ley refiere una adición al artículo 313 de la ley 906 del 2.004 estableciendo condiciones de peligro y de no comparecencia a las investigaciones, de aplicación exclusiva a los GAO y los GDO, determinando:

Artículo 313A. Criterios para determinar el peligro para la comunidad y el riesgo de no comparecencia en las investigaciones contra miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados. En las investigaciones contra miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados, para los efectos del artículo 296 de la Ley 906 de 2004, constituirán criterios de peligro futuro y riesgo de no comparecencia, cualquiera de los siguientes: 1. Cuando el tiempo de existencia del grupo supere dos (2) años. 2. La gravedad de las conductas delictivas asociadas con el grupo; especialmente si se trata de delitos como el homicidio, secuestro, extorsión o el lavado de activos. 3. El uso de armas letales en sus acciones delictivas. 4. Cuando la zona territorial o el ámbito de influencia del grupo recaiga sobre cualquier zona del territorio o dentro de los territorios que conforman la cobertura geográfica de los Programas de

Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET). 5. Cuando el número de miembros del grupo sea superior a quince (15) personas. 8 6. Haber sido capturado o imputado dentro de los tres años anteriores, por conducta constitutiva de delito doloso. 7. Cuando las víctimas sean defensores de Derechos Humanos o hagan parte de poblaciones con especial protección constitucional. Se pondrá especial énfasis en la protección de mujeres, niñas, niños y adolescentes, quienes han sido afectados por las organizaciones criminales objeto de esta ley. Este enfoque tendrá en cuenta los riesgos específicos que enfrentan las mujeres contra su vida, libertad, integridad y seguridad y serán adecuadas a dichos riesgos. 8. La utilización de menores de edad en la comisión de delitos por parte del grupo. 9. Se tendrá en cuenta los contextos y las particularidades del territorio, incluidas las problemáticas y actores presentes en el que evidencia la amenaza, el riesgo y la vulnerabilidad. 10. Se tendrán en cuenta los informes emitidos por la Defensoría del Pueblo.” Al mismo tiempo esta ley realiza aumento de penas y adiciones a la ley 599 del 2.000.

Sin embargo, su título tercero refiere un procedimiento especial para la sujeción a la justicia de los grupos armados organizados, estas disposiciones del título tercero solo serán aplicadas a los GAO y se desarrollaran en dos etapas, la primera de acercamiento colectivo que será realizada por el gobierno y la segunda de judicialización realizada por la fiscalía y la rama judicial.

Ahora bien, la iniciación de este procedimiento especial deberá realizarse mediante manifestación colectiva del grupo armado organizado de querer someterse a la justicia, esta manifestación se deberá realizar tanto colectivamente como a través de actas individuales.

Posterior a esto el gobierno designara mediante acto administrativo a la persona o personas encargadas de realizar mencionado acercamiento con el GAO, para su posterior judicialización colectiva.

2.3 Derecho penal del enemigo en el sistema procesal colombiano

El Derecho Penal del enemigo caracterizado en lo general por realizar una dicotomía entre el ciudadano y enemigo (Díez Cancio Melia y Gomez -Jara, 2006), pero además concebir al Derecho Penal con un deber expansionista- dada las sociedades actuales como sociedades de riesgo- fuente o elemento principal de la política criminal de los estados; y en lo particular como la expansión del poder punitivo, la flexibilización de garantías procesales y la deshumanización de los centros de reclusión, debe realizar un esfuerzo transformador de sus bases teóricas para integrarse a estados sociales de derecho como lo es Colombia, más aún cuando las reformas en materia penal buscan dejar de lado la arbitrariedad y el despotismo de los antiguos sistemas.

Es así, que identificar los visos del Derecho Penal del enemigo en el sistema penal acusatorio colombiano resulta ser una tarea muy minuciosa, no solo por la dificultad ya mencionada sino además por la mixtura y diversidad de doctrinas y teorías que han calado en Colombia en materia penal sobre la dogmática penal pero además sobre la dogmática procesal penal y el sistema penitenciario como garantista del cumplimiento de la pena.

Así mismo, deberá considerarse que si bien Jakobs hablo en lo fundamental de dos versiones del D.P.E , la primera sobre los delitos de riesgo y en el marco de la actividad económica, y la segunda sobre los delitos de terrorismo, todas estipulando al enemigo como sujeto que no debía ser tratado en derecho; esto se dirigió a los fines de la política criminal que él identifico en su país pero además en las sociedades modernas como sociedades de riesgo ; así en Colombia la política criminal será la que finalmente posibilite las apuestas estatales y la definición o no de un enemigo. Frente a la política criminal colombiana deberá referirse su concepto establecido por la Corte Constitucional como la respuesta a la criminalidad; al respecto la Corte Constitucional: “el

conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción” (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-646, 2001, p. 36).

Así, los fines buscados a través de la política criminal del estado colombiano giran en torno a dos premisas, la primera es la protección de los intereses estatales y la segunda la protección de los residentes en el territorio nacional, siendo la primera un marco general sobre la estabilización del estado como estructura material pero además y fundamentalmente como superestructura ideológica, y la segunda una de las apuestas o intereses que guían los estados sociales de derecho, es decir, uno de los intereses que refiere la primera premisa. Siendo imposible que la primera tenga mayor relevancia que la segunda, pues una se subsume en la otra configurándose la protección de los residentes en uno de los intereses prioritarios de la superestructura en los estados sociales de derecho respetuosos de los DDHH.

Mencionados fines pueden encontrarse en variedad de medidas normativas que permiten desarrollar la política criminal, entre ellas se encuentran:

- Las que tipifican los delitos pues bien definen los bienes jurídicos tutelados.
- Las que disponen las sanciones y procedimientos para la protección de mencionados bienes jurídicos tutelados.
- Aquellas que disponen los criterios en pro de la eficiencia de la administración de justicia.
- Las que refieren la protección de las personas en el marco del proceso.
- Las que desarrollan la detención preventiva.
- Las que refieren a los términos de prescripción de la acción penal. (Corte Constitucional, Sentencia C-936, 2010).

Dado que las anteriores normas se encuentran dentro de los códigos penales –sustanciales y de procedimiento- pero además en las normas posteriores que los modifican, las disposiciones penales deberán ser una manifestación inequívoca de la política criminal del estado (Corte Constitucional, Sentencia C 504, 1993). Normatividad penal que en todo caso deberá responder a la constitución, dejando clara también una relación intrínseca entre la constitución y la política criminal, siendo la primera límite material de la segunda.

Ya ha quedado claro que la normatividad penal ya sea de dogmática penal o procedimiento penal son aplicación de la política criminal del Estado³⁷, que deberá permitir el desarrollo de sus apuestas contra el crimen; sin embargo no puede desconocerse el valor de la jurisprudencia para la construcción de la política criminal, pues a través de los pronunciamiento de las Cortes se han ido configurando y perfilando apuestas contra la criminalidad y su relación con las apuestas del sistema³⁸.

Igualmente, respecto a la creación de esta política, deberá destacarse la figura del consejo superior de política criminal el cual se crea como organismo colegiado asesor del Gobierno, este organismo se encarga de emitir conceptos no vinculantes sobre los proyectos de ley, además de realizar recomendaciones sobre el sistema penal. Así mismo, como una de sus funciones se encuentra la de aprobar el plan nacional de política criminal.

Pese a lo anterior, es decir los avances de la jurisprudencia y la creación de organismos enfocados en la política criminal, se ha podido evidenciar un ambiente difuso en esta pues por un

³⁷ La corte definido al procedimiento penal como constitutivo de la política del estado, así:” las normas del Código de Procedimiento Penal son un elemento constitutivo la política criminal en tanto instrumento para su materialización, puesto que regulan las formas y los pasos que deben seguir quienes ejecuten dicha política en la práctica”. (Sentencia C-936, 2010).

³⁸ Principalmente el respeto de los derechos de los procesados, de igual modo la afectación reglada a su garantías fundamentales; el derecho de las víctimas en el marco del proceso ; y las apuestas de descongestión judicial para garantizar la eficacia y eficiencia del proceso.

lado la Corte Constitucional ha configurado el respecto de los derechos del procesado y de qué manera pueden ser afectados- bajo qué criterios-³⁹, los derechos de las víctimas y el desarrollo de estos en el marco del proceso penal, y los fines del sistema punitivo y sus reformas, frente a la eficiencia del sistema y la toma del Derecho Penal como de mínima intervención y ultima ratio⁴⁰, y por otro lado se ha expedido legislación que comporta una mirada distinta por la cual en la política criminal existe aún un ambiente difuso.

Así, en un análisis⁴¹ que comprendió la temporalidad desde la expedición de la ley 599 del 2.000 y la ley 906 del 2.004 hasta el año 2.011, realizado por la Comisión Asesora para el Diseño de la Política Criminal del Estado colombiano⁴², conformada por expertos con el propósito de formular una política criminal para el estado y además asesorar al gobierno⁴³, se determinaron que unos patrones de violencia determinados por la realidad social colombiana que tienen que ver con:

i) los grupos armados ilegales, ii) las BACRIM -como fenómeno delictivo consecuencia del proceso con el paramilitarismo⁴⁴-, iii)el narcotráfico y iv) la criminalidad común difusa, la cual

³⁹ Ejemplo de esto son las sentencias C799 del 2005, C994 del 2.006, T920 del 2.008, C 025 del 2.009, C 648 del 2.010, c371 del 2.011.

⁴⁰ Ejemplo de esto son las sentencias C-1266 del 2.005 y C365 del 2012.

⁴¹ Informe que generaba un diagnóstico de la política criminal en Colombia hasta 2012, pero además una propuesta de lineamientos. El informe no solo se tomó en cuenta los principios normativos sino la realidad social del país, pues bien no es lo mismo la política criminal en estados en paz, que la política criminal en un país como Colombia donde existe conflicto social, político y armado.

⁴² A través de la Resolución No. 0286 del 15 de febrero de 2011.

⁴³ La función principal de la comisión era la elaboración de lineamiento de política criminal, frente a la articulación de esta con el Consejo de Política criminal se determinó a partir de la resolución 0286 del 2.011, que la comisión debería realizar ciertas tareas de evaluación de la normatividad o iniciativas de política criminal, al igual que diseñar documento frente a este tema, si era solicitado por el gobierno o el consejo de política criminal.

⁴⁴ Al respecto el informe de la comisión menciona: “Sin duda, en medio de aquel proceso de negociación se empezó a gestar un nuevo escenario de inseguridad en Colombia marcado por el auge de las llamadas Bandas Criminales - BACRIM. Si bien algunas de estas bandas correspondían a grupos armados al servicio del narcotráfico que no hicieron parte del proceso de desmovilización, la mayoría son herederas directas del paramilitarismo, aunque sin la fachada contrainsurgente y aparentemente ideológica que detentaban los grupos paramilitares y que luego les permitiría acogerse a un proceso de negociación con el gobierno colombiano.”

fue caracterizada por ser una actividad criminal que no se realiza en el marco del conflicto , pero tampoco es asociada al crimen organizado; dejando claro que los dos escenarios principales de criminalidad son aquella actividad en el marco del conflicto y la delincuencia organizada.

Por otra parte la comisión de política criminal también trazo el lineamiento o características sustantivas que debería tener la política criminal del país:

- A. La política criminal y el respeto de los principios penales constitucionales y de derechos humanos.
- B. La importancia de la idea del Derecho Penal como ratio última de protección de bienes jurídicos en la política criminal.
- C. La importancia del principio de no discriminación y de los enfoques diferenciales d. Política criminal y género.
- D. La necesidad de una política criminal estable, coherente, fundamentada empíricamente y evaluada sistemáticamente.
- E. Las necesarias reformas normativas, de sistemas de información e institucionales para mejorar la formulación de la política criminal.
- F. Algunas recomendaciones frente a la llamada “criminalización secundaria”: recomendaciones básicas de investigación criminal y el problema del fuero militar.

Lo anterior desarrollado en recomendaciones entre las cuales estaban la aplicación de estrategias y acciones de política criminal que deberán desarrollarse en pro de sus fines pero en todo caso con “los medios menos lesivos de los derechos fundamentales”, igualmente la política criminal aunque no prohíbe el uso de elementos de represión si menciono que a la par se deben implementar medios de salvaguarda de los derechos fundamentales para que en todo caso los derechos se afecten “lo menos posible”; también se insta a abandonar la idea que el delito se combate esencialmente con

el aumento de penas y en ese sentido llamo la atención sobre la necesidad de elaborar un proyecto de medias alternativas a la prisión recordando la función resocializadora del derecho punitivo.

Frente a las medidas preventivas hizo un llamado a recuperar su condición de excepcionalidad y por “consiguiente el deber de establecer la posibilidad de libertad bajo fianza o bajo palabra durante todo el proceso y hasta la sentencia definitiva, para todos los delitos”, igualmente frente a esta medida, que se pasara a analizar posteriormente, la comisión argumento que se debe reducir la prisión presentica por los efectos de estigmatización que trae consigo no solo socialmente sino en el marco del proceso dado que “puede mover a los jueces a dictar sentencias condenatorias contra quienes se encuentren privados de la libertad anticipadamente”. Frente a las victimas caracterizo una política criminal de victimas que debe ser limitada por el principio de última ratio.

Ahora, los anteriores lineamientos y recomendaciones de política criminal deben ser contrastados con algunas estadísticas del sistema penal, así:

- Frente a la ley 599 del 2.000:

A partir de la promulgación de la ley 599 del 2.000 hasta la primera parte del año 2.011 se promulgaron 36 leyes de modificación del código penal. Estas modificaciones giraban en torno a la creación de nuevos tipos penales, aumento de penas y modificaciones frente a las causales de agravación punitiva y cambios en los beneficios. (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012)

Frente a los nuevos delitos, la mayoría de estos fueron contra el orden económico y social, contra la eficaz y recta impacción de justicia, contra la administración pública, y contra la libertad, integridad y formación sexual. A la par en este marco de tiempo se realizó un acrecentamiento de las penas, que aumento con la ley 890 de 2.004 donde se establece, entre otras cosas, que la pena máxima aplicable en Colombia es de 60 años de prisión. Frente a lo anterior, se puede decir que existió un aumento de penas de todos los delitos sin excepción alguna, desconociendo lineamientos

de política criminal sobre descongestión del sistema que nos dejan varias consecuencias, entre esas una estadística frente a la privación de libertad bastante significativa , así el número de personas privadas de la libertad se triplicó entre 1992 y 2010, pues pasó de unos 27.000 a más de 81.000, mientras que la tasa por cien mil habitantes se incrementó también considerablemente, multiplicándose por aproximadamente 2.5, pues pasó de 79,9 a 178,2” (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012)

- Frente a la ley 906 del 2.004:

Como se pudo evidenciar en el capítulo de modificaciones al sistema procesal penal han existido diversas leyes entre estas la ley 1121 del 2.006 , ley 1142 del 2.007 , ley 1312 del 2.009, ley 1453 del 2.011 las cuales realizaron modificaciones o adiciones al código procesal penal en términos de aumento de causales para la privación de libertad , aumento de causales para la consideración del procesado como un peligro para la sociedad, posibilidades de captura sin orden judicial, además de posibilidades para el allanamiento y la interceptación de comunicaciones, entre otras cosas , las cuales implican un desmejoramiento de garantías de los procesados , que si bien han sido posibilitadas por la Corte como se verá más adelante , han implicado un serio debate entre los magistrados frente a los criterios peligrosistas en el país. Igualmente se añadieron varios obstáculos para acceder a las formas anticipadas de terminar el proceso incluso cuando exista indemnización a la víctima.

Así los cambios normativos comportan una contrariedad con los fines estructurados para el sistema penal acusatorio- desarrollados en títulos anteriores- pero especialmente aquellos que refieren las garantías del procesado, las posibilidades para la víctima en términos de la solución alternativa de conflictos, los medios alternos de terminación anticipada del proceso y en ese sentido la eficacia y eficiencia del sistema penal.

Frente a lo referenciado en ley 599 del 2.000 y ley 906 del 2.004 se tiene que el populismo punitivo o inflación punitiva pasó a ser una característica indiscutible del sistema , así : ese incremento de la severidad penal no ha sido en Colombia una política criminal reflexiva y consistente para enfrentar desafíos criminales complejos sino que es una expresión de lo que algunos autores conocen como “populismo punitivo”, que pretende que la solución a los problemas de impunidad o de incremento de ciertos crímenes debe ser siempre el aumento drástico de las penas. (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012).

Ahora bien, aunque nuestra política criminal recoge los tópicos de Jakobs en el sentido de dar una mayor relevancia y flexibilización de garantías a los delitos de riesgo, los delitos económicos contra la administración y cuando se trate de terrorismo -se destacan las modificaciones hechas por la ley 1121 del 2006, 1142 del 2007, 1312 del 2.009, 1453 del 2011 y finalmente 1908 del 2018- ; estas sigue siendo indeterminada y parece avanzar a un Derecho Penal del enemigo peligrosista, incluso en la criminalidad de poca monta.

Esta advertencia ya había sido realizada por el Magistrado Luis Fernando Delgado Llano cuando advirtió frente a la ley de pequeñas causas:

Hacia un Derecho Penal del enemigo, netamente peligrosista, para enfrentar la criminalidad cotidiana delincuencia, con instrumentos altamente represivos que, no sólo restablecen criterios puramente objetivos en punto de detención preventiva y facultades a la fiscalía para ordenar capturas , en contravía de los avances logrados en materia de respeto a la libertad individual , sino que suprimen de un tajo toda posibilidad de aplicar criterios de justicia negociada y restaurativa , para ciertos delitos y casos de reincidencia delincuencia (Llano, 2017).

Al anterior análisis se suma la falta de planeación de las reformas penales que han implicado un choque entre la norma y la realidad social e incluso la realidad del sistema mismo , por ejemplo cuando no se determinan las consecuencias de crear de manera exagerada tipos penales y el endurecimiento de las condiciones en el marco del proceso que puedan privar de la libertad a los procesados, incluso sin que haya condena en su contra , pues como consecuencia se establece no solo mayor congestión judicial sino mayor congestión penitenciaria, que debería ser tomada en cuenta. Como ejemplo se tiene la política de Samper sobre el endurecimiento de las penas por delitos “callejeros” que no tuvo un plan para evitar el hacinamiento en las cárceles y agravo la situación de los centros penitenciario (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012).

Adicionalmente no existe un sistema confiable de información que pueda sistematizar y generar estadísticas ciertas frente a la eficacia del sistema por ejemplo en cuanto al endurecimiento de las penas y creación de delitos, así menciona la comisión:

la política criminal carece de sistemas de información confiables que permitan evaluar la eficacia de las decisiones tomadas, por lo que muchas de las decisiones de incrementar penas o de crear nuevos delitos se toman y luego no hay ninguna evaluación de su eficacia y pertinencia (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012).

Lo anterior no solo vislumbra la incoherencia frente a la inflación punitiva con las apuestas del sistema penal, sino también una desarticulación entre el sistema frente a la dogmática penal con la dogmática procesal penal y en especial de estas con el sistema penitenciario.

Ahora, en un análisis posterior y más reciente, realizado por la contraloría general de la nación , pero esta vez entre los años 2010 y 2016 se pudo llegar a conclusiones similares que con el informe de la comisión de política criminal , pues aunque destaco un avance del sistema penal

acusatorio también estipulo dentro de sus conclusiones que el estado ha usado respuestas reactivas reduciendo sus planes a creación de más delitos, más endurecimiento en el proceso dirigido a la expansión del Derecho Penal en el país, dejando claro que tales medidas no ha logrado una verdadera solución de fondo. Igualmente reitera la preocupación por la inexistencia de sistemas de cifras unificado y veraz de libre acceso, y asevera que la constitución del consejo superior de política criminal es un gran acierto y aunque la implementación del SPA también lo es, este se encuentra trabado por la cogestión judicial. (Contraloría General de la Nación, 2016)

Como anotación final podemos decir que la repuesta a las coyunturas es la que ha guiado la construcción de la política criminal, así esta política no se ha podido configurar como perdurable y del estado, sino que ha sido una toma de decisiones configuradas según el gobierno de turno y que no ha estado articulado a los fines de un estado, así pues podemos retomar la reflexión hecha por Javier Villanueva Meza:

“(…) definirla como la forma mediata, innecesaria, inútil, unilateral, superficial y subjetivamente improvisada, como se protegen los mercados capitales por encima de los derechos fundamentales de los asociados destinatarios de la norma penal y mediante tales mecanismos, la actividad punitiva del estado tiende a volverse nugatoria de todo principio de garantía, con abandono del Derecho Penal de ultima ratio y dejando la ley penal con permanente recurrencia. Concepto de esta naturaleza o esencia, está dirigido a atacar los efectos dejándolo intactas las causas generadoras de la criminalidad, en tato pretende hacer frente a un conflicto social, no desde su fuente primaria, sino en las secundarias que el conflicto manifiesta”. (Jimenez, 2011)

Ahora bien, realizado un esbozo de lo que es la política criminal es en Colombia y cuáles son los posibles lineamientos para constituir una política estructurada, científica y coherente con el

sistema, contrastándola con la realidad de algunas cifras sobre punibilidad y situaciones gravosas en el marco del proceso, podemos concluir frente a esta y el ya analizado Derecho Penal del enemigo que:

- Si bien para Jakobs el expansionismo del Derecho Penal del enemigo se genera como consecuencia de las sociedades modernas como sociedades de riesgo, existe otra visión, así el análisis anterior y en palabras de la comisión de política criminal “los factores que inciden en la delincuencia tienen mucha relación con las condiciones de desigualdad, discriminación, y exclusión que rigen en las sociedades modernas” (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012), que insta a la lucha contra la criminalidad a no basarse en el Derecho Penal pues este es de ultima ratio, configurando la criminalidad más por las bases materiales del estado frente al contexto social, que por una creación de riesgos por sociedades más sofisticadas.
- Aunque el enemigo estaría identificado por los delitos con mayor punibilidad y flexibilización de garantías en sentido negativo, lo cierto es que dada la inflación punitiva, el enemigo en Colombia parece ser indeterminado, no porque no exista un número específico de delitos penados con mayor severidad, sino porque la inflación punitiva ha desarrollado que a muchos autores de la mayoría de los delitos, se les excluya – en diferentes grados- de beneficios y posibilidades en el marco del proceso-, pero además se les ataque directamente en sus derechos. Así, podríamos afirmar que los delitos de terrorismo, aquellos contra el orden económico y social, contra la administración pública, los que implican temas de estupefacientes o drogas ilícitas, aquellos contra la libertad e integridad sexual, son los penados con mayor severidad, sin embargo, la flexibilización de garantías- en sentido negativos- no solo se aplicarán para estos delitos.

- La política criminal es la que decide si existe un enemigo o no para el estado y la forma en que será tratado, sin embargo en Colombia al contar con una política criminal difusa podrían tomarse dos caminos, el primero que no exista enemigo y el segundo que la mayoría de los infractores sean tomados como tal, calando según lo ya expuesto la segunda posibilidad.
- La criminalidad de poca monta o de menor impacto social está siendo manejada con Derecho Penal del enemigo especialmente con instrumentos de punición poco efectivos que restringen derechos e imposibilitan los fines del sistema penal acusatorio. Lo anterior, sin llegar a afirmar que el D.P.E es válido bajo cualquier circunstancia contra delitos de mayor impacto, pues en todo caso su aplicación como tratamiento diferenciado debe estar limitada estrictamente bajo los criterios constitucionales y sobre todo bajo el respeto por las garantías y derechos con los que cuenta cualquier ciudadano, sin desfigurar su existencia a la de un enemigo fuera del estado.
- La política criminal al tener en cuenta el marco histórico, social y cultural puede llegar a priorizar o centrar su atención en crímenes de mayor impacto social, eso en sí mismo no es un problema, lo grave es la falta de estudio y discusión científica de esos marcos contextuales y la falta de cifras verídicas⁴⁵, pero incluso en el marco de esa priorización de delitos no debe generarse un trato irracionalmente diferente del infractor respecto a otros infractores; en suma no deben ser aplicados para estas tendencias peligrositas, ni de exclusión de posibilidades, máxime cuando con esto – posibilidades en el proceso- se permite el desarrollo de los derechos de las víctimas.

⁴⁵ Dificultad señalada por la comisión de política criminal, pues no se pueden encontrar estudios estadísticos sobre los impactos de las reformas penales sobre la realidad social.

2.3.1 Aspectos Generales.

Con las anteriores conclusiones damos paso al análisis de las medidas específicas del sistema penal acusatorio en las que encontramos influencia de los elementos descritos para el Derecho Penal del enemigo, claramente con una modificación para adaptarse a los estados sociales de derecho; evaluando como estrategia autentica del D.P.E la peligrosidad presente como causal para la imposición de las medidas de aseguramiento.

Uno de los posibles rastros del D.P.E en el S.P.A colombiano se encuentra en aquellas formas de terminar anticipadamente el proceso penal y la renuncia o suspensión de la persecución penal, así la ley 906 del 2.004 contempla estas posibilidades en medios como el principio de oportunidad, la realización de preacuerdo o negociaciones entre el imputado y la fiscalía, el allanamiento a cargos o la preclusión del proceso.

Frente al principio de oportunidad, este se caracteriza por ser una figura excepcional que cuenta con causales de aplicación establecidas por el legislador de manera clara e inequívoca, que deberá ser aplicado en el marco de la política criminal y su ejercicio se dará de manera judicial, será entonces el juez de control de garantías quien realice el control respectivo y decida sobre este⁴⁶.

Inicialmente encontramos un obstáculo para este principio pues solo se podrán establecer bases sólidas para implementar la figura del principio de oportunidad cuando este configurada una política criminal seria en el país (Jimenez, 2011), situación que como se vio anteriormente no es la situación de Colombia.

⁴⁶ Si bien la fiscalía como titular de la acción penal es quien solicita la aplicación del principio de oportunidad, es el juez de control de garantías quien deberá en todo caso intervenir realizando un control a esta decisión y en todo caso permitiendo o no la aplicación de este principio. Vale aclarar que las mencionadas características más el respeto por el ejercicio de este principio en el marco de los derechos de las víctimas fue lo generado después de las diferentes demandas de constitucionalidad que recayeron sobre esta figura establecida en la ley 906 del 2.004.

La Corte Suprema de Justicia sostuvo que “la filosofía del principio de oportunidad radica pues, en la necesidad de simplificar, acelerar, y hacer más eficiente la administración de justicia penal, descongestionándola de la criminalidad de poca monta” (Corte Suprema de Justicia, sentencia No. 29183, 2008) significando que algunos criminales -ciudadanos- podrán evitar el proceso sin ser condenados, mientras que otros no tendrán la oportunidad ni siquiera bajo las condiciones plateadas por las causales como la indemnización a la víctima y demás estipuladas por el legislador, pues son excluidos de lo denominado “criminalidad de poca monta”, lo anterior haciendo la salvedad ya desarrollada con anterioridad sobre que la falta de política criminal, la inflación punitiva y la idea de expansionismo del Derecho Penal han configurado incluso un Derecho Penal para los crímenes de menor impacto social.

Si bien esta es una medida excepcional, es decir no se aplica en todos los casos, ya que se refiere a la posibilidad que el ente acusador tiene de solicitar al juez control de garantías la suspensión, interrupción o renuncia a la persecución penal; esta medida se erige en todo caso como una oportunidad que en coherencia con los objetivos del sistema penal acusatorio pretende descongestionar el sistema penal y permitir la acción de la justicia en situaciones que comportaran una importancia real en el marco de la política criminal del Estado.

Así pues, no podemos decir que esta figura es permanente ni que excepcionalmente se aplica a los enemigos, sino todo lo contrario, esta figura es siempre excepcional y bajo fines legítimos debe ser aplicada; sin embargo se caracteriza como una medida de Derecho Penal del enemigo, no en sí misma -porque de hecho es una oportunidad- sino en su aplicación, siendo que esta posibilidad no es presentada a todos por igual ni siquiera si con esto se cumplan los fines de descongestión judicial y reparación de las víctimas configurándose así en una diferenciación aplicada

distintamente entre unos presuntos infractores y otros, verbigracia el párrafo primero del artículo 324 menciona que:

En los casos de tráfico de estupefacientes y otras infracciones previstas en el capítulo segundo del título XIII del Código Penal, terrorismo, financiación de terrorismo, y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, solo se podrá aplicar el principio de oportunidad, cuando se den las causales cuarta o quinta del presente artículo, siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de organizaciones delictivas. (Decreto 2770, 2004)

Las causales mencionadas se refieren a que el procesado hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento ayude a que el delito por el que es juzgado no se siga realizando o que se realicen otros, o en los caso en que brinde información que ayude o conduzca a la desarticulación de la delincuencia organizada, igualmente cuando el procesado acepte ser testigo de cargo contra los demás, esto menciona la norma bajo inmunidad total o parcial. En este último evento del principio de oportunidad se aplicará hasta el momento en que declare el procesado.

Todo lo anterior, excluyendo la posibilidad de los autores de estos delitos de acceder al principio de oportunidad en los demás casos contemplados en le ley 906 del 2.004, incluyendo la reparación de las víctimas, dejando claro que los presuntos infractores de la norma sin una sentencia en firme están siendo excluidos de la posibilidad de acceder al principio de oportunidad.

Así mismo debe recordarse que fue la ley 1098 del 2.006 la cual imposibilito la aplicación del principio de oportunidad por reparación a la víctima en los casos 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, generando una exclusión de

estos delitos y en consecuencia una situación más gravosa para los presuntos infractores de la norma , debe recalcar que estos no han sido condenados aún por esos hechos.

Vale la pena aclarar que el principio de oportunidad ha sido moldeado por los pronunciamientos de la Corte, pues en un principio con su estipulación en la ley 906 del 2.004 no estaba claro que en todos los caso en los que se pretendiera suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal el juez control de garantías debía realizar control, también había una posición desventajosa de la víctima pues no podía en su calidad impugnar la decisión del juez de control de garantías frente a su aplicación , de igual forma con el tiempo se han declarado inexequibles o se ha ratificado la exequibilidad de algunos numerales.

Es así que en 2010 se demandaron varias disposiciones de la ley 1312 del 2.009 que modificaba la ley 906 del 2.004 en lo relacionado con el principio de oportunidad, específicamente el numeral 17 del artículo 324 de la Ley 906 del 2.004:

17. Al desmovilizado de un grupo armado organizado al margen de la ley que en los términos de la normatividad vigente haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad, siempre que no haya sido postulado por el Gobierno Nacional al procedimiento y beneficios establecidos en la Ley 975 de 2005 y no cursen en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización con excepción de la pertenencia a la organización criminal, que para efectos de esta ley incluye la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones.

Para los efectos de este numeral, el fiscal presentará la solicitud para la celebración de audiencias individuales o colectivas para la aplicación del principio de oportunidad.

Extiéndase esta causal a situaciones ocurridas a partir de la vigencia del Acto Legislativo número 3 de 2002.

Para la aplicación de esta causal, el desmovilizado deberá firmar una declaración bajo la gravedad de juramento en la que afirme no haber cometido un delito diferente a los establecidos en esta causa, so pena de perder el beneficio dispuesto en este artículo de conformidad con el Código Penal (Ley 906, 2004)

La Corte Constitucional manifestó que el anterior numeral vulneraba los derechos de las víctimas, ya que se renunciaba a investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos e infracciones al DIH, igualmente manifestó que la causal en su redacción era confusa y oscura e impedía que el juez de control de garantías realizará una óptima aplicación de esta. Como argumento más fuerte de la Corte Constitucional para declarar la inexecutable, se mencionó que este numeral no hacía parte de la justicia transicional pues se estaba en el marco de una justicia ordinaria orientada a la política criminal del estado que no había sido fruto de un acuerdo nacional por la paz.

Para esta sentencia existieron cuatro salvamentos de voto, direccionados con argumentos de peso que dejaban claro que este numeral era executable, así pues se mencionó que la norma no era ambigua ni oscura pues bien no traía consigo como lo argumentaban los demandantes un indulto o amnistía, tampoco podía considerarse que el delito de concierto para delinquir fuese un delito de lesa humanidad, igualmente se mencionó la cabida de estas disposiciones en el marco de la justicia transicional que en todo caso se apropia de los derechos de las víctimas.

Finalmente, este apartado número 17 no se encuentra en el procedimiento penal colombiano y podemos manifestar que su exclusión comporta visos del Derecho Penal del enemigo en tanto imposibilita que los sujetos a los que iba dirigido este numeral puedan ser sujetos de este beneficio.

Frente a los preacuerdos sucede de modo similar, estos son negociaciones que se generan entre el imputado y la fiscalía en el marco de la justicia consensuada⁴⁷ donde el imputado se declara culpable con algunos beneficios tanto en la tipificación de la conducta como en la disminución de la pena. Si bien esto se daba entre la fiscalía y el imputado, la Corte Constitucional señaló que las víctimas tienen derecho a participar en igualdad de condiciones en los preacuerdos y acuerdos (Corte Constitucional, Sentencia C -516, 2007). Pues así el estado permite la participación real y efectiva de estas.

Esta posibilidad de justicia consensuada dentro del proceso pretende dos cosas, en un principio la simplificación de los procesos y posteriormente la garantía de la víctima permitiendo una correcta simplificación de estos.

En este caso, esta posibilidad se erige como una medida de D.P.E no en si misma sino en su aplicación pues si bien se debería siempre tener en cuenta las mencionadas pretensiones procesales y de garantías a la víctimas, sin embargo existen disposiciones que en perjuicio de esta herramienta estipulada en la ley 906 del 2.004 imposibilitan su aplicación en aquello que ya se mencionó como característica del D.P.E. el populismo punitivo.

En ese sentido el artículo 199 de la ley 1098 del 2006⁴⁸ limita la aplicación de los preacuerdo a los siguientes delitos : homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, en virtud de su numera 7 que reza: “No procederán las rebajas de pena con base en

⁴⁷ Con las siguientes finalidades según la ley: 1 Humanizar la actuación procesal y la pena; 2 hacer más eficaz el sistema, 3 propender por la solución de conflictos sociales, 4 reparación integral de perjuicios y 5 promover la participación del imputado.

⁴⁸ Código de infancia y adolescencia 2.006.

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”.

Lo anterior diferencia a algunos procesados de otros, pues no importará si aquel infractor de la norma en los anteriores tipos penales desea manifestar su aceptación de cargos e igualmente logra indemnizar a la víctima, pues es imposible que pueda acceder en igualdad de condiciones con otros infractores a esta posibilidad de realizar preacuerdos y negociaciones.

De lo anterior, debe advertirse que la eficacia del proceso no es solo cuestión de tramites más cortos o “vías de escape”, pues estos no serán efectivos en tanto no ayuden al esclarecimiento de la verdad material y a la depuración de la responsabilidad criminal (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012), en ese sentido estas vías de acortamiento del trámite penal deberá tomarse exclusivamente si con estos se logra la materialización de todos los derechos de las víctimas, incluidos la verdad, la justicia y la reparación.

Otras medidas a analizar serían los subrogados penales, sin embargo estos no hacen parte de la ley 906 del 2.004 sino que se encuentran consignados en la ley 599 del 2.000, por lo cual no se realizará su desarrollo específico pero si su mención pues al estar contemplados en un sistema en el cual no se ha definido una política criminal clara, se está realizando una exclusión no fundamentada ni basada en los límites que se han ido construyendo a lo largo de este texto que han sido los señalados por la Corte: protección del proceso y fin de protección a las víctimas, así la exclusión de estas posibilidades no responden a ninguno de estos fines legítimos, tal vez podría asociarse a la protección a las víctimas en la lógica básica de que los responsables penales van a estar alejados de las víctimas si no se les concede algún subrogado que los saque anticipadamente del centro penitenciario, sin embargo tendrían que valorarse igualmente los fines de resocialización pues si el subrogado posibilita al condenado tener una mayor posibilidad de adaptación a su

contexto y cumplir el fin de resocialización y en ese sentido los derechos de la víctimas en términos de protección de estas, se debería tener en cuenta, sin embargo esto no será objeto de desarrollo puesto que no se encuentran consignado en la ley 906 del 2004.

Finalmente, deberá referirse que existen medidas del sistema procesal penal que aunque pueden verse como de afectación a las garantías del procesado no pueden catalogarse como medidas de D.P.E dado que son genéricas del proceso, y no se aplican de manera exclusiva a cierto tipo de delincuencia, así se puede mencionar la posibilidad de la variación jurídica, aunque esto ya ha sido limitado por la jurisprudencia.

Frente a los elementos del D.P.E se debe puntualizar que no todas las medidas que implique una afectación a los derechos del procesado son medidas de Derecho Penal del enemigo, se mencionaron someramente algunas situaciones que colocan de manera diferenciada a unos autores de otros en situaciones desventajosas en el marco del proceso, sin embargo, de manera más importante se tomó a las medidas de aseguramiento privativas de la libertad como medida auténtica del Derecho Penal del enemigo.

Debe resaltarse que la diferenciación del ciudadano y enemigo no la hace la política criminal pues esta no está constituida concretamente, sino que ha sido conclusión de las disposiciones penales y procesales – no siendo lo ideal-, de hecho cada medida permite vislumbrar el enemigo para cada una, esto dado el desorden normativo y la inflación ya criticada a lo largo del capítulo, sin tener en cuenta los fines del estado.

Ahora, este primer elemento general no podría aplicarse – tal cual fue descrito- en Colombia pues implica la afectación de derechos fundamentales y nuestro país está constituido como estado social de derecho, sin embargo la Corte ha permitido que estos se afecten bajo unas máximas establecidas, hasta aquí no podría decirse que hay diferenciación de infractores o vulneración del

estado social de derecho pues las cortes son instancias que pretenden mantener la seguridad jurídica del estado bajo los fines y principios constitucionales. Sin embargo al estar estas medidas ancladas a fines filosóficamente contrarios a las apuestas del sistema y los lineamientos que más o menos se han construido de política criminal si realizan una diferenciación desmedida entre unos infractores y otros, pues como se vio los fines trazados por las Cortes han sido procesales y de protección social y a la víctima , sin embargo al desconocer que el segundo fin se puede desarrollar de otras maneras se está contradiciendo una de las premisas fundamentales construidas a lo largo del texto y es que la restricción de derechos debe realizarse en tanto no existan otros medios para lograr el fin legítimo.

Frente al segundo elemento general se tiene que refiere la expansión de Derecho Penal así pues se relacionan las medidas de tendencia peligrosista pues expanden al derecho punitivo en términos de restricción de libertad incluso en instancias en las cuales no hay condena y como se concluyó del primer elemento, ignorando otras formas de solución de problemas.

Frente al elemento específico que en lo procesal sería exclusión de garantías se tiene que en todas las medidas se está privando al procesado de posibilidades ya sea de libertad o de culminación anticipada del proceso, concretamente la medida de aseguramiento privativa de la libertad está afectando es el derecho a la libertad individual, esto sin antes tener una política criminal constituida como política coherente, científica y efectiva.

2.3.2 Aspecto específico: Medidas de aseguramiento como elemento autentico del D.P.E.

Las medias de aseguramiento cumplen a cabalidad con los elementos descritos en la parte teórica que se mencionan son inherentes del D.P.E a saber; división del ciudadano y el enemigo, derecho

penal como medida preferida de la política criminal y flexibilización de garantías del procesado. Frente a la primera podrá recordarse que la medida de aseguramiento no se aplica a todos los sometidos al proceso penal, de hecho, su carácter se supone de excepcionalidad reconocido por la corte constitucional así:

Se trata de una medida excepcional, de carácter eminentemente preventivo, más no sancionatorio. Con todo, como quiera que las medidas de aseguramiento implican la restricción de derechos o libertades fundamentales, resulta necesario reiterar que en un Estado social de derecho, principalmente cuando de la libertad individual se trate, no pueden convertirse en un mecanismo indiscriminado, general y automático, sino estrictamente excepcional, habida cuenta que la Constitución promueve la efectividad de los derechos y libertades de las personas, garantiza la vigencia de los principios constitucionales y asegura el respeto a la dignidad humana. (Corte Constitucional, sentencia, C-695, 2013, p. 31).

Frente al segundo elemento general se tiene que la estipulación del derecho penal como medida exclusiva o preferida de la política criminal refiere la expansión del derecho penal en el sentido en que los estados ven como única herramienta efectiva para el combate de la criminalidad al derecho punitivo, en ese sentido y frente al expansionismo se tiene que esta medida aunque no adelanta en sentido estricto la punibilidad, si genera una intromisión del derecho en una instancia del proceso en la cual no hay responsabilidad penal probada.

Ahora bien, frente al elemento específico en materia procesal es donde se encuentra un debate complejo, así pues esta medida termina por afectar según el Código de procedimiento penal colombiano y la corte constitucional legítimamente los derechos y/o principios de presunción de

inocencia, libertad personal y el Derecho penal de mínima intervención y ultima ratio, deberá recordarse que en virtud del artículo 250 de la constitución política las funciones de la Fiscalía General de la Nación que dentro del numeral 1° establecen que al ente investigador le corresponde solicitar al juez de control de garantías la adopción de las medidas necesarias (privativas de la libertad o de otros derechos y libertades) que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso, la conservación de los elementos materiales y la evidencia física, al igual que la protección de la comunidad y especialmente de las víctimas (Corte Constitucional, sentencia C-695, 2013), siendo posteriormente establecido por el legislador como fines legítimos en el artículo 308 del código de procedimiento penal colombiano así :

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.
3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

Para conocer si bajo el fin de protección a las víctimas y la comunidad es legítima la afectación de las garantías mencionadas, se hará un análisis sobre la protección de las víctimas como fin legítimo pero al mismo tiempo de la medida como idónea para el cumplimiento de mencionado fin.

2.3.3 Fin legítimo.

Inicialmente deberá referirse sobre la peligrosidad tomando a Cesare Beccaria: “Un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la publica protección sino cuando este decidido que ha violado los pactos bajo los que fue concebida ¿Qué

derecho sino el de la fuerza será que de potestad al juez para imponer pena a un ciudadano mientras se duda si es reo o inocente?” (Beccaria, 2015)

La anterior manifestación de Cesar Becaria nos deja dos elementos fundamentales, el primero algo afín con el Derecho Penal del enemigo en el sentido que aquel que ha sido infractor debe quitársele la protección pública o del Estado⁴⁹, este elemento como ya se ha visto es un argumento no compartido y no coherente con los estado sociales de derecho; el segundo elemento tiene que ver con la presunción de inocencia y cuando menciona “mientras se duda si es reo o inocente” con el *in dubio pro reo*, dos principios que ayudan a entender el concepto de peligrosidad.

Así la peligrosidad responde a la idea falsa sobre la cual el Derecho Penal debe tener el control general y absoluto de la sociedad y garantizar incluso antes de que ocurra el hecho o inicie la fase de ejecución del delito, la protección máxima al sujeto pasivo y la sociedad. Desde aquí se puede evidenciar la primera contradicción con los supuestos del sistema penal acusatorio esbozados y los lineamientos de política criminal, pues en todo cado el Derecho Penal deberá ser mínimo y de ultima ratio, asegurando que los situaciones que puedan solucionarse por otros medios se solucionen por estos y no ya por el poder punitivo del estado.

De lo anterior, se toca una discusión complicada dentro de los sistema procesales, el cual es la medida preventiva, en especial la privativa de libertad, pues si bien se ha configurado esta como protección del proceso, termina restringiendo derechos fundamentales de los presuntos infractores de las normas, pero además, bajo un línea muy delgada, cuestionando los principios de la

⁴⁹ Aunque aquí se refiere al reo como persona ya condenada, y no incluso antes de esa condena como puede vislumbrarse en Jakobs cuando habla de menos garantías procesales –antes de ser condenado por determinado hecho motivo del proceso-.

estructura ya vista del sistema penal acusatorio en cuanto a la libertad personal, presunción de inocencia e in dubio pro reo.

Antes de pasar a evaluar mencionada medida, se debe llamar la atención en lo que el concepto peligrosidad indica, así pues es utilizado en algunas medidas del sistema penal acusatorio como circunstancia para prevenir, siendo que prevenir significa adelantarse a los hechos para evitar daños, configurando una relación de causa y efecto pues primero se previene y en consecuencia se evitan daños. Implicando que, aunque “evitar daño” se funda como fin, debe existir un juzgamiento anterior, que en el marco de un proceso inacabado se configura en un prejuzgamiento.

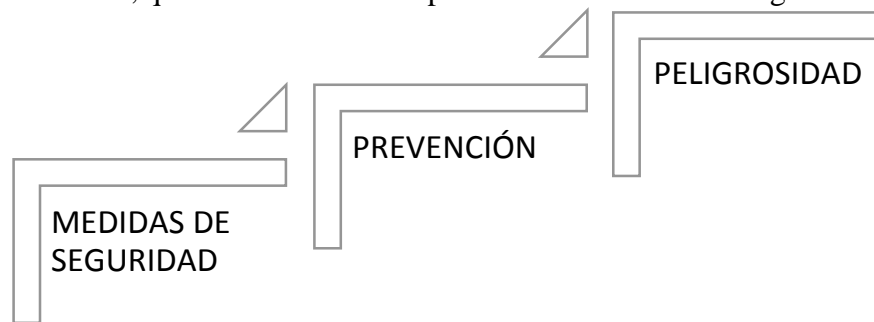


Figura 2. Peligrosidad

“Adelantarse a los hechos para evitar un resultado dañoso”

1

2

Antes de querer evitar un daño –fin legítimo- , se valora el hecho, y con este al sujeto.

Para tener una definición de peligrosidad tomamos la que la referencia como la valoración ex ante de que la conducta del individuo considerado peligroso, pueda constituir una acción delictiva (Salazar, 2016), a la par podemos citar un límite así:

las personas etiquetadas como “peligrosas” presentan a la sociedad un dilema moral. Por un lado, queremos prevenir que estas personas causen daño a otros, pero también nos

sentimos culpables cuando prevenir significa una drástica interferencia en sus vidas. Queremos asegurar la seguridad pública pero dicha seguridad no puede ser alcanzada vulnerando los derechos constitucionales de los delincuentes, y a costa de lo que sea (Salazar, 2016).

Lo anterior muy afín a lo planteado por la Corte Constitucional en Sentencia T-388 del 2013:

“tensión constitucional que surge entre ser objeto de especiales restricciones sobre sus derechos fundamentales y, a la vez, ser objeto de especiales protecciones sobre sus derechos fundamentales, lleva a actitudes y política contradictorias. Una política criminal (...) respetuosa de la dignidad humana, debe lograr un adecuado balance entre una y otra condición que se reúne en las personas privadas de la libertad” (Corte Constitucional, sentencia T-388, 2013, p. 181)

Iniciamos entonces con lo respectivo a las medidas de aseguramiento identificadas como medidas cautelares en el proceso penal tendientes a cumplir fines procesales, pero además en Colombia a garantizar los derechos de las víctimas, estas medidas son las más complejas de entender dentro de un estado social de derecho al restringir libertades.

Es así, que esta medida fue demandada en los artículos que contemplan los requisitos para imponerla, esto por contradecir el artículo 28 y 93 de la constitución política sobre la libertad individual y el bloque de constitucionalidad respectivamente. Frente a este último, por contravenir los artículos 7 y 8 de la convención américa de derechos humanos –CADH-.

La demanda se realizó contra el artículo 310 del código de procedimiento penal que menciona las circunstancias para considerar que una persona es “un peligro para la sociedad”. Los apartados a continuación subrayados fueron los demandados en ese momento:

“ARTÍCULO 310. PELIGRO PARA LA COMUNIDAD. Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 1760 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Para estimar si la libertad del imputado representa un peligro futuro para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad y modalidad de la conducta punible y la pena imponible, el juez deberá valorar las siguientes circunstancias:

1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.
2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.
3. El hecho de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.
4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.
5. Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas.
6. Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años.
7. Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada”.

A su vez, este artículo debe valorarse en concordancia con el artículo 308 del mismo código sobre los presupuestos a cumplir para que el juez de control de garantías imponga la medida de aseguramiento, los requisitos son: 1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia; 2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima; y 3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

En esa ocasión el demandante concluye que la convención americana de derechos humanos CADH solo toma en consideración dos de las medidas contempladas en el código de procedimiento, por un lado que la medida sea necesaria para evitar la obstrucción de la justicia, por otro lado que se garantice la comparecencia del imputado al proceso. Ya que la consideración

como peligro para la sociedad no es mencionada en el CADH, y en Colombia existe además la presunción de inocencia y el derecho a la libertad que en todo caso es de rango constitucional, el accionante procede a solicitar la declaración de inconstitucionalidad a los apartados ya mencionados.

Dado que la Corte determinó que el accionante desconocía otras disposiciones de la CIDH⁵⁰, y la Corte IDH⁵¹ incluída su jurisprudencia, que sirve en todo caso como criterio hermenéutico, y además que los criterios de la CADH no se constituían como excluyentes de otros que persigan los mismos fines, se determinó que el problema jurídico estaría direccionado a analizar si existía o no vulneración del derecho a la libertad personal que la peligrosidad del imputado para la sociedad constituyera un criterio para la imposición – por parte del juez de control de garantías- de una medida de aseguramiento como medida preventiva.

Para la Corte Constitucional, el legislador no está habilitado para afectar la libertad del procesado sin antes justificar en materia constitucional dicha medida, dejando claro que quizás una de las situaciones más complejas para este es la legislación sobre medidas cautelares, pues en todo caso estas están “destinadas a afectar derechos fundamentales del procesado en el curso del trámite seguido en su contra” (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C- 469, 2016).

Ahora, para la afectación del derecho fundamental de la libertad la Corte estableció unos límites constitucionales de las medidas de aseguramiento, a los cuales dividió entre formales y sustanciales, los primeros referidos a la reserva de ley, es decir, a la facultad que tiene el congreso en coherencia con los fines de la política criminal de establecer de manera precisa las condiciones

⁵⁰ Comisión Interamericana de derechos humanos: Órgano autónomo de la Organización de estados americanos que promueve los derechos humanos en América. Hace parte junto con la Corte interamericana de derechos humanos del sistema interamericano de protección de derechos humanos o SIDH.

⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos: órgano judicial de la Organización de estados americanos, su jurisdicción esta sobre los países de la OEA que hayan aceptado su competencia.

de la afectación de la libertad personal; y a la reserva judicial, es decir , que la autoridad judicial es la competente para evaluar la situación y decretar la medida de aseguramiento, dejando claro que no puede hacerlo otra autoridad que no sea juez. Los segundos, límites sustanciales, referidos a: primero , la estricta legalidad , es decir deben estar definidos claramente por el legislador, este no puede utilizar un lenguaje que de espacio a la incertidumbre; segundo, excepcionalidad, es decir al ser preventivas no son la regla general; tercero proporcionalidad y necesidad, previniendo el empleo arbitrario o injustificado de esta clase de medidas solo siendo posibles en tanto persigan un fin superior y necesario; y cuarto gradualidad, como criterio complementario a los anteriores.

Es aquí, inicialmente, donde se evidencia la intromisión del Derecho Penal del enemigo pues la Corte en su jurisprudencia ha aceptado la restricción de garantías fundamentales a procesados que cumplan con determinados criterios, entre esos se encuentran los criminales considerados por la sociedad como de mayor gravedad, incluidos por supuesto aquellos que el legislador castigo con mayor pena, pero además que tienen que ver con las organizaciones criminales. Es así, que se estaría cumpliendo en materia procesal con uno de los elementos del Derecho Penal del enemigo el cual es la flexibilización de las garantías del procesado, pero además se vislumbra un ya catalogado elemento general sobre la diferenciación de sujetos , es decir , esta medida no se genera para todos aquellos sometidos al procedimiento penal, sino aquellos determinados en los requisitos de las normas demandadas que acogen lo caracterizado como “enemigo”, que como ya se dijo al mantener una política criminal difusa es, en un principio, difícil identificarlo para el Derecho Penal del enemigo, es decir, esta medida de flexibilización de garantías no podrá ser impuesta a aquellos ciudadanos criminales , sino evidentemente a los enemigos.

Aunque la Corte finalmente aclaró que:

Pese a las falencias de técnica legislativa que presenta el artículo demandado y el 308 del C.P.P., es claro que el legislador justifica la medida de aseguramiento en la necesidad de proteger la comunidad y no en el carácter o temperamento “peligroso” del imputado, como parecen darlo a entender dichos preceptos y en cierto momento de la argumentación es referido por el demandante (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C- 469, 2016, p. 53).

Y por esto, los preceptos demandados son declarados en su totalidad como exequibles, es evidente que si el fin es proteger a la comunidad es porque anterior a este cometido existe un peligro y la restricción de libertad se dará determinada por esta valoración.

Existe en esta sentencia, tanto una aclaración de voto como un salvamento, la primera manifiesta que bastaba con mirar el artículo 250 de la constitución política para declarar la exequibilidad , pues está incluida como función de la fiscalía “la protección dela comunidad, en esencial de las víctimas”, pero dado lo contemplado por la CADH , se encontraba una contradicción, entre esta y la constitución , por lo cual se aclaró que no era necesario establecer cual disposición prevalecía sobre la otra , pues entendemos que por virtud del bloque de constitucionalidad los tratados y convenios tienen rango constitucional , sino que se necesitaba realizar una integración coherente, en términos de un criterio monista , en dos vías : primero la complementariedad entre las normas , y segundo el principio de favorabilidad no solo en términos del procesado , sino de la víctima.

Al contrario, el salvamento de voto mantenía la postura de la inexecutable del apartado demandado, iniciando la argumentación con la frase “no hay nada más peligroso que la teoría de la peligrosidad” con referencia del profesor de derecho procesal y ex magistrado de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia, Alfonso reyes Echandía.

El salvamento de voto pedía la inexequibilidad del apartado demandado teniendo como base la valoración entre la jurisprudencia constitucional y los estándares internacionales, mencionando que “hay un elevado grado de sincronía” entre estos, sin embargo en términos de las medidas de aseguramiento existe una discordancia, así la Corte IDH y la CIDH estipulan estas con fines procesales y la Corte constitucional agrega la posibilidad de protección a la comunidad, igualmente se menciona como otro argumento lo dicho por la Corte IDH y el deber del juez de ejercer un control de convencionalidad pues no solo debe tener en cuenta el tratado sino la jurisprudencia y en ese sentido la interpretación de la Corte interamericana. Frente a la jurisprudencia de la Corte IDH se tiene que dentro de sus pronunciamientos manifestó:

“Sin embargo, aún verificado este extremo, la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar, como se señaló anteriormente, en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia.” (Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. CORTE IDH., 2007)

Frente a la discordancia entre la Corte IDH y la CIDH con las disposiciones constitucionales vale la pena aclarar que la Corte constitucional estipuló que “la privación de libertad no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena , sino que solo se puede fundar en un fin legítimo” (Corte Constitucional, Sentencia C-390, 2014, p. 30) al respecto para los estándares internacionales los únicos fines estarían dados por : primero evitar el peligro de fuga y segundo evitar la obstaculización del proceso pues no se puede fundamentar este tipo de medidas en fines preventivos ni generales ni especiales , estableciendo solo fines legítimos

, es decir “asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia”

Concluyendo, esta medida como afectación del derecho de libertad del procesado ha sido controversial pues además de la afectación ya esbozada, se erige como una medida excepcional y no como regla general, pues a la par se establecen unos requisitos que si bien han sido valorados ampliamente por las Cortes en Colombia y además por la Corte IDH y se encuentran consignados en la CADH, se vislumbra una clara contradicción entre lo planteado por unas y otras, que en todo caso termina afectando la libertad individual del indiciado o procesado, debe recordarse lo manifestado en Sentencia T 762 del 2015:

La política criminal debe tener un carácter preventivo. Uso del Derecho Penal como ultima ratio. Debe respetar el principio de libertad personal, de forma estricta y reforzada. Debe buscar como fin primordial la efectiva resocialización de los condenados. Las medidas privativas de la libertad deben ser excepcionales. Debe ser coherente. Debe estar sustentada en elementos empíricos (...) debe proteger los derechos humanos de los presos. (Corte Constitucional, sentencia T-762, 2015, p. 3)

Lo anterior sin llegar a afirmar, pues sería una mezquindad absurda, que los derechos del procesado son absolutos, pues bien se ha dicho por la Corte Constitucional que es posible afectarlos con la existencia de un “fin legítimo”. En este caso de la interpretación final de la Corte Constitucional Colombiana ese “fin legítimo” estaría dado por las garantías procesales, pero además por los derechos de las víctimas. Situación última que si bien representa un fin esencial del estado puede llegar a ser desmedida en el marco de un proceso inacabado.

Lo anterior, reconociendo que con la limitación que se da en el marco de las garantías procesales se está protegiendo directamente a la víctima como interviniente e interesada en el proceso sin caer

en la prevención-general ni prevención-especial , sin ser posible que además de esto, se establezcan otras causales que deban valorar en sentido sustancial la peligrosidad del sujeto pues otro fin como la protección a las víctimas puede ser desmedido como justificación de medidas tan severas – medida de aseguramiento privativa de la libertad- en las que se ponen en vilo derechos esenciales del ser humano y que además sitúan en contraposición o en pugna los derechos de unos y otros (procesados –víctimas).

En todo caso, se estaría cuestionando el medio de privación y aunque no en sentido estricto el fin como fin del estado , sí como fin para la medida de aseguramiento privativa de la libertad, pues como se estipulo en el primer apartado sobre política criminal “Las estrategias y acciones de Política criminal deberán orientarse a lograr los efectos buscados , con los medios menos lesivos de los derechos fundamentales” (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012) pues si no se hiciera de esa manera el fin estaría justificando los medios más represivos y además contradictorios con nuestra forma de estado; así se deberán usar los medios punitivos sobre restricción de derechos cuando ya no haya otros posibles para el fin determinado, y en el caso de las protección a las víctimas tanto el legislador configurando la ley y el juez aplicándola puede crear y aplicar otros medios de protección.

Como queda claro esto es una medida de Derecho Penal del enemigo adoptada en Colombia que si bien puede encontrar un fin legitimo como medida cautelar en las garantías procesales, se vuelve desmedida en la salvaguarda general y especial que ya había sido negada por la Corte Constitucional y los estándares internacionales, cuestión que afecta de manera grave el derecho del procesado ya convertido en enemigo por su flexibilización de garantías.

Frente a las estadísticas podrá mencionarse según el informe de 2017 de la CIDH denominado “medidas para reducir la prevención preventiva “que aun el 36.3% de la población penitenciaria

de la región se encuentra en prisión preventiva, y en países como Colombia, Argentina, Guatemala, entre otros, la cifra es más elevada.

Como apunte final podrá referirse, que el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que estableció aquellos elementos que se erigen como desafíos de los estados para reducir el uso de la medida privativa, entre estos señala: “a) políticas criminales que proponen mayores niveles de encarcelamiento como solución a la inseguridad ciudadana, que se traducen en la existencia de legislación y prácticas que privilegian la aplicación de la prisión preventiva y que restringen la posibilidad de aplicación de medidas alternativas; b) prevalencia de la política de mano dura en los discursos de altas autoridades para poner fin a la inseguridad ciudadana mediante la privación de libertad, y la consecuente presión de los medios de comunicación y la opinión pública en este sentido; c) utilización de mecanismos de control disciplinario como medio de presión o castigo contra las autoridades judiciales que determinan la aplicación de las medidas alternativas; d) inadecuada defensa pública; y e) falta de coordinación interinstitucional entre actores del sistema de administración de justicia” (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2017)

Más allá de todos los elementos señalados, que pueden o no presentarse en nuestro sistema penal y la realidad colombiana, deberá mencionarse el primer elemento sobre política criminal, pues acorde al análisis ya realizado sobre esta en nuestro país, en efecto, propone mayor encarcelamiento e inflación punitiva que puede erigirse como un real obstáculo para la reducción del uso de esta medida.

3.2.2 Medida idónea.

Frente a la idoneidad deben tenerse en cuenta los criterios reconocidos por la jurisprudencia nacional como por las disposiciones internacionales, así en Colombia se habla de los criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad que según las directrices y recomendaciones dadas por la CIDH en los informes de detención preventiva en las Américas y el informe sobre medidas para reducir la detención preventiva, de 2013 y 2017 respectivamente, se pueden reconocer como:

-Necesidad: refiere que la medida preventiva debe ser indispensables para alcanzar los objetivos legítimos, después de demostrarse que otras medidas resultan inútiles para estos, incluso si fijan menor lesividad a los derechos fundamentales. En todo caso siempre que se cumpla con dichos fines se deberá procurar la medida de menor afectación para los derechos fundamentales.

-Proporcionalidad: Refiere la compensación que debe existir de los sacrificios de los titulares del derecho y la sociedad y el fin a alcanzar, en este sentido:

“[U]na persona inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada. El Estado debe evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en caso de condena. Esto quiere decir que no se debe autorizar la privación cautelar de la libertad, en supuestos en los que no sería posible aplicar la pena de prisión, y que aquella debe cesar cuando se ha excedido la duración razonable de dicha medida. El principio de proporcionalidad implica, además, una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas

que se obtienen mediante tal restricción” (CASO BARRETO LEIVA VS. VENEZUELA , 2009)

-Razonabilidad: La razonabilidad impone límites temporales a la prisión preventiva, estableciendo criterios razonables. Está relacionada con el artículo 7.5 de la CADH que reza:

“Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal (...)5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio (...)”.

Frente al criterio de razonabilidad, en Colombia la ley 1908 del 2.018 realiza una ampliación de la duración de la medida de aseguramiento generando un aumento mayor al triple de lo estipulado por la ley 906 del 2.004 como regla general, respecto a esto deberá resaltarse el caso caso Peirano Basso v. Uruguay que determino : “(a) el tipo de delito y la severidad de la pena pueden ser tomadas en cuenta como algunos de los elementos al momento de evaluar el riesgo de fuga (no el único, como ya se ha visto), pero no como justificación de la prolongación excesiva de la prisión preventiva, toda vez que la privación de libertad durante el proceso sólo puede tener fines cautelares y no retributivos; (b) en ningún caso se podrá disponer la no liberación del acusado durante el proceso sobre la base de conceptos tales como “alarma social”, “repercusión social” o “peligrosidad”, pues son juicios que se fundamentan en criterios materiales y convierten a la prisión preventiva en una pena anticipada(...)” (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2013)

Así, se estipula que el tipo del delito y la severidad de la pena aunque pueden ser valorados no pueden ser criterios únicos para la adopción de la medida de aseguramiento y mucho menos argumento válido para su alargue en el tiempo, cuestión que parece ser la adoptada en la ley 1908 del 2018 donde existe una modificación en cuanto al tiempo de esta medida así la ley 906 del 2004 establece que aquella no puede exceder un tiempo de un año, aunque establece posibilidades de prórroga, mientras que la ley 1908 del 2018 aumenta el tiempo de la detención preventiva estableciendo para los GDO y los GAO que la medida preventiva privativa de libertad no podrá exceder los 3 y 4 años respectivamente, generando expresamente un aumento en el tiempo frente a esta medida, situación gravosa para aquellos que se encuentren procesados por presuntamente pertenecer a estos grupos, lo anterior teniendo en cuenta que se está en una instancia en donde el proceso no se ha agotado. Igualmente, frente a este tipo de estructura en las regiones el estado debería poder tomar otras medidas, la aceptación tácita de la imposibilidad de realizarlo implicaría quizás la aceptación del estado como estado fallido, aunque esto es un tema que no se tocará en este trabajo.

Frente al aumento de tiempo para la medida preventiva privativa de libertad puede presumirse que la diferencia entre los aumentos se genera por la caracterización dada ambos grupos, es decir y como se mencionó con anterioridad, puede que los GAO comporten un mayor riesgo para el estado, que los GDO, aunque dado que la norma no especifica el móvil de los GAO es más complejo establecer el porqué del aumento diferenciado.

Igualmente se establece una modificación para los GDO y los GAO frente a los criterios de peligrosidad realizando adiciones como que el grupo delictivo cuente como un número de personas mayor a 15 o que su tiempo de operación sea mayor de 2 años.

Finalmente frente al criterio de razonabilidad, no se entiende que el tiempo estipulado por regla general se de en contravía del criterio de razonabilidad, sin embargo frente al aumento de la ley 1908 del 2018 donde pareciera existir un aumento en razón a la calificación jurídica y la caracterización de los autores pertenecientes a los GAO Y GDO, que sin embargo no está clara, se está frente a un aumento irrazonable de la medida.

Frente al criterio de proporcionalidad, debe destacarse el pronunciamiento de la corte en sentencia C-022-96:

La teoría jurídica alemana, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, ha mostrado cómo el concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad. El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado. (Corte Constitucional, sentencia, C-022, 1996, p. 9).

De lo anterior, además de la relación estrecha entre el principio de razonabilidad y proporcionalidad, se tiene que la proporcionalidad se refiere a la ponderación entre principios constitucionales que deberá realizar el juez.

Sin embargo el criterio que definirá la idoneidad o no será en concreto el elemento de necesidad, entendido como la valoración sobre una medida como constitucionalmente legítima si solo ella puede cumplir el fin adjudicado, es decir, si no puede ser reemplazada por otra orden cautelar

diferente que sea menos lesiva (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C- 469, 2016). Al respecto, la Corte constitucional ha señalado:

En efecto, repugna al Estado Social de Derecho, al respeto por la libertad y la presunción de inocencia, así como a otros derechos constitucionales, que una persona investigada sea detenida preventivamente cuando ello no es necesario. Una medida tan gravosa de los derechos constitucionales no puede proferirse con base en el capricho o el simple juicio de conveniencia del fiscal. Por el contrario, la Constitución exige que la medida se funde en motivos que justifiquen su necesidad en el caso concreto a partir de los hechos específicos de cada situación fáctica.

Esta necesidad no es política ni estratégica sino jurídica, es decir, relativa al logro de los objetivos del proceso penal en general y a los fines de cada medida cautelar en especial” (Corte Constitucional, sentencia C-805, 2002)

Lo anterior es fundamental pues la crítica al fin de prevención especial y general se da en el marco de la privación de la libertad, no en otro tipo de medidas de aseguramiento, así pues si en Colombia existen otras posibilidades menos lesivas de los derechos del procesado estas perfectamente podrán ser medios para el fin legítimo y en ese sentido el carácter de este –fin- no se vería afectado , mientras que si el medio es privación de libertad como medida de aseguramiento es por medio del cual se intenta garantizar el fin legítimo no podría aceptarse este por ser casi imposible generar proporcionalidad.

Frente a los criterios, específicamente el último que nos ayudara a determinar la idoneidad o no de la medida, cabe recalcar la discrecionalidad del juez y su ejercicio para aplicar e interpretar la normatividad, pues como ha manifestado la corte

El poder legislativo no puede abarcar la totalidad de los fenómenos o supuestos que son regulados por el derecho penal, de modo que todo comportamiento quede subsumido en la descripción contenida en la norma, evento en el cual, acorde con lo expuesto, entre otros, por el tratadista alemán Claus Roxin, obtiene relevancia el criterio judicial, donde el funcionario debe llevar a cabo y sustentar apropiadamente la interpretación de la ley. (Corte Constitucional, sentencia C-695, 2013, p. 18)

Así pues, no se trata de atacar la discrecionalidad del juez para valorar las situaciones, sino de cuestionar el amplio margen que ha dado el legislador en cuanto una tendencia peligrosista rechazada por el sistema interamericano de derechos humanos, pues bien puede tomarse la protección de las víctimas como fin legítimo pero no con medios tan lesivo

Como conclusiones parciales deberá referirse que la presunción de inocencia, el principio de derecho penal como de mínima intervención como de ultima ratio se vulneran bajo una afectación “aceptada” y justificada por el fin legítimo. Ahora bien, sin atacar al fin legítimo deberá analizarse el medio para este fin, esto bajo los criterios reconocidos nacional e internacionalmente, es decir la razonabilidad, proporcionalidad y la necesidad, siendo que la razonabilidad se aplica en Colombia excepto en lo que se refiere a los GDO Y GAO con las reformas recientes, pues se les realiza un aumento significativo frente al tiempo de la medida privativa de libertad, que no encuentra motivación, además debe referirse en términos prácticos y desde la subjetividad de aquel sometido a la medida de aseguramiento que reconocerá si la privación es sanción o prevención, pues igual el sujeto va a estar limitado en su derecho –libertad individual-.

Frente a la proporcionalidad se dejó claro que esto refería una ponderación realizada por el juez que es más que justificable en situación de colisión de principios y finalmente frente a la necesidad se estableció que tenía que ver con una relación del medio con el fin.

Ahora bien, al poder garantizar por medio de otras ordenes u acciones en general, el fin que se quiere lograr de protección a la víctima o a la sociedad, estas medidas en cuanto privativas de libertad podrían afirmarse se usan en contravía del principio del Derecho Penal como de mínima intervención y por sobretodo de ultima ratio, colocando en vilo el criterio de necesidad.

A continuación, se esbozara en el marco de los derechos de las víctimas que otras medidas acordes al fin legítimo de protección de la víctima y la comunidad se pueden utilizar en Colombia para reconocer si bajo estas otras se puede conseguir el fin legítimo de protección sin ocasionar una colisión de principios desproporcionada y en consecuencia mantener la protección de las víctimas como un fin verdaderamente legítimo.

3. Las víctimas de los delitos y sus derechos

3.1 La víctima y el Derecho Penal

A lo largo del desarrollo de la sociedad han existido víctimas de diversos fenómenos, esto en razón a la complejidad que conlleva la evolución del hombre y su entorno, es así que en relación a las

víctimas de los delitos y su participación en la búsqueda de algún tipo de resarcimiento ante el daño generado se pueden encontrar diversas etapas.

Luis Rodríguez Manzanera las propone así; en un primer momento se hablaba de la venganza privada, es decir, quien sufría un daño, la víctima, si tenía la fuerza podía responder causando otro daño a quien ya la había afectado, esto se manejaba sin ningún tipo de control ya que de esta manera se desarrollaron las sociedades primitivas. Posteriormente, con la transformación de la sociedad empiezan a aparecer normas que regulan el comportamiento de los miembros de las comunidades, un ejemplo de esto es la ley del talión, esta aparece aproximadamente para el siglo V (García, 2017), puede decirse que con ella las víctimas también recurrían a la venganza, pero ya con algunas regulaciones y buscando dar un trato proporcional entre el daño causado y la retribución aplicada al culpable, siendo esta una segunda etapa. La tercera etapa puede entenderse como aquella en la que las personas encargadas de realizar y estudiar las leyes empezaron a aumentar los controles a las retribuciones, es desde ese momento que los juristas han de tener en cuenta sólo a las víctimas en su derecho a quejarse y pedir justicia, ya que con el avance en el fortalecimiento del Estado se buscaba que a través de este se tuviera control sobre las acciones de las personas que lo conformaban. Finalmente con la vigencia de los Estados Constitucionales y con la evolución del derecho como herramienta en la regulación de las relaciones sociales, la administración de justicia es asumida por terceros que en nombre del Estado la aplican, así como la titularidad de la acción penal recae sobre una entidad y no sobre personas individualmente hablando, de esta manera a la víctima se le empieza a tener en cuenta sólo para temas de reparación de daños (materiales) o indemnizaciones y el personaje central del proceso penal entra a ser el delincuente. (Rodríguez, 2002).

Con ese mismo desarrollo del Derecho se empieza a aportar desde la academia, encontrándose los realizados por las diferentes escuelas del Derecho, se destacan en primera medida la escuela positiva y la escuela clásica, esta última aparece primero en la historia y está conformada por un grupo de autores –Cesare Beccaria, Giovanni Carmignani, Pellegrino Rossi, Francisco Carrara, entre los más destacados– que a través de sus postulados lograron coincidir en aspectos centrales del Derecho Penal, se reconoce por parte de dichos autores la existencia de un contrato social a través del cual los individuos que hacen parte del Estado ceden ciertas facultades para que por medio del aparato estatal se castigue, dicho derecho a castigar recae sólo sobre terceros que juzguen esos comportamientos contemplados en las leyes, se percibe que la función de la pena es de carácter retributivo, es decir, al mal causado por el delincuente se le impone otro mal, esto por el daño que le hace a la sociedad y de esta manera se pueda seguir manteniendo el orden social. En lo que respecta a las víctimas no existen pronunciamientos claros por parte de los autores que aportaron a esta escuela, debido a que por existir el ya mencionado contrato social el individuo - víctima cede su libertad de castigar, para que esta recaiga en el Estado ya que el bien común, prima sobre los intereses individuales. La escuela positiva, se dedicó a estudiar de manera más profunda al delincuente, la función de la pena es de carácter preventivo, se busca con esta contrarrestar la afectación causada por el delincuente a la sociedad, en el análisis que se realiza la peligrosidad del delincuente es diferente en cada uno y por eso cada sanción debe adecuarse a quien comete el delito, en el estudio de los positivistas no se analiza a la víctima, el personaje central es el delincuente y la búsqueda de su readaptación a la sociedad. (León, Nuñez, & Martínez, 2012)

No sólo desde el Derecho Penal se ha teorizado frente a los delitos y quienes hacen parte de ellos, es así que desde la criminología también se hacen aportes que tienen una estrecha relación con las anteriores escuelas, desde el análisis que realizan varios autores –Hans Von Hentig, Henri

Ellenberger y Benjamín Mendelsohn– se comprende que existía un precario estudio de la víctima, la forma de resaltarla es por medio de diferentes publicaciones, en 1948 se emite la primera obra dedicada exclusivamente al análisis de la víctima del delito, con todos estos aportes inicia de manera abierta la discusión sobre una disciplina que se dedique a estudiar exclusivamente la víctima, tanto así que, en 1973 se realiza el primer Simposio Internacional de Victimología donde las discusiones giran entorno a la definición de la victimología, concepto, definición de víctima, metodología entre otros, sumado a lo anterior, los tipos de víctimas, la víctima en el proceso penal, la relación de víctima-victimario y las acciones que desde la sociedad y el estado se toman para la prevención, tratamiento y resarcimiento. Con esto último se empieza a consolidar fuertemente no sólo el estudio de las víctimas, sino que adicionalmente se empiezan a implementar en los diferentes países del mundo diversas medidas en favorecimiento a las víctimas. (Rodríguez, 2002).

3.2 Definición de víctima del delito y su desarrollo

Existen diversas acepciones de la palabra víctima, en su estado más elemental se encuentran las proporcionadas por el Diccionario de la Real Academia Española en las cuales se define a la víctima como:

Persona o animal sacrificado o destinado al sacrificio; Persona que se expone u ofrece a un grave riesgo en obsequio de otra; Persona que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita; Persona que muere por culpa o por accidente fortuito; Persona que padece las consecuencias dañosas de un delito (Real Academia Española, 2018).

Es desde lo elemental que se empiezan a construir definiciones más completas sirviendo estas para el desarrollo de diversas materias de estudio, en este caso, el Derecho.

El Derecho se ha apoyado de diversas disciplinas para ahondar en el estudio de figuras o instituciones y de esta manera avanzar en el desarrollo de diversos postulados que permitan seguir regulando las relaciones humanas, es así como, para ir adecuando las definiciones de víctima a las necesidades de la sociedad actual se ha valido de la Victimología.

Menciona el autor Luis Rodríguez Manzanera, que se entiende a la Victimología como: “el estudio científico de la víctima” (Rodríguez, 2002, p.25). también se refiere en su libro a que esta ha sido una disciplina que en comparación con otras como la Criminología apareció de manera tardía, como anteriormente se expuso, pero su objeto de estudio, la víctima, es tan antiguo casi como el mismo desarrollo de la sociedad. Esta disciplina estudia a las víctimas en general, es decir, se aplica a todas aquellas víctimas que inicialmente se mencionaron y que pueden clasificarse de mejor manera así; víctimas de catástrofes naturales y víctimas del delito⁵² (Peters, 1988).

Ha sido la Victimología, una herramienta de gran importancia para definir el rol y estudiar el protagonismo que se ha dado a las víctimas en el Derecho Penal, naciendo como se pudo esbozar anteriormente de la inexistencia del estudio al respecto, ya que la criminología se encargaba de estudiar al delincuente y ocasionalmente cuando estudiaba a la víctima lo hacía sobre la base de la culpabilidad de esta por la comisión del delito, por ende, no existía un análisis profundo de qué rol debía desempeñar una víctima en el marco de un proceso penal como consecuencia de la comisión de un delito que la afectara.

⁵² Así lo propone uno de los impulsores de esta disciplina, Benjamín Mendelsohn.

Los estudiosos de esta disciplina empiezan a delimitar la definición de víctima del delito, en el caso de Luis Rodríguez Manzanera esa definición es la siguiente: “persona física o moral que sufre un daño producido por una conducta antisocial (y por lo tanto injusta) propia o ajena, esté tipificada o no, aunque no sea el detentador del derecho vulnerado”. (Rodríguez, 2002, p. 79). Siendo la anterior un aporte desde un autor latinoamericano, caracterizada por que no sólo reconoce víctimas a personas naturales sino también jurídicas, adicionalmente no sólo a quienes sufren directamente los daños, considera este autor a otras personas que de diferente forma se ven afectados por el delito.

El desarrollo del estudio de las víctimas ha permitido que se recojan aportes de autores internacionales y de esta manera se vayan generando definiciones aplicables a los ordenamientos jurídicos nacionales, es así como el autor Colombiano Julio Andrés Sampedro Arrubla lo expresa: “Hoy, gracias a la influencia de la victimología no es posible hablar exclusivamente de un concepto individual de víctima, éste debe entenderse en sentido amplio, como comprensivo no sólo del sujeto pasivo del delito sino de otras personas naturales o jurídicas, que aunque no estén individualizadas, pueden haber sufrido daños como consecuencia de la infracción.” (Sampedro, 2010, p. 103)

Lo importante de las definiciones actuales de víctima es que propenden por ser incluyentes, desde el análisis específico del contexto colombiano se entiende que existen diversas personas afectadas por el delito, no sólo quien directamente recibe el daño, adicionalmente están otras personas que deben ser tenidas en cuenta por el Derecho.

Existe una relación recíproca entre los aportes que han hecho los autores al estudio de las víctimas y los aportes que desde las diversas legislaciones de carácter nacional e internacional se han generado, es así que como la Organización de las Naciones Unidas por medio de la

“Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de los delitos y del abuso del poder”. Propone una definición amplia de víctima y sumado a lo anterior implementa garantías para el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales de las mismas. Esta declaración inicia estableciendo que las víctimas no sólo son las personas que individualmente hayan sufrido daños, adicionalmente también se considera a aquellas que se hayan visto afectadas de manera colectiva. Posteriormente se preocupa esta declaración por establecer unos principios de carácter universal de acceso a la justicia para las víctimas, para proseguir con unas medidas de restablecimiento. Con el fin de establecer las características de dicha definición se trae aquí a colación, se entiende a la víctima como;

(...) las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder. (ONU, 1985)

Por consiguiente a nivel internacional también se mantiene una definición amplia de víctima, en el caso concreto de esta normatividad se entiende que incluye con esta a los familiares o personas que tengan relación con la víctima directa (ONU, 1985).

Se encuentra que dentro del Código de Procedimiento Penal del año 2000 (Ley 600), no existe una definición precisa de víctima, cuando dentro de esta norma se hace referencia a las personas afectadas por el delito debe entenderse “parte civil”, siendo ésta el perjudicado o sus sucesores, pero la ley no va más allá, quedando un vacío sobre el significado y el rol de estos sujetos en el proceso penal, interviene entonces la Corte Constitucional a través de su sentencia C-228 del año 2002 con el fin de establecer la diferencia entre parte civil, perjudicado y víctima, es decir, aporta

a la construcción de estas definiciones, según esta sentencia la víctima del delito es sólo sobre quien se materializa la conducta típica, es decir, la persona sobre la que se comete el delito. Perjudicado tiene un mayor alcance, ya que comprende a todos los que han sufrido un daño, sea patrimonial o de otra índole, por la comisión del delito, un ejemplo pueden ser los familiares de una víctima de homicidio, terminan ellos siendo los perjudicados del delito. Finalmente, parte civil es una institución jurídica usada para que tanto víctimas como perjudicados puedan ser sujetos procesales. (Corte Constitucional, C 228, 2002).

En el año 2004 se genera un cambio en el sistema penal y se implementa uno con enfoque acusatorio, esto a través de la ley 906, en lo que respecta a la víctima se da un giro importante, ahora nos centraremos en la definición que trae esta ley, víctimas son *“las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto”* este era el planteamiento inicial en el año 2004, es decir, después del avance que se había dado con la ampliación de la definición en sentencia C-228 de 2002, nuevamente se limita a quienes recibían el daño directamente, cercenando la posibilidad que existieran víctimas que aunque no recibieran directamente el daño ocasionado por el delito se vieran afectadas, nuevamente la Corte Constitucional entra a dirimir estas contradicciones, con la sentencia C- 516 del año 2007, esta es relevante y ya que al nuevamente restringirse el concepto de víctima se estaba retrocediendo y dejando de una lado los avances que a través de los tratados internacionales y jurisprudencia nacional se habían dado. Así lo plasma la Corte en dicho pronunciamiento:

En cuanto al carácter “directo” del perjuicio, se ha considerado que tal cualidad no constituye un elemento o condición de existencia del daño, sino que plantea un problema de imputación, en cuanto pone de manifiesto el nexo de causalidad que debe

existir entre el daño y el comportamiento de una persona. De tal manera que cuando el legislador en el artículo 132, asigna al daño el calificativo de “directo” para el sólo efecto de determinar la calidad de víctima, está condicionando tal calidad a la concurrencia de un elemento de imputación que corresponde a un análisis posterior que debe efectuar el juez, al determinar tanto la responsabilidad penal como la civil del imputado o acusado. Este calificativo indudablemente restringe de manera inconstitucional la posibilidad de intervención de las víctimas en el proceso penal y su derecho a un recurso judicial efectivo. La determinación de la calidad de víctima debe partir de las condiciones de existencia del daño, y no de las condiciones de imputación del mismo. (Corte Constitucional, C 516, 2007)

Con este pronunciamiento se corrige el retroceso y se sigue en la línea de fortalecer el rol de la víctima en el proceso penal y garantizarle la efectiva realización de sus derechos y así además se precisa una definición de víctima con una amplitud que permite a quienes sufren el daño directamente, a familiares o personas que de alguna u otra manera se vean afectadas con el delito solicitar ser reconocidas como víctimas dentro del proceso penal.

3.3 Antecedentes de la participación de las víctimas en el proceso penal colombiano

En lo que respecta a la normatividad colombiana se tiene que a pesar de tener pronunciamientos como el que precede desde el año 1985, el desarrollo que a nivel mundial se dio de la mano de la victimología y contarse con diversos aportes de autores entre ellos los citados con anterioridad, el avance en la definición de víctima del delito sin lugar a duda fue más lento, en ese mismo sentido las facultades de las víctimas en el proceso penal se han desarrollado paulatinamente.

Es así que en la larga vigencia de la constitución de 1886 los cambios y aportes al estudio y desarrollo de las víctimas dentro del ordenamiento jurídico no fue amplio, esto en el entendido que todas las medidas asumidas por el Estado responden a una política criminal, entendiéndose esta última como:

El conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción (Corte Constitucional, C 936, 2010)

Siendo los intereses del Estado construido bajo la vigencia de dicha constitución diferentes a los actuales intereses estatales derivados de la constitución de 1991 enmarcada en el Estado social de derecho. En relación con lo anterior debe entenderse que las conductas reprochables o que son plasmadas como delitos han variado en la medida que se han dado cambios en la sociedad, es así que ha existido un tránsito de legislaciones que en el marco de la Constitución de 1886 hasta el día de hoy han aportado al desarrollo del rol de la víctima y su estudio.

El Código Penal de 1938, uno de los códigos penales más antiguos y que empieza a sistematizar la normatividad penal del país, fue desarrollado procesalmente por el Decreto 409 de 1971 (Código de Procedimiento Penal de 1971), el cual era de tendencia inquisitiva, esto se denota en su afán por centralizar las funciones de acusación y juzgamiento en un mismo funcionario, el Juez. En lo que respecta a las víctimas allí se contemplaba la acción civil, es decir, a través de esta se buscaba el resarcimiento por el daño causado, esto en cabeza de la persona afectada o sus herederos, así se contemplaba su participación en el proceso (Bernal, 2005), “(...) sin necesidad de apoderado, solicitar práctica de pruebas, interponer recursos, desistir de los mismos, solicitar excarcelación, la condena y libertades condicionales, actuar en las diligencias e intervenir directamente en todos los

casos que autorice la ley” (Colombia, Decreto 409, 1971). Es decir, bajo este Decreto las facultades otorgadas a las víctimas podían ser consideradas como amplias, pero realmente estas estaban orientadas a la reparación económica del daño, aun así, era parte en el proceso y por tal razón tenía una participación directa, desde la cual podía aportar elementos para probar el daño generado. Para iniciar la acción civil y para que esta se generara debía existir primero una condena en la cual se describiera cual era el valor a indemnizar, de igual manera se establecía que cuando la sentencia fuese absolutoria no había medidas que permitieran la indemnización a la víctima, por otro lado existían algunas medidas cautelares que buscaban la protección de la víctima pero nuevamente pensadas sólo en términos económicos, estas medidas tenían contenido real, situación que dejaba de lado a las que pudiesen aportar bienestar a la víctima.

En el año 1987 se emite un Decreto, el 050, con este se acoge un nuevo Código de Procedimiento Penal debido a que en 1980 se había emitido un código penal que había derogado el de 1936, con este se reglamentó que el perjudicado a través de la acción civil es quien puede buscar el reconocimiento de los perjuicios causados todo esto en el mismo proceso penal, en cuanto a medidas cautelares todas como medidas de registro de bienes estaban orientada estrictamente sólo a proteger los posibles intereses económicos que llegasen a tener los afectados. Finalmente antes de las dos normatividades procesales que se encuentran vigentes (Ley 600 de 2000 y Ley 906 de 2004) está el Código 2700 de 1991, este ya tratando de adecuarse a una nueva perspectiva Constitucional, se planteaba el restablecimiento del derecho y la indemnización, es en esta norma donde se empiezan a ampliar el espectro de personas que pueden ejercer la acción civil, con esa misma denominación de restablecimiento del derecho se le da una noción más amplia a la participación de la víctima en el proceso penal, orientado a que fuese sujeto de otros tipos de reparación que desde hacía varios años ya estaban siendo contemplados internacionalmente.

Muchas de las disposiciones contenidas en la aún vigente Ley 600 del 2000 son una transcripción literal del código de 1991. (Molina, 2011)

Puede entenderse ese lento avance debido a que dentro de la Constitución de 1886 estos desarrollos no eran una prioridad, cuando se genera el cambio constitucional en el año 1991 ingresan al ordenamiento jurídico colombiano nuevos paradigmas, entre esos, el gran interés por el desarrollo de los derechos fundamentales, todo esto en el marco de un Estado Social de Derecho, situación que no podía dejar de un lado esos derechos de las víctimas del delito. Es así que surgen otras normatividades que se emiten respondiendo a las necesidades actuales de la sociedad, en los últimos 20 años puede decirse que ha habido dos etapas que han marcado el desarrollo del estudio y la implementación de medidas en favor de las víctimas dentro de la legislación colombiana, la primera en el marco de la Ley 600 del año 2000, toda vez que el sistema penal con el que se contaba en ese momento era de carácter inquisitivo y la segunda etapa a partir de la Ley 906 de 2004, a través de la que se implementa un nuevo sistema penal con tendencia acusatoria. Sumado a lo anterior y adecuándose al contexto colombiano, que se ha caracterizado por haberse encontrado inmerso dentro de un conflicto armado interno se ha legislado con el fin de regular ciertas situaciones, que, si bien no están estrictamente dentro de la normatividad procesal penal, se deben tener en cuenta en razón a que integran disposiciones sobre las víctimas. Una de estas es la Ley 905 de 2005, dicha Ley se da en el marco de la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, de manera general aplicado a grupos de autodefensas, en este se plasmaron importantes disposiciones para garantizar los derechos de las víctimas de estos grupos a la verdad, justicia y reparación. Posteriormente con la Ley 1448 de 2011 se regulan aspectos concernientes a la atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado

interno, en las dos anteriores normas se reafirman los derechos de las víctimas, y adicionalmente se establecen medidas de protección.

3.4 Derechos de las víctimas

Cómo se puede extraer de lo anterior, el desarrollo del estudio desde la Victimología y las ciencias del Derecho Penal, no sólo han permitido conceptualizar al respecto de la definición y concepto de víctima, sino que adicionalmente a esto ha permitido el avance entorno a las facultades que tienen dentro del proceso penal, dichos avances se han generado desde la doctrina pero también desde pronunciamientos de entidades de carácter internacional que finalmente terminan repercutiendo en los ordenamientos jurídicos internos.

Es así que desde el siglo XX el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha cumplido un importante rol en el rescate de la víctima como parte fundamental del proceso, esos aportes no sólo han sido desde los fallos emitidos pronunciándose sobre las violaciones a los derechos humanos, sino también desde la misma estructuración de la participación de las víctimas en el proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), teniéndose en cuenta a la víctima como parte, allí tiene la posibilidad de llevar de manera autónoma los argumentos que considere necesarios ante la Corte con el fin de respaldar su caso, también está facultada para la presentación de evidencia y hacer otro tipo de solicitudes. Una de las razones que puede llegar a justificar la ampliación de la participación de las víctimas en el ámbito de la CorteIDH es que se busca la universalización del derecho a la realización de justicia, uno de los derechos fundamentales de las víctimas del delito. (Feria, 2006)

Los principales y más importantes derechos de las víctimas han sido promovidos por el SIDH, siendo los más relevantes el de la verdad, justicia y reparación. El derecho a la verdad ha sido definido por la CorteIDH, así: “implica este la potestad jurídica de saber y recordar la verdad de los hechos violatorios y/o delictivos y se proyecta en una dimensión individual y colectiva, hacia toda la sociedad” (Medellín, 2014, p. 41). Se ha ratificado por medio de diversos pronunciamientos, uno de ellos de gran trascendencia como el Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras (Caso Velásquez Rodríguez , 1988), en donde plantea que las autoridades nacionales deben buscar efectivamente la verdad, aún si existen dificultades debe aclararse que esta es una obligación de medios y no de resultados, pero debe emprenderse con seriedad, sin importar si la investigación llegue a un resultado satisfactorio el esfuerzo del estado debe ser evidente. El derecho a la verdad en el SIDH también está pensado de manera colectiva, esto significa que la sociedad en general conozca de los hechos, cómo sucedieron y cuáles fueron las particularidades en la que se dieron. El derecho a la justicia se empieza a materializar de manera efectiva cuando a las víctimas se les otorgan una serie de garantías, tales como; acceder al expediente y a la información relevante del caso; aportar pruebas en la etapa procesal adecuada; impugnar las decisiones o los actos de autoridades que impidan u obstaculicen el ejercicio pleno de sus derechos y se concreta cuando el aparato judicial da todas las garantías para que las investigaciones y en general los procesos judiciales permitan a las víctimas el cumplimiento de sus demás derechos, entre esos el que anteriormente se menciona, el de la verdad, es así que a través de la sentencia Barrios altos contra Perú reconoció los derechos de los familiares sin ninguna distinción de parentesco para acceder a la justicia y conocer la verdad sobre los hechos, es entonces aquí que ya empieza a dejarse a un lado que víctimas sólo son quienes sufren el daño directamente o sólo algunos de sus familiares. Finalmente, se encuentra el derecho a la reparación, durante décadas a este se le ha dado

mayor relevancia que a los anteriores, en cuanto a lo desarrollado por la CorteIDH se puede indicar que establece que quienes hayan sufrido daño deben ser beneficiarias de reparaciones, esta debe darse de manera integral, es decir, abarcan; “indemnización por daños materiales y morales; publicación de la sentencia; disculpas públicas y reconocimiento de los hechos; investigación y sanción de los responsables; rehabilitación física y psicológica; restitución y titulación de tierras; actos de conmemoración; reformas constitucionales y/o legislativas; los programas de capacitación a funcionarios o servidores públicos, incluidos miembros de las fuerzas armadas y del poder judicial; el restablecimiento de la libertad física de una persona detenida; la reincorporación en cargos públicos; las becas de estudio o conmemorativas; la implementación de programas sociales de educación y culturales; los programas de reconstrucción de viviendas e infraestructura; la construcción de centros de atención social y a grupos vulnerables” (Medellín, 2014, p. 118). Desde el SIDH se entiende que la reparación va mucho más allá que una compensación económica, se centra entonces porque derivado de sus fallos se materialicen medidas orientadas a satisfacer a la víctima en aspectos tan importantes como lo económico pero que a su vez le van a permitir volver a su estado anterior.

En concordancia con lo anterior desde el sistema internacional no sólo se habla de los derechos a la verdad, justicia y reparación, como quedó expuesto con antelación, existen otros más, pero en especial uno que tiene que ver con el establecimiento de medidas de protección a las víctimas, esto puede entenderse no sólo con miras a garantizar la no repetición sino además con el fin de dar tratamiento, en lo concerniente al Sistema Interamericano de Derechos Humanos existen las denominadas medidas cautelares de la comisión y las medidas provisionales de la Corte, con estas se buscan proteger a las víctimas, víctimas que al interior del sistema pueden ser individuales o

colectivas y dichas medidas deben adecuarse a cada caso en concreto, teniendo en cuenta a las víctimas y acordándolas conjuntamente, con el fin que estas sean consensuadas y no impuestas.

Lo anterior demuestra el avance que se ha dado desde el sistema internacional en lo relacionado con víctimas del delito, esto ha ayudado a que los diferentes ordenamientos internos, entre estos, el colombiano, implementen medidas de manera similar.

3.5 Derechos de las víctimas en Colombia.

Desde la Constitución Política colombiana se establecen directrices sobre los derechos de las víctimas del delito, es así que en el preámbulo de la mismas el Estado se compromete entre otras cosas a fortalecer la justicia, de igual manera como fin esencial del Estado está el de promover y garantizar la efectividad de los principios y derechos consagrados constitucional y legalmente. En esa misma lógica es que en el artículo 250 de la C.P habilita a la Fiscalía General de la Nación para tomar de manera independiente algunas medidas o solicitarlas ante el Juez en procura de la asistencia, reparación y protección de las víctimas en el proceso penal.

Con el artículo 93 de la Carta política ingresa de manera oficial al ordenamiento jurídico colombiano el denominado bloque de constitucionalidad, entendido así; “normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetro del control de constitucionalidad de leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución” (Colombia, Constitución Política, 1991). Es así que este artículo plasma:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se

interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. (Corte Constitucional, C 225, 1995)

Es a través de esta institución que se integran a la normatividad colombiana una serie de tratados internacionales que sirven de directriz para el desarrollo normativo de todo lo concerniente a los derechos de las víctimas, se empieza a hablar en estos de derechos a la verdad, justicia, reparación y al efectivo acceso a la administración de justicia, entre otros. Un ejemplo son los fallos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como ya se mencionaba anteriormente, también la “Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas” ratificada por Colombia a través de la ley 1418 de 2010, en su artículo 24 se establece “Cada víctima tiene el derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida (...)”. Y en el artículo 26 “Los Estados Partes velarán por que su sistema legal garantice a la víctima de una desaparición forzada el derecho a la reparación y a una indemnización rápida, justa y adecuada.” Sirven entonces estos tratados como referencia de comparación para saber si nuestro ordenamiento jurídico está acorde a los preceptos internacionales y es así como se da una continua adaptación de la normatividad interna con el fin de acondicionarse a los tratados internacionales.

Posterior a la promulgación de la Constitución de 1991 se expide el Código Penal, Ley 599 del año 2000, razón por la que además se requiere un nuevo Código de Procedimiento Penal es así que se emite la Ley 600 del 2000, este sistema procesal penal era según la autora Gloria Lucía Bernal Acevedo “mixto inquisitivo en la instrucción y acusatorio en el juicio” (Bernal, 2005) es decir un sistema que en una primera parte preponderaba la reserva de lo actuado y en otra existía mayor publicidad.

Las normas rectoras del proceso penal en mención ‘Ley 600 del 2000- son las máximas por las que deben regirse las actuaciones, en principio se aplican para todos los sujetos procesales, pero existen algunas de manera específica benefician a las víctimas, a saber, la dignidad humana (Artículo 1), a través de la cual a todos los intervinientes se le debía garantizar el respeto, el principio de integración, mediante el que se daba cumplimiento a lo planteado en el artículo 93 de la Constitución Política Colombiana, esto en razón a que se deben aplicar al proceso penal los tratados y convenios internacionales ratificado por el Estado (Artículo 2). La igualdad (Artículo 5), con esta se busca que todos los intervinientes del proceso penal sean tratados de la misma manera, procurándoseles las mismas oportunidades y ejerciendo de ser el caso acciones de protección para quienes ostenten circunstancias de debilidad. Sumado a esto se estipula como norma rectora el respeto por los derechos fundamentales de los sujetos procesales (Artículo 9), todos los sujetos procesales tienen derecho a controvertir las pruebas (Artículo 13), el principio de celeridad y eficiencia está plasmado con el fin de que las actuaciones penales sean lo más rápidas posibles para de este modo dar una solución al conflicto (Artículo 15) el restablecimiento y reparación del derecho (Artículo 21) Y en razón de estas normas es que se desligan una serie de facultades a las víctimas, todas adecuándose a estos principios rectores.

No sólo empiezan a materializarse los derechos y facultades de las víctimas con lo que establece el legislador en el código de procedimiento penal, adicionalmente las altas Cortes empiezan a delimitar o ampliar estos dando sus interpretaciones y generando precedentes, es así que en el año 2000 la Corte Constitucional a través de sentencia de tutela (Corte Constitucional, T 704, 2012) en la cual una víctima interpuso tutela porque consideraba violados sus derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia toda vez que realizó una solicitudes probatorias que el fiscal encargado desconoció y finalmente terminó por precluir la investigación, razón por la que la

actora considera vulnerados sus derechos como víctima, la Corte Constitucional se pronuncia en el sentido que los derechos a la participación y de acceso a la administración de justicia de las víctimas son inicialmente similares a los de los demás sujetos procesales, razón por la que en cuanto una víctima es reconocida como parte civil en un proceso adquiere la posibilidad de participar de manera activa en el proceso, con las facultades que le han sido otorgadas por la ley, una de esas la de solicitar pruebas.

Para comprender lo anterior es importante exponer que dentro de esta norma se estipula que de la conducta punible se derivan dos acciones, es decir, de la comisión del delito, en primer momento una hay acción penal y otra civil, la penal orientada a la investigación y juzgamiento de los presuntos responsables. Para tratar lo referente a la parte civil es importante tener en cuenta que esta norma contempla las categorías de víctima, perjudicado y parte civil, la parte civil entendida como la institución jurídica a través de la cual tanto víctima –quien recibía directamente el daño- como perjudicado –quienes sufrían el daño sin necesidad que fuese patrimonial- podían hacer parte del proceso penal, estos dos últimos estaban catalogados como sujetos procesales, es decir; tenían la facultad de intervenir. Inicialmente dicha acción civil estuvo pensada sólo para efectos de indemnización económica, así se venía tratando en las legislaciones anteriores, tanto así que podía ser ejercida, bien, ante la misma jurisdicción penal o ante la jurisdicción civil, pero la Corte Constitucional en sentencia C -228 de 2002 se encarga de aclarar qué; “ (...)los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible gozan de una concepción amplia–no restringida exclusivamente a una reparación económica– fundada en los derechos que ellas tienen a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos, entre otros, y que exige a las autoridades que orienten sus acciones hacia el restablecimiento integral de sus derechos cuando han sido vulnerados por un

hecho punible. Ello sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan, a lo menos, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos.” Es así que a través del rol de la parte civil se permite a las víctimas no sólo buscar el efectivo goce de derechos como el de la reparación sino además a la verdad y justicia. (Corte Constitucional, C 228 de 2002)

Se establecen entonces parámetros claros e importantes para la participación de las víctimas en el proceso penal, sobre todo en lo concerniente al acceso a la administración de justicia, en el entendido que aclara que dicha participación no puede limitarse sólo a lo económico, es entonces donde se reconoce que las víctimas tiene derechos fundamentales que se derivan de su intrínseca calidad de víctimas, tales como el de la verdad, justicia y reparación del daño así los define a cada uno la Honorable Corte Constitucional:

El derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos. El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad y El derecho a la reparación del daño que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima de un delito (Corte Constitucional, C 228 de 2002).

Para el efectivo goce de los derechos se requiere dotar a la víctimas de otras facultades, en el caso concreto, lo primero que se estipula es que la víctima será un sujeto procesal dentro del proceso, las implicaciones de establecer esto es que se va a realiza una mejor y más efectiva participación de la víctima ya que en esa medida se le otorgan más facultades adicionales a las de sólo solicitar indemnización económica, es que al tener el sistema penal de la ley 600 un carácter

escritural se le otorgó a la víctima el acceso al expediente, podía esta tener pleno acceso a la información allí contenida, hacer solicitudes específicas y aportar pruebas, pero más allá de esto fue sumamente importante y positivo que la víctima tuviese la facultad de controvertir las decisiones tomadas, porque de esta manera se desarrollan sus derechos fundamentales y se da una garantía para la protección de los mismos. (Molina, 2011)

Es así entonces que la parte civil estaba facultada para solicitar práctica probatoria, no sólo orientada a probar el daño y la cuantía de los mismos, sino que además pudiesen demostrar que la conducta efectivamente existió y la responsabilidad de las personas a las que se les atribuye. Adicionalmente a esto se le facultaba para que en aras de proteger sus intereses económicos que pudiesen derivarse de la indemnización solicitara el embargo y secuestro de bienes que tuviese conocimiento o llegaren a percatarse de su existencia y que estuviesen en cabeza del procesado, se le imponía también al procesado una medida que favorecía de igual manera a la víctima, esta era la prohibición de enajenar sus propiedades, toda vez que así se garantizaba de alguna manera que los bienes con los que se podría llegar a indemnizar el daño no salieran del dominio de quien estaba vinculado al proceso hasta tanto no existiera un fallo, en esa misma línea, existían otras medidas de carácter económico, estas como; la cancelación de registros fraudulentos, que se daba cuando el procesado había realizado maniobras con el fin de aparentar que los bienes salían de su patrimonio, el juez dentro el mismo proceso podía ordenar la cancelación de aquellos títulos de propiedad o gravámenes. Finalmente, la condena y liquidación de los perjuicios en favor de la víctima estaba a cargo del Juez quien debía liquidarlos y dictar sentencia, todas estas medidas quedaban sin efectos en el momento en que se llegaba a emitir una sentencia absolutoria, bien porque quien estaba vinculado al proceso no se encontrara responsable o en razón a que obró bajo las causales de ausencia de responsabilidad. (Molina, 2011)

Otro tipo facultades que se le otorgaban a la víctima era la de solicitar control de legalidad a ciertas actuaciones de la fiscalía, una de esas las medidas de aseguramiento, es así que la Corte Constitucional lo plantea en su sentencia C.805 de 2002:

“Están legitimados para solicitar el control de legalidad, los siguientes sujetos procesales: i) la parte defendida, integrada por el imputado y su defensor, ii) el Ministerio Público, cuando lo considere necesario en defensa de los derechos fundamentales amparados y iii) la parte civil, como protección del derecho a la reparación, la verdad y la justicia” (Corte Constitucional, C 805, 2002, p. 46).

Esto se realizaba en aras de que en caso que la fiscalía se abstuviera de solicitar dichas medidas, que podían asegurar algún tipo de protección a la víctima esta última tuviese un mecanismo idóneo para controvertir esta decisión y buscar la imposición de medida de aseguramiento.

Queda entonces demostrado que en la ley 600 de 2000 la víctimas tenía tanto facultades orientadas a garantizar su efectiva participación en la búsqueda de verdad y justicia dentro del proceso penal como también medidas que le permitían tener alguna garantía de la indemnización económica y finalmente algunas que estaban ligadas a garantizar su protección, cabe resaltar que las medidas a través se reparaba el daño estaban solamente referidas a los lo económico, es por eso que desde la jurisprudencia se siguen haciendo aportes, a través de sentencia C-916 de 2002 hace un ejercicio de comparación con el derecho internacional y las normatividades de otros países y se encuentra que empieza a hablar de reparación integral, esta entendida como mucho más amplia de lo económico, que esté orientada a compensar tanto los daños económicos como los morales, además se contempla la implementación de medidas a través de las que el Estado garantice la creación de fondos públicos que indemnizen a las víctimas en el caso que el responsable del delito no tenga como hacerlo. (Corte Constitucional, C 916, 2002).

Así se han venido regulando los derechos de las víctimas, pero en el año 2002 se emite un acto legislativo a través del cual se modifica la constitución y por ende se hace necesario la implementación de un nuevo sistema procesal penal en Colombia, ahí es cuando se emite la Ley 906 de 2004.

Uno de los cambios más importantes que se da entre una legislación a otra es que se introduce con la ley 906 de 2004 y el sistema penal acusatorio la igualdad de derechos, obligaciones y deberes de las partes en el proceso penal, entendiendo que en la anterior normatividad tanto fiscalía, defensa, víctima estaban contemplados como sujetos procesales, actualmente existe un capítulo dedicado a “partes e intervinientes” en la que se realizan plasma que parte en el proceso sólo son la fiscalía y la defensa, mientras intervinientes especiales, la víctima y el ministerio público, esto lo que implica es que esa igualdad de armas que se mencionaba anteriormente y que está orientada a que se gocen de los mismos derechos durante todo el proceso, dejando a la víctima con derechos taxativos que si bien han sido en algunos casos ampliados por la jurisprudencia nunca se equiparán a los del procesado. (Botero, 2016)

Según el autor (Molina, 2011) los derechos de las víctimas y sus facultades han evolucionado de tal manera que se pueden dividir de la siguiente manera, aquellos que son de carácter sustancial, a saber, verdad, justicia, reparación, estos de carácter fundamental y los más desarrollados de manera internacional, adicionalmente a estos se encuentran otros derechos no menos importantes pero que se pueden encasillar como derechos procesales, estos divididos en dos subcategorías, la del debido proceso y la de los derechos instrumentales, dentro de estos últimos; el derecho a la información, derecho a la asistencia, el derecho a la protección, derecho a la intervención procesal, clasificación que compartimos debido a que entendemos como derechos fundamentales los primeros tres enunciados por el autor y las demás como derechos facultativos, es decir, estos

últimos permiten a las víctimas realizar acciones en su favor dentro del proceso, cabe aclarar que los primeros son de carácter universal y los últimos dependen estrictamente de cada ordenamiento jurídico.

El derecho a la verdad en el actual código de procedimiento penal, está inicialmente planteado en el Artículo 11, literal e, donde se plasman los derechos de las víctimas “A recibir desde el primer contacto con las autoridades y en los términos establecidos en este código, información pertinente para la protección de sus intereses y a conocer la verdad de los hechos que conforman las circunstancias del injusto del cual han sido víctimas.” (Colombia, Ley 906, 2004) Esa verdad puede dividirse en varios aspectos, tales como, el derecho inalienable a la verdad, el derecho a recordar y finalmente el derecho de las víctimas a saber⁵³. Se debe entender el primero como ese derecho que tiene la población de un territorio en el cual acontecieron los delitos de saber el por qué y cómo se realizaron, el segundo está orientado a que esas mismas poblaciones tengan el conocimiento y recuerden las circunstancias en que históricamente se han generado, en el concreto caso, los delitos, muy ligado al adagio popular* de quien no conoce su historia está condenado a repetirla. El último se refiere a que el fin mismo de un proceso penal debe estar orientado a buscar esa verdad y permitirles a las víctimas, sin necesidad de que estas participen en el proceso. El derecho a la justicia es concebido por puede ser definido como ese que tienen las víctimas a que no haya impunidad y para esto se requiere toda la voluntad por parte del Estado en donde también se les permita a dichas víctimas a participar en el proceso penal, finalmente el derecho a la reparación está concebido de una manera integral, no sólo individual sino colectiva y no sólo puede estar

⁵³ Esta clasificación es propuesta desde el “Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”.

limitado a lo meramente económico, este va más allá cuando contempla otras series de medidas para devolver a las víctimas al mismo estado de antes. (Molina, 2011)

La reparación es analizada en un sentido amplio por la Corte Suprema de Justicia, manifestando que está constituido por la; restitución: esta consiste en devolver a la víctima al estado anterior al momento en que se cometió el delito; la indemnización; consiste en cubrir el valor material de daños morales, materiales y de la vida de relación que pudieron ser ocasionados a la víctima; la rehabilitación; busca la recuperación de las víctimas que hayan podido quedar con secuelas físicas o psicológicas; la satisfacción: es esa compensación moral que busca restaurar la dignidad de la víctima y de esa misma manera que la sociedad en general tengan conocimiento de lo sucedido y las condiciones reales en que se generaron los hechos; garantía de irrepetibilidad: en dicha sentencia que está emitida desde la perspectiva de la ley de justicia y paz aplicable a los paramilitares se entiendo como esa garantía, la desmovilización el desarme. *Reparación simbólica*: aseguramiento de la memoria histórica, aceptación pública de la comisión de delitos, perdón difundido y restablecimiento de la dignidad de las víctimas y *Reparación colectiva*: recuperación psicológica y social de las comunidades victimizadas. La reparación por vía administrativa inicialmente asumida por el Estado puede resultar adecuada para asegurar la indemnización, e inclusive la restitución, en tanto que la vía judicial ofrece mejores posibilidades para la rehabilitación, la satisfacción y la garantía de no repetición. Estos preceptos pueden aplicarse a la reparación para los delitos comunes.

Respecto al derecho que tiene todas las víctimas a ser reparadas, esta no se limita exclusivamente a lo material o moral, también, basados en los fallos de carácter internacional se han instaurado en nuestro ordenamiento jurídico otras formas de reparar como lo son las simbólica, entre estas se tiene en cuenta cuando el procesado pide disculpas o perdón.

Los anteriormente mencionados derechos procesales están direccionados a que las víctimas puedan ejercer facultades dentro del proceso y las lleve a la consecución de verdad, justicia y reparación. El debido proceso le garantiza a la víctima que todo lo que le está permitido por ley efectivamente se materialice, es decir, los derechos instrumentales están orientados a garantizar a las víctimas el pleno desarrollo de las facultades otorgadas por la ley, el derecho a la información le garantiza a las víctimas no sólo que el ente acusador las mantenga al tanto de todo cuanto ocurre en el proceso sino que además de esto que les expliquen sus derechos y el límite de los mismos, por eso a través del artículo 11 literales e y g se le concede el derecho a que desde el primer contacto con las autoridades se les brinda dicha información. Se considera además que el artículo 18 en el que se consagra la publicidad del proceso penal también es una oportunidad a través de la cual las víctimas pueden acceder a la información. Es así que en el artículo 135 del C.P.P se da a la víctima una garantía de que sus derechos y facultades le serán informados, para posteriormente en el artículo 136 se delimitan unas situaciones específicas sobre las cuales se les dará información, a saber;

“Organizaciones a las que puede dirigirse para obtener apoyo; el tipo de apoyo o de servicios que puede recibir; El lugar y el modo de presentar una denuncia o una querrela; Las actuaciones subsiguientes a la denuncia y su papel respecto de aquellas; El modo y las condiciones en que puede pedir protección; Las condiciones en que de modo gratuito puede acceder a asesoría o asistencia jurídicas, asistencia o asesoría psicológicas u otro tipo de asesoría; Los requisitos para acceder a una indemnización;

Los mecanismos de defensa que puede utilizar; El trámite dado a su denuncia o querrela; Los elementos pertinentes que le permitan, en caso de acusación o preclusión, seguir el desarrollo de la actuación; La posibilidad de dar aplicación al principio de oportunidad y a ser escuchada tanto por la Fiscalía como por el juez de

control de garantías, cuando haya lugar a ello; La fecha y el lugar del juicio oral; El derecho que le asiste a promover el incidente de reparación integral; La fecha en que tendrá lugar la audiencia de dosificación de la pena y sentencia; La sentencia del juez y también adoptará las medidas necesarias para garantizar, en caso de existir un riesgo para las víctimas que participen en la actuación, que se les informe sobre la puesta en libertad de la persona inculpada.” (Código de procedimiento penal, 2006)

A través de la jurisprudencia, sentencia C- 454 de 2006 se ha insistido en que esa comunicación a la víctima no puede entenderse desde la lógica que sólo se le brinda cuando inicia formalmente la actuación penal, es decir, sólo desde la formulación de imputación, esto sería limitar esos derechos, es entonces que antes del inicio de esa actuación penal en sentido formal se le debe brindar “(i) información acerca de los derechos que el orden jurídico establece para garantizar sus intereses en el proceso penal, y (ii) acceso a la información acerca de las circunstancias en que se cometió el delito, que forma parte del derecho a saber”, es decir con el derecho a la verdad. (Corte Constitucional, C 454, 2006).

El derecho a la asistencia se relaciona directamente con el artículo 133 y 134 del C.P.P a través del cual se indica que se adoptarán las medidas necesarias con el fin de otorgar a la víctima; seguridad personal y familiar y otro tipo de medidas no sólo que la protejan en caso de estar en algún tipo de peligro, sino que además le permitan volver al estado anterior a la comisión del delito. No basta con informarle que tiene derechos asistenciales, estos deben darse efectivamente, el primero, enmarcado estrictamente al plano procesal es el derecho que tiene la víctima a la asistencia jurídica, puede entenderse desde dos enfoques, el primero es que la fiscalía en un primer momento es la llamada a informarle y darle a entender esos pormenores jurídicos, después el otro enfoque que está ligado a que desde un punto procesal en adelante la víctima requerirá de la

representación de un abogado, esto en razón a que para la realización de la audiencia preparatoria, de igual manera esto tiene relación con lo plasmado en el artículo 11 literal h, a través se indica que si la víctima no tiene recursos para contratar un abogado se le nombrará uno de oficio, garantizando de este modo la asistencia jurídica.

Otro derecho asistencial es precisamente uno que puede analizarse como su fundamento en el artículo 11 del C.P.P literal i, a través del cual se garantiza el derecho a las víctimas a “recibir asistencia integral para su recuperación en los términos que señale la ley” esto está relacionado con lo que se veía anteriormente del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en cuanto existe un deber del estado de brindar a las víctimas rehabilitación física y psicológica, y esta no sólo debe ser brindada posterior al fallo sino durante todo el transcurso del proceso.

Los anteriores derechos y el siguiente que es el derecho a la protección encuentran regulación en el artículo 137 así; “Las víctimas podrán solicitar al fiscal en cualquier momento de la actuación medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en su contra o de sus familiares.” Esto está directamente con el derecho que tiene las víctimas a ser protegidas, estas medidas no sólo obligan a la fiscalía a que en caso de percatarse de algún posible peligro para la víctima se asuman, sino en general las autoridades están facultadas para aplicarlas y otros intervinientes como el ministerio público pueden solicitarlas. Esa protección puede ser solicitadas a través de audiencia preliminar, bien sea, solicitando medida de aseguramiento o también el artículo 154 del código de procedimiento penal en su numeral 3 habilita que a través de esta audiencia se pueda efectivamente solicitar otros tipos de medidas. En cuanto a la medida de aseguramiento como medida de protección la ley habilita para que, en caso de no ser solicitada por el fiscal, la víctima a través de apoderado realice la solicitud, y esto en razón a que uno de los requisitos es que el imputado constituya un peligro para la víctima. Posteriormente en audiencia

de acusación, según el artículo 342, el Juez podrá ordenar medidas de protección para la víctima, nuevamente solicitadas por fiscalía o directamente por el representante de víctima.

Existen, adicional a los anteriores derechos facultades específicas que son otorgadas a las víctimas en el transcurso del proceso, se va entonces a proceder a analizar algunos de los momentos más importantes en los cuales las víctimas han sido consideradas o tenidas en cuenta con el fin de otorgarle algún tipo de facultad que le ayude a llegar a la consecución de sus derechos.

En el artículo 136 del C.P.P, numeral 4, se plasma que uno de los derechos de las víctimas es el de recibir información *sobre “las actuaciones subsiguientes a la denuncia y su papel respecto de aquellas”* puede entonces enmarcarse en este derecho la facultad que le ha sido otorgada a la víctima para conocer de primera mano las acciones realizadas desde la fiscalía con el fin de recaudar elementos, esto desde el mismo momento de indagación, para tales efectos quien se considere víctima debe demostrar mínimamente de forma sumaria que tiene interés como afectado y por esa razón requiere la información solicitada, para que el fiscal otorgue la información requerida, esto está planteado con el fin que si bien la víctima no ejerce dentro del proceso penal un rol independiente las actuaciones que haga deberá hacerlas a través de la fiscalía, es entonces un momento idóneo para que la víctima conociendo los elementos con los que cuenta la fiscalía pueda apoyar quizá aportando más o nuevos elementos. (Colombia, ley 906, 2004).

El artículo 11 del C.P.P en su literal d, establece que las víctimas tienen derecho a ser oídas y a que se les facilite el aporte de pruebas, esto tiene concordancia con lo que ha establecido la Corte Constitucional en sentencia C- 209 de 2007 en lo que respecta a las facultades probatorias de la víctima las que en las diferentes etapas del proceso pueden ser ejercidas directamente por la víctima o su apoderado de manera autónoma a la fiscalía, es decir, puede aportar a la fiscalía elementos materiales probatorios mientras se encuentre el proceso en investigación, adicionalmente en los

espacios que existan y en las mismas audiencias de formulación de imputación y de acusación, a partir de la audiencia preparatoria si deberá hacerlo a través de la fiscalía, esto en razón de que con la nueva norma se busca como se mencionaba una igualdad de partes, como la víctima no es parte se le garantizan algunos derechos pero en menor proporción que se hacía con el ordenamiento jurídico anterior por ser sólo en esto un interviniente especial. (Corte Constitucional, C 209, 2007).

Las víctimas están facultadas para interponer recursos, es de conocimiento que estos pueden ser ordinario y extraordinarios, es así que como ordinario se encuentra el de reposición, el de apelación y queja, consagrados en el artículo 176 del C.P.P en adelante, los recursos extraordinarios el de casación y la acción de revisión. Frente a los ordinarios la víctima puede interponer recursos contra autos y sentencias, esto siguiendo lo establecido en el artículo 177 del C.P.P. ya frente a los recursos extraordinario se debe tener en cuenta que el recurso de casación puede ser interpuesto por cualquier interviniente que tenga interés para hacerlo y deberá realizarlo a través de abogado, es decir, según esta norma se habilita a la víctima para incoarlo. Respecto de la acción de revisión la Corte Constitucional a través de sentencia C- 979 de 2005 realiza una interpretación en pro de los derechos de las víctimas, es este caso específico de las víctimas de violaciones de derechos humanos, es entonces cuando queda habilitado para que la acción de revisión pueda ser iniciada si ha existido un fallo absolutorio o condenatorio, esta última parte es la que se ha ampliado toda vez que anteriormente sólo podía instaurarse ante un fallo absolutorio, lo que describe la Corte frente a esto es que en ocasiones se puede dar un fallo condenatorio que no permita a la víctima llegar a la verdad, esto en razón a que con este se puede estar cubriendo a los verdaderos responsables de los hechos, es así que se requiere para ejercitar la acción por la causal 4 que exista un pronunciamiento de una instancia internacional, ya con dicho pronunciamiento se puede acreditar

que ha existido un incumplimiento del estado a su deber de investigar. (Corte Constitucional, C 979, 2005).

Otro momento son los preacuerdos, si bien, anteriormente han sido analizados desde la perspectiva de las implicaciones que tienen en el imputado ahora se va a realizar un análisis desde las implicaciones que tienen frente a las víctimas; es importante tener en cuenta que a través de sentencia C- 516 de 2007 se deja claro que la fiscalía y el procesado no pueden celebrar preacuerdo o negociación sin que se convoque a la víctima, así lo establece:

“La exclusión patente de las víctimas de los procesos de negociación, no responde a las finalidades que la misma ley le atribuye a la institución (Art. 348). No conduce a la humanización de la actuación procesal prescindir del punto de vista del agraviado o perjudicado en la construcción de un consenso que puede llevar a la terminación del proceso, escenario en el que se deben hacer efectivos sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación. La eficacia del sistema no es un asunto que involucre únicamente los derechos del acusado y los intereses del Estado; no se puede predicar la eficacia del sistema cuando se priva a la víctima de acceder a un mecanismo que pone fin al único recurso judicial efectivo para hacer valer sus derechos a la verdad y a la justicia. Es imposible activar de manera adecuada la solución del conflicto social que genera el delito, y propiciar una reparación integral de la víctima, si se ignora su punto de vista en la celebración de un preacuerdo o negociación. Finalmente, la titularidad del derecho de participación en las decisiones que los afectan reposa tanto en el imputado o acusado como en la víctima o perjudicado.” (Corte Constitucional, C 516, 2007, p. 72).

Esto como se percibe se hace con el fin de garantizar al máximo los derechos, aún con ese llamamiento que se le hace no está habilitada para vetarlos, pero la fiscalía debe actuar de manera que con dicho preacuerdo se respeten al máximo los derechos de las víctimas, si no es así, ahí puede intervenir el Juez de conocimiento quien está habilitado para no aprobar algún acuerdo que de manera tajante afecte los derechos de las víctimas.

3.6 Medidas de aseguramiento y derecho a la justicia de las víctimas

Como se mencionó en el primer capítulo las medidas de aseguramiento en Colombia están concebidas con tres fines: el primero es el de evitar una posible obstrucción al proceso, el segundo el de brindar seguridad a las víctimas y finalmente, el tercero, la posibilidad de que el procesado no comparezca al proceso. (Colombia, Ley 906, 2004) Se centrará el siguiente análisis en la segunda, es decir, la de brindar protección a la víctima, esto entendiendo que es fin legítimo que se aplique medida de aseguramiento de carácter privativo cuando se está buscando dar seguridad a las víctimas, ya que de esta manera se está cumpliendo con unos de los elementos que permiten el desarrollo del derecho a la justicia del que son titulares las víctimas y se estaría cumpliendo con los deberes asignados al Estado, así:

“2. Derecho a la Justicia. Su garantía impone al Estado la obligación de investigar, juzgar y condenar a penas adecuadas a los responsables de las conductas delictivas y evitar la impunidad. Encuentra fundamento en el artículo 2 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, los artículos 4, 5 y 6 de la Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes, los artículos 1, 3, 7-10 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, los artículos 1, 3, 7-10 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada

de Personas, los artículos 18 y 24 de la Declaración Americana de Derechos Humanos, los artículos 1.1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos

Humanos, el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos relativos al derecho de acceso a los tribunales para hacer valer los derechos mediante los recursos ágiles y efectivos. Esta obligación implica: i) el establecimiento de mecanismos jurídicos idóneos para llegar al descubrimiento de los hechos y la condena de los responsables; ii) El deber de investigar todos los asuntos relacionados con graves violaciones de los derechos humanos; iii) el derecho de las víctimas a un recurso judicial adecuado y efectivo; y iv) el deber de respetar las garantías del debido proceso.” (Corte Constitucional, C 180, 2014, p.

27) Para que como Estado se le garantice lo anterior a la víctima y esta pueda conseguir justicia por los hechos que la afectaron, así como también verdad y reparación de los daños, se debe orientar el esfuerzo a la protección de la misma, protección a su seguridad como de igual manera la adopción de medidas de asistencia que permitan vivir a la víctima de manera digna mientras se lleva a cabo el proceso, que pueda recibir tratamiento por daños físicos o psicológicos que haya sufrido.

Se encuentra el ordenamiento jurídico en una situación de conflicto cuando debe determinar cuáles derechos fundamentales deben primar, los de la víctima o los del procesado, sobretodo en momentos que a este último se le aplican medidas tales como la medida de aseguramiento privativa de libertad, en razón a que inicialmente se está coartando su libertad personal, la presunción de inocencia y el principio de indubio pro reo. En ese sentido existen pronunciamientos de carácter internacional que ingresan por bloque de convencionalidad al ordenamiento jurídico colombiano, un ejemplo de esto es la Comisión Americana de Derechos Humanos, en la que sólo toma como referencia para la imposición de medidas de aseguramiento las causales que en el Código de

Procedimiento Penal Colombiano responderían a la 2 y la 3 del Artículo 308. En ese sentido y como anteriormente se abarcó la Corte Constitucional Colombiana se pronunció respecto de la medida de aseguramiento determinando que debe esta responder a criterios definidos claramente por el legislador, ya que de imponerse se estaría afectando derechos fundamentales del procesado, entonces las medidas de aseguramiento deben estar estrictamente reguladas en la normatividad, se aplican de carácter excepcional y deben responder a criterios de proporcionalidad y necesidad. Aun así, con este fallo la Corte Constitucional se aleja de lo que ha venido planteando la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que propugna porque dichas medidas sólo se apliquen en razón a fines procesales y no como una manera de proteger a las víctimas, como sucede en Colombia, esto porque bajo este fin se puede estar acercando a la teoría de la peligrosidad, no puede entonces aplicarse dichas medidas con fines de prevención general o especial.

Las medidas de aseguramiento aplicadas con la finalidad de proteger a la víctimas encuentra allí un fin legítimo, aun así encontramos que no es el medio idóneo, esto en razón a que afecta gravemente los derechos de los procesados y existen otros medios que pueden generar los mismos resultados evitando dicha afectación, esto asumiendo las posturas que desde el derecho internacional propugnan por reducir este tipo de medidas al máximo para en su lugar aplicar medidas de carácter alternativo; un ejemplo de esto podría ser las siguientes que ya se encuentran introducidas en la legislación penal vigente: el sometimiento a mecanismos de vigilancia electrónica; el sometimiento a la vigilancia de una persona o institución determinada; la prohibición de concurrir a ciertos lugares, esta última quizá pensada desde la perspectiva que evitar que exista un contacto directo con la víctimas; la prohibición de comunicación con la víctima y finalmente la prohibición de salir del lugar de habitación entre 6 p.m. y 6 a.m, incluso la ley habilita para que se puedan imponer varias de estas al mismo tiempo. (Colombia, Ley 906, 2004)

Adicionalmente para la consecución del tal fin resulta interesante la forma en que organismos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos logra la protección de las víctimas que acuden a sus instancias, esto se da a través de las medidas cautelares, que buscan proteger los derechos fundamentales de las víctimas ante situaciones de urgencia, cuando se aplican medidas cautelares se busca proteger derechos fundamentales como el de la vida o la integridad física, al contrario, en Colombia cuando se quiere aplicar una medida de aseguramiento privativa de libertad se está haciendo en razón de la seguridad de la víctima, situación que queda en un rango de interpretación amplio, y puede como se afirmaba anteriormente lesionar derechos fundamentales del procesado sin tener en cuenta que pueden existir otras medidas que cumplan con la protección de la vida e integridad de la víctima sin afectar al procesado. Pueden aplicarse con tales fines diversas medidas que se adecuen a la situación concreta de la víctima, tal cual como se plantean en el sistema Interamericano, ya que de esta manera no sólo se cumple con la finalidad de dicha protección, sino que adicionalmente se puede aportar a que la víctima lleve el proceso en condiciones más dignas si a las medidas anteriormente propuestas se le suman otras de carácter asistencial. (Dejusticia, s.f)

Es así que se considera que, si bien en la actualidad la medida de aseguramiento privativa de la libertad es un fin legítimo para garantizar la seguridad de las víctimas, existen medios con mayor idoneidad en razón que cuando se realiza el estudio de si esta cumple con los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad se llega a encontrar que no se cumple con este último, ya que para que sea así la medida preventiva debe ser indispensable para en el caso concreto prevenir a la víctima, pero como se podía exponer anteriormente hay otras opciones que no afectan de tal forma al procesado, con la aplicación esas otras opciones se pueden empezar a desmontar paulatinamente del ordenamiento jurídico dichas medidas que responden más a teorías

peligrosistas y no como una forma de garantía a las partes e intervinientes del proceso penal, así también se logra mayor coherencia entre lo que se plantea desde un Estado Social de Derecho y las garantías que a estos se les brinda.

4. Conclusiones

- Colombia es un Estado Social de Derecho, razón por la cual las reformas que se han planteado desde la vigencia de la Constitución del 1991 están formalmente orientadas a dejar atrás actuaciones arbitrarias por parte del Establecimiento hacía, como es el caso concreto, quienes se someten a la ley por la comisión de delitos. Aun así, de manera efectiva logra encontrarse visos de teorías como la de Derecho Penal de Enemigo en el desarrollo de la normatividad Penal Colombiana, situación que puede llegar a generar para los procesados el sometimiento a la flexibilización de sus garantías y la deshumanización del proceso. Esa influencia del D.P. E se ve materializada en medidas que se han tomado con el fin de aumentar causales de privación de libertad, capturas sin orden judicial y allanamientos e interceptaciones de comunicaciones, pero adicionalmente se encuentra que el principio de oportunidad, los preacuerdos o negociaciones entre imputado y fiscalía, como los allanamientos a cargos o preclusión del proceso, en su desarrollo procesal terminan teniendo visos de D.P.E. Pero junto a estas instituciones jurídicas, que en su desarrollo pueden estar influenciadas por el D.P.E, se encuentra una que es en su integridad

una manifestación de este, las medidas de aseguramiento, esto en razón a que muy a pesar que el derecho penal es de última ratio y de mínima intervención en Colombia esta medida es usada como medida preventiva, lo que genera que se restrinjan los derechos de los procesados sacrificando principios tan importantes como el de libertad personal, presunción de inocencia e indubio pro reo.

- Los derechos de las víctimas en Colombia han sido plasmados y desarrollados por los diferentes Códigos de Procedimiento Penal a través de la historia, pero lo que se ha plasmado allí ha resultado limitante para la participación de las víctimas, es por esta razón que la altas Cortes, entendiéndose Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional a través de diversos fallos se han encargado de regular la participación de la víctima al interior del proceso, pero adicionalmente y con mayor importancia se han ocupado de realizar una interpretación de lo que concierne a sus derechos fundamentales, verdad, justicia y reparación, determinando que estos son dependientes el uno del otro y que para lograr que la víctima vuelva a su estado anterior se requiere que desde el Estado se apliquen medidas orientadas a la materialización de estos tres derechos dentro del Proceso Penal.

- El derecho a la justicia de las victimas representado, entre otras cosas, en las medidas de protección son un fin legítimo del estado en tanto, como ha aclarado la Corte Constitucional, este tendrá la obligación de adoptar todas aquellas medidas que garanticen la protección de los intereses del estado y de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. En concreto, para el proceso penal específicamente frente a las medidas de aseguramiento, se logró identificar como fines esenciales la protección del proceso mismo,

así como la protección a las víctimas y a la comunidad, en tanto por fuera de estas justificaciones no podrán afectarse los derechos y garantías del procesado pues, si así se hiciera se estaría afectando de manera ilegítima y arbitraria los derechos de aquellos.

Sin embargo, y sin perjuicio de la legitimación de los derechos de las víctimas como objetivo esencial de estado, este fin en el marco del proceso penal comporta una contradicción entre la normatividad interna y las disposiciones e interpretaciones internacionales de la Convención América de derechos Humanos y la Corte Interamericana de derechos humanos que deben ser igualmente atendidas en virtud del bloque de constitucionalidad y convencionalidad entendiendo que la jurisprudencia de la corte IDH es vinculante , mientras que los informes de la CIDH puede servir como criterio de interpretación . Así pues, aunque la Corte Constitucional da vía libre para establecer la peligrosidad del sujeto como una causal para la imposición de la medida, la CADH establece en su artículo 7 que toda persona tiene derecho a la libertad y nadie podrá ser sometido a detención arbitraria, igualmente en interpretación de esta convención la corte IDH establece en su jurisprudencia que la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo generales y preventivo-especiales , lo anterior sin descartar que las medidas preventivas se puedan establecer con el único fin de asegurar la protección y desarrollo del proceso, conclusión que asume de igual manera la comisión interamericana de derechos humanos en sus informes sobre la medida de aseguramiento en Latinoamérica.

Se comprende que el fin que tiene las medidas de aseguramiento frente a la víctima es legítimo en cuanto se propone que a través de esta se les brinde protección si su seguridad se llegue a ver afectada por la libertad del procesado, pero, resulta siendo reprochable el medio más no el fin , este último que sin embargo resulta deslegitimarse , en tanto el medio se basa en la peligrosidad de un sujeto que si bien se somete a un proceso no ha sido ya condenado, medida que referenciamos

como auténtica de D.P.E, adicionalmente la ley no establece unos criterios claros para que el Juez, quien va a decidir sobre dicha medida, pueda determinar si aplicarla o no, razón por la que se deja un margen de discrecionalidad bastante grande frente al peligro que el procesado puede representar para la víctimas, situación contraria se evidencia con la protección a la comunidad, causal que cuenta con elementos específicos para presumir la peligrosidad del procesado pero que en todo caso en el marco de una medida de aseguramiento privativa de la libertad resulta siendo igual de reprochable pues se presume la peligrosidad del sujeto.

Finalmente, se encuentra que existen una serie de medidas que pueden ser usadas para la protección de las víctimas, tales como; el sometimiento a mecanismos de vigilancia electrónica; el sometimiento a la vigilancia de una persona o institución determinada; la prohibición de concurrir a ciertos lugares, esta última quizá pensada desde la perspectiva de evitar que exista un contacto directo con la víctimas; la prohibición de comunicación con la víctima y finalmente la prohibición de salir del lugar de habitación entre 6 p.m. y 6 a.m, incluso la ley habilita para que se puedan imponer varias de estas al mismo tiempo, siendo menester que en un estado democrático y con las actualizaciones tanto técnicas como tecnológicas las medidas de aseguramiento privativas de la libertad desaparezcan de manera gradual, al contarse con otros medios de mayor idoneidad para cumplir el fin.

Referencias Bibliográficas

T 704 (2012).

Asamblea General Organización de Naciones Unidas. (29 de Noviembre de 1985). *Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. Obtenido de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/VictimsOfCrimeAndAbuseOfPower.aspx>

Ballesteros, A. M. (2007). *El funcionalismo en el Derecho: Notas sobre N. Luhmann y G. Jakobs*. Murcia, España. : Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 8. 2007 (365-374). Bernal

Acevedo, G. L. (2005). Las reformas procesales penales en Colombia. *Revista USTA*, 24.

Botero, N. S. (2016). Incidente de reparación integral de perjuicios. En N. S. Botero, *Procedimiento Penal Acusatorio* (págs. 883,884). Bogota D.C.: Leyer Editores.

Botero, N. S. (2016). La acusación en un caso complejo. En N. S. Botero, *Procedimiento Penal Acusatorio* (págs. 374,375). Bogota D.C: LEYER EDITORES.

Botero, N. S. (2016). Congruencia. En N. S. Botero, *Procedimiento Penal Acusatorio* (págs. 843,853). Bogota D.C: LEYER EDITORES.

Botero, N. S. (2016). Diferencia entre los sistemas procesales penales mixtos y acusatorio. En N. S. Botero, *Procedimiento Penal Acusatorio* (págs. 18,19,20,21). Bogota D.C.: LEYER EDITORES.

Botero, N. S. (2016). Estructura Formal del Proceso Penal. En N. S. Botero, *Procedimiento Penal Acusatorio* (pág. 16). BOGOTA D.C: LEYER EDITORES.

Botero, N. S. (2016). *Procedimiento Penal Acusatorio*. Bogotá: Leyer.

Botero, N. S. (2016). *Procedimiento Penal Acusatorio*. Bogotá D.C.: Leyer Editores.

C 180, C 180 (Corte Constitucional 2014).

Cárdenas, A. E. (2007). La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria. *Prolegómenos. Derecho y Valores*, 201-212.

Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. CORTE IDH. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 21 de Noviembre de 2007). Obtenido de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf

Caso Fermín Ramírez VS Guatemala, Caso Fermín Ramírez VS Guatemala (Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de JUNIO de 2005).

Caso Velásquez Rodríguez (1988).

Ciceron., K. A. (2.006). El enemigo. Una aproximación al Concepto. En C. M.-J. Díez, *Derecho Penal del Enemigo. El discurso de la exclusión*. (págs. 121,122). Buena Aires.: BDEF.

Comisión Asesora de Política Criminal. (2012). *Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal*. Obtenido de <http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/Informe%20de%20la%20Comisi%C3%B3n%20Asesora%20de%20Pol%C3%ADtica%20Criminal.pdf>

Conde, F. M. (2006). *El derecho penal fascista y nacionalsocialista y la persecución de un penalista judío: el caso de Marcelo Finzi*. Obtenido de Ciencias Penales: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/2.1.6homenajeafinzi.pdf>

Contraloría General de la Nación. (2016). Política Criminal en Colombia 2010-2012: una política por construir. *Dirección de Estudios Sectoriales*.

CSJ No. 29183, Proceso CSJ No. 29183 (Corte Suprema de Justicia 18 de Noviembre de 2008). Obtenido de http://www.mamacoca.org/docs_de_base/Legislacion_tematica/SJ_29183_181108.pdf

Damaska, M. (s.f.). *Aspectos globales de la reforma del proceso penal*. Obtenido de http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/maestrias/maestria_ciencias_penales/cursos/1ciclo/derecho_procesal_penal_I/DRA.NANCY%20QUISPE/2014%20II/damska.pdf

Dejusticia. (s.f.). *Las medidas cautelares y su importancia para la protección de los derechos humanos de las Américas*. 1 – 4. Recuperado de https://www.oas.org/es/cidh/consulta/docs/II.es.14.dejusticia_dplf_conectas_cels_idl_medidas_cautelares.pdf

Díez Cancio Melia y Gomez -Jara. (2006). *DERECHO PENAL DEL ENEMIGO. el discurso de la exclusión*. BDEF.

diez, C. M.-J. (2.006). Presentación. En C. M.-J. diez, *Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Buenos Aires: BDEF.

Eibe, M. J. (2.006). FUNCIONALISMO PENAL MODERADO O TELEOLOGICOVALORATIVA VERSUS FUNCIONALISMO NORMATIVO O RADICAL. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Obtenido de <file:///C:/Users/Paola/Downloads/funcionalismo-penal-moderado-o-teleolgicovalorativoversus-funcionalismo-normativo-o-radical-0.pdf>

Feria Tinta, M. (2006). La víctima ante la Corte Interamericana de Derecho Humanos a veinticinco años de su funcionamiento. *Revista IIDH*, 159-203. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08060-4.pdf>

- Ferrajoli, L. (2000). *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogota D.C: Publicaciones Universidad Externado de Colombia .
- Ferrajoli, L. (2008). *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta.
- García-Hernández, B. (2017). La ley romana del talión y su base correlativa. *Emerita, Revista de Lingüística y Filología Clásica*, 223-239.
- GRACIA MARTÍN CITANDO A JAKOBS . (2005). CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE EL ACTUALMENTE DENOMINADO DERECHO PENAL DEL ENEMIGO. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*.
- GRACIA MARTÍN, L. (2005). CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE EL ACTUALMENTE DONOMINADO "DERECHO PENAL DEL ENEMIGO". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Obtenido de file:///C:/Users/Invitado/Downloads/dpe.pdf
- Horta, R. G. (2016). La prevención general y especial en el sistema penal y penitenciario colombiano. *Revista Summa Iuris | Vol. 4 | No. 1*, 154-169.
- Jakobs, G. (1996). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Madrid, España: Civitas Ediciones, S. L.
- Jimenez, L. y. (2011). Principio de oportunidad y política criminal del Estado. *Criterio Libre Jurídico*.
- León, G. A., Nuñez, M. d., & Martínez, J. M. (2012). Apuntes acerca de dos escuelas criminológicas: Clásica y Positivista. *Textos de apoyo didactico*, 26.
- Ley 906 de 2.004, Ley 906 de 2.004 (2004).
- Llano, L. F. (2017). *Los nuevos paradigmas de la justicia penal colombiana frente a la ley de pequeñas causas*. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Llinares, F. M. (11 de enero de 2014). *Derecho penal. Teoría del delito. Teorías del delito*. Obtenido de Universitas Miguel Hernandez Departamento: Ciencias juridicas. : <https://www.youtube.com/watch?v=2nq66Lnxeu4>
- Lynett, E. M. (2.003). Estudio Introductorio a la Obra de Gunther Jakobs. En E. M. Lynett, *Libro homenaje al profesor Gunther Jakobs. El funcionalismo en el Derecho Penal*. (págs. 29,30,31). Bogota D.C: Publicaciones Universidad Externado.
- Lynett, E. M. (2003). Estudio Introductorio a la Obra de Gunther Jakobs. En E. M. Lynett, *Libro homenaje al profesor Gunther Jakobs: El funcionalismo de derecho penal*. Bogotá: Publicaciones Universidad Externado.
- Medellín Urquiaga, X. (2014). *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre derechos de las víctimas*. Washington D.C.: Fundación para el Debido Proceso.
- Molina Arrubla, C. M. (2011). *La víctima en el proceso penal*. Bogotá: CES.

- MUÑOZ CONDE CITANDO A JAKOBS. (2018). ¿Es el Derecho penal internacional un «Derecho penal del enemigo»? *Revista Penal*, n.º 21.
- Muñoz Conde, F. (2008). ¿Es el Derecho penal internacional un «Derecho penal del enemigo»? *Revista Penal*, n.º 21.
- Parra, W. J. (2006). *El derecho penal y la política criminal de enemigo en Colombia*. Derecho y Realidad ISSN: 1692-3936.
- Pavarini, M. (2003). *Control y dominación*. Argentina: Industria Gráfica Argentina.
- Peters, T. (1988). Consideraciones teoricas sobre la victimología. *Eguzkilore*, 235.
- Raquel J. Ramirez citando a Hernando Londoño J. (2010). *Eleentos del sistema Penal Acusatorio*. LEYER.
- Real Academia Española. (26 de Junio de 2018). *RAE*. Obtenido de <http://dle.rae.es/?id=b1R0t2m>
- Rodriguez Manzanera, L. (2002). *Victimología, estudio de la víctima*. MÉXICO DF: Porrúa. 1 – 462.
- Rousseau, K. A. (2.006). El enemigo. Una aproximación al concepto. En C. M.-J. Díez., *Derecho Penal del Enemigo. El discurso de la exclusión*. (pág. 124). Buenos Aires.: BDEF.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal parte General Tomo I*. Traducción de la 2da edición alemana, Diego Manuel Luzón, Peña Miguel Díaz y García Conllevo y Javier de Vicente Remesal. CAVITAS.
- Roxin, C. (2014). *De la dictadura a la democracia*. México D.F.: Ubijus, Editorial S.A.S.
- Rua, F. d. (s.f.). *Escuelas procesales*. Obtenido de Derecho procesal 1: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/43-45/escuelas-procesales.pdf>
- Salazar, L. A. (2016). Derecho penal preventivo y peligrosista. *Revista de Ciencias Jurídicas N0 139 (57-88) 2016, 69*. Obtenido de <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/download/24306/24409>
- Sampedro Arrubla, J. A. (2010). *Las víctimas y el sistema penal*. Bogota. Colombia: Grupo Editorial Ibañez.
- Sampre Arrubla, J. A. (s.f.). *Universidad Externado de Colombia*.
- Sánchez, B. F. (2.006). El derecho penal del enemigo y el estado democratico de derecho. En D. P. exclusión., *Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez* (pág. 800). Buenos Aires: BDEF.
- Schmitt, C. (1932). *El concepto de lo político*. (R. AGAPITO, Trad.) Alianza editorial.
- Sentencia C-504, C-504 de 1993. (Corte Constitucional Colombiana 4 de Noviembre de 1993). Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-504-93.htm>

Sentencia C 209, C 209 del 2007 (Corte Constitucional Colombiana 21 de Marzo de 2007).
Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-209-07.htm>

Sentencia C- 469, C- 469 de 2016 (Corte Constitucional Colombiana 31 de Agosto de 2016).
Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-469-16.htm>

Sentencia C 479, Sentencia 479 del 2007 (Corte Constitucional Colombiana 13 de junio de 2007).
Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-479-07.htm>

Sentencia C -516, C -516 de 2007 (Corte Constitucional Colombiana 11 de Julio de 2007).
Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-516-07.htm>

Sentencia C-025, C-025-10 (Corte Constitucional Colombiana 27 de enero de 2010).
Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-025-10.htm>

Sentencia C-176, C-176-94 (Corte Constitucional Colombiana 12 de abril de 1994).
Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-176-94.htm>

Sentencia C-185, C-185-08 (Corte Constitucional Colombiana 27 de febrero de 2008).
Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-185-08.htm>

Sentencia C-233, C-233 de 2016 (Corte Constitucional Colombiana 11 de mayo de 2016).
Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-233-16.htm>

Sentencia C-260, C-260 de 2011 (Corte Constitucional Colombiana 6 de abril de 2011).
Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-260-11.htm>

Sentencia C-390, C 390 de 2014 (Corte Constitucional colombiana 26 de junio de 2014).
Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-390-14.htm>

Sentencia C-566, C-566 de 1995 (Corte Constitucional Colombiana 30 de noviembre 1995).
Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-566-95.htm>

Sentencia C-616, C-616 de 2014 (Corte Constitucional Colombiana 27 de agosto de 2014).
Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-616-14.htm>

Sentencia C-646, C-646 de 2001 (Corte Constitucional Colombiana 20 de junio de 2001).
Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-646-01.htm>

Sentencia C-936, C-936 de 2010 (Corte Constitucional Colombiana 23 de noviembre de 2010).
Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-936-10.htm>

Sentencia SP1392, SP1392-2015 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal 11 de febrero de 2015). Obtenido de

Sentencia SU 062, SU 062 de 1999.htm (Corte Constitucional Colombiana 4 de febrero de 1999).

Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU062-99.htm>

Sentencia T-205, T-205 de 2011 (Corte Constitucional Colombiana 24 de marzo de 2011).

Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-205-11.htm>

Sentencia T-522, T-522 de 1994 (Corte Constitucional Colombiana 22 de noviembre de 1994).

Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-522-94.htm>

SILVA SANCHEZ, J. M. (2001). *LA EXPACIÓ N DEL DERECHO PENAL*. CIVITAS EDICIONES S.L.

Unodc. (2010). *Manual sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos para uso de profesionales y encargados de la formulación de políticas*. Nueva York: Naciones Unidas.

Varela, F. J. (2005). *Evolución del sistema penal acusatorio*. Bogotá : Centro editorial Universidad del Rosario.

Vásquez, M. A. (2006). EL LLAMADO DERECHO PENAL DEL ENEMIGO. En C. M.-J. Díez, *Derecho Penal del Enemigo. El discurso de la exclusión*. (pág. 13). Buenos Aires: BDEF.

vásquez, M. A. (2006). EL llamado derecho penal del enemigo. En C. M.-J. Díez, *Derecho Penal del Enemigo. El discurso de la exclusión*. (pág. 3). Buena Aires: BDEF.

Vásquez, M. A. (2006). En M. Cancio Meliá, & C. y. Gómez-Jara Díez, *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. (pág. 25). Buenos Aires: BDEF.

Vásquez, M. A. (2006). El llamado Derecho Penal del Enemigo. ¿Sociedad de riesgos , normativismo radical?. En C. M.-J. Díez, *Derecho Penal del Enemigo. El discurso de la exclusión*. (pág. 31). Buenos Aires: BDEF.

Apéndice A. Medidas de Derecho Penal de Enemigo

MEDIDA	CARACTERÍSTICA	OPORTUNIDAD	MODO	COMENTARIO
Principio de oportunidad	-Permite al ente acusador suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal. -Es la excepción al principio de legalidad su Antecedente es el inhibitorio o la preclusión de la instrucción. ⁵⁴	Se podrá aplicar el principio de oportunidad hasta antes de la audiencia de juzgamiento.	Fiscalía valora la aplicación de este principio y solicita al juez control de garantías, pues este debe realizar control de legalidad – obligatorio y automático- dentro	La corte constitucional dejó claro que este principio no se trata de una amnistía, pues por un lado el principio de oportunidad es de carácter judicial, mientras que la amnistía es de carácter legislativo. ⁵⁵ No puede ser aplicado a todos los procesados, incluso si cumplen

⁵⁴ “Promueve la justicia en la medida que contribuye a la protección efectiva de bienes jurídico de mayor entidad, lo cual redunda en la protección de las víctimas del delitos más graves” corte sentencia C.209/07.

⁵⁵ Aunque ambas extinguen la acción penal.

	<p>-Finalidad: descongestionar el sistema.</p> <p>-Requisitos: Artículo 234 del CPP.</p> <p>- Cuenta con un procedimiento de prueba.⁵⁶</p>		<p>de los cinco días siguientes a la determinación de la fiscalía.</p>	<p>requisitos del artículo 324 de la ley 906 del 2.004.</p> <p>La aplicación del principio de oportunidad deberá tener en cuenta los intereses de las víctimas.</p>
--	---	--	--	---

⁵⁶ Establece la suspensión de procedimiento a prueba en la cual el fiscal determinara una o varias situaciones que debe cumplir el procesado antes de audiencia de juzgamiento.

<p>Preacuerdos</p>	<p>-Se realizan entre el imputado y la fiscalía con intervención de la víctima.</p> <p>-Finalidad según artículo 348 de la ley 906 del 2.004: Humanizar el proceso, activar la solución de conflictos sociales y lograr la participación del imputado.</p>	<p>Existen dos momentos:</p> <p>Primero, desde la imputación hasta antes de la presentación del escrito de acusación.</p> <p>Segundo, presentada la acusación has momento en q</p>	<p>Imputado se declara culpable, el fiscal decide: eliminar causal de agravación punitiva o algún cargo específico, o tipificar la conducta con miras a disminuir la pena.</p> <p>58</p>	<p>La corte constitucional a través de su jurisprudencia es quien reafirmó la posibilidad de intervención de la víctima en el marco de los preacuerdo.</p> <p>A través del artículo 199 de la ley 1089 del 2006 se establece un límite a los preacuerdos respecto de ciertos delitos.</p>
---------------------------	--	--	--	---

⁵⁸ Desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, la Fiscalía y el imputado podrán llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación. Obtenido este preacuerdo, el fiscal lo presentará ante el juez de conocimiento como escrito de acusación. El fiscal y el imputado, a través de su defensor, podrán adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo, en el cual el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal: 1. Elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico.2. <Numeral

		sea interrogado el procesado en juicio oral.		
--	--	--	--	--

CONDICIONALMENTE exequible> Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena.- LEY 906 DEL 2.004. ARTÍCULO 350. PREACUERDOS DESDE LA AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN-

<p>Preclusión</p>	<p>La preclusión se genera por la inexistencia de mérito para acusar. Cuenta con siete causales para su aplicación:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Imposibilidad de iniciar o continuar la acción Penal. 2. existencia de una causal que excluya la responsabilidad. 3. inexistencia del hecho investigado. 4. atipicidad del hecho investigado 5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado. 	<p>Se podrá solicitar la preclusión incluso durante el juzgamiento por las causales 1 y 3.</p>	<p>La preclusión deberá ser solicitada por la fiscalía, el ministerio público o la defensa por las causales 1 y 3. Por las demás causales la preclusión deberá ser solicitada por la fiscalía.</p>	<p>El juez que conozca de la solicitud de preclusión quedara impedido para tener conocimiento del juicio.</p>
--------------------------	---	--	--	---

	<p>6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.</p> <p>7. Vencimiento del término máximo del inciso segundo del artículo 294 del CPP.</p>			
Allanamiento a cargos	<p>Se trata de la aceptación unilateral de la responsabilidad.</p> <p>Representa una forma de terminación anormal y excepcional.</p> <p>Su fin sobre el proceso es la humanización de este y la promoción de las formas alternativas de solución de conflictos.</p>	<p>-En sede de imputación: en este caso procederá una rebaja hasta la mitad de la sanción.</p> <p>-En sede Preparatoria: en este caso procederá una rebaja hasta una</p>	<p>La aceptación de responsabilidad se deberá realizar de manera libre, voluntaria y debidamente informada, por lo cual el juez deberá cuestionar al procesado si su decisión fue</p>	<p>-Aunque el código de procedimiento penal solo establece tres escenarios posibles para el allanamiento es posible su procedencia en otros momentos procesales, esto en aras de materializar el objetivo de humanización del proceso que refiere entre otras cosas la</p>

	<p>Posibilita la eficacia del proceso penal.</p> <p>Después de la aceptación de los cargos, no es posible la retractación sobre aquellos.</p>	<p>tercera parte de la sanción.</p> <p>-En sede de juicio oral: en este caso procederá una rebaja hasta la sexta parte de la sanción.</p>	<p>tomada respetando dichas formas.</p>	<p>posibilidad de la resolución alternativa de conflictos.</p> <p>- Los quantum de rebaja varían en caso de que se haya realizado captura en flagrancia del procesado.</p>
--	---	---	---	--